



**Revista do Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia**  
HOMENAGEM AO PROF. DR. SAULO JOSÉ CASALI BAHIA





**Revista do Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia**  
HOMENAGEM AO PROF. DR. SAULO JOSÉ CASALI BAHIA

Nº 12 • Ano: 2005  
Salvador – Bahia





---

**Capa:** Carlos Rio Branco Batalha  
**Diagramação:** Maitê Coelho  
maitescoelho@yahoo.com.br

---





### **Conselho Editorial Administrativo**

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, Edivaldo Boaventura, Edvaldo Pereira Brito, Fredie Didier Jr., Heron Santana, Jonhson Meira Santos, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora de A. Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Marília Muricy Machado Pinto, Nelson Cerqueira, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Willis Santiago Guerra Filho, Wilson Alves de Souza.

---

### **Conselho Editorial Consultivo Nacional**

Ada Pellegrini Grinover (USP), André Ramos Tavares (PUC/SP), Andreas Krell (UFAL), Araken de Assis (PUC/RS), Aury Lopes Jr. (PUC/RS), Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV-Law), Fábio Nusdeo (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Gilberto Bercovici (USP), Gisele Góes (UFPA), Humberto Ávila (UFRGS), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Volnei Garrafa (UNB).

---

### **Conselho Editorial Consultivo Internacional**

Antonio Gidi (Universidade de Houston, EUA), António Monteiro Fernandes (Universidade Lusíada do Porto, Portugal) Antoine Jeammaud (Universidade Lumière Lyon 2, França) Hartmut-Emanuel Kayser (Universidade Philipps de Marburg, Alemanha), John Vervaele (Universidade de Utrecht, Holanda), José Manuel Aroso Linhares (Universidade de Coimbra, Portugal), Juan Monroy Palacios (Universidade de Lima, Peru), Maria do Céu Patrão das Neves (Universidade de Açores), Michele Taruffo (Universidade de Pavia, Itália), Owen Fiss (Universidade de Yale, EUA), Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), Peter Gilles (Universidade de Freiburg, Alemanha), Robert Alexy (Universidade de Kiel, Alemanha).





## QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO EM DEZEMBRO DE 2005

### COLEGIADO DO CURSO – 2005

01. *Coordenador:* Edvaldo Pereira de Brito
02. *Vice-Coordenadora:* Maria Auxiliadora Minahim
03. *Representante Estudantil:* João Glicério de Oliveira Filho
04. *Representante Estudantil:* Laurício Alves Carvalho Pedrosa
05. *Representante Estudantil:* Sebastian B. de Albuquerque Mello (Doutorado)

### PROFESSORES DO PROGRAMA – 2005

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Dirley da Cunha Júnior
03. Edilton Meireles
04. Edvaldo Pereira de Brito
05. Edivaldo Machado Boaventura
06. Fredie Didier Jr.
07. George Fragoso Modesto
08. Jonhson Meira dos Santos
09. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
10. Manoel Jorge e Silva Neto
11. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
12. Mônica Neves Aguiar da Silva
13. Mário Rodrigues
14. Nelson Cerqueira
15. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
16. Pedro Soares Sampaio
17. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
18. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
19. Saulo José Casali Bahia
20. Washington Luiz Trindade

### LISTA GERAL DOS ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – DEZEMBRO DE 2005

01. Adriano Carvalho Ahringsmann
02. Alassana Valdez
03. Alessandro Ribeiro Couto
04. Ana Beatriz Lisboa Pereira
05. Ana Marta de Faro Teles Dantas
06. André Luiz Batista Neves
07. Antonio Adonias Aguiar Bastos
08. Antonio Carlos Paula de Oliveira
09. Carlos Frederico Guerra Andrade
10. Carlos Martheo Crosué Guanaes Gomes
11. César Cintra Fonseca
12. Cristiane de Araujo Góes Magalhães
13. Deivid Carvalho Lorenzo
14. Durval Carneiro Neto
15. Elke Braid Petersen Fraga

16. Emmanuela Vilar Lins
17. Erica Rusch Daltro Pinto
18. Fábio Periandro de Almeida Hirsch
19. Flavia da Fonseca Marimpietri
20. Geder Luiz Rocha Gomes
21. Helena Mateus Kida Malamugy
22. Ivana Carla Carvalho de Macedo Senna
23. Jaime Barreiros Neto
24. João Alves de Almeida Neto
25. João Glicerio de Oliveira Filho
26. Jose Amando Mascarenhas Junior
27. Joseane Suzart Lopes da Silva
28. Julio Cezar Lemos Travessa
29. Juvenal José Duarte Neto
30. Kamila Assis de Abreu
31. Laurício Alves Carvalho Pedrosa
32. Leandro Lopes Pontes Paraense
33. Lizia Magnavita Maia
34. Ludmyla Franca Santana de Lima Melo
35. Marialva de Castro Calabrich Schlucking
36. Mauricio Dantas Goes e Goes
37. Michelle Cristine Assis Couto
38. Murilo Carvalho Sampaio Oliveira
39. Patricia da Costa Santana
40. Paula Sarno Braga
41. Pedro Augusto Pessoa Lepkson
42. Pedro Leonardo Summers Caymmi
43. Perpetua Leal Ivo Valadão
44. Rafael Menezes Trindade Barreto
45. Renata Figueirêdo Brandão
46. Renato Amoedo Nadier Rodrigues
47. Ricardo Brito Ávila
48. Roberto Levy Bastos Manatta
49. Robson Sant'ana dos Santos
50. Rodrigo Andres Jopia Salazar
51. Rodrigo Bastos de Freitas
52. Rodrigo Moraes Ferreira
53. Sara de Almeida Borges Pithon
54. Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves
55. Silvia Lorena Vilas Boas Souza
56. Soraya Santos Lopes
57. Tarsis Barreto Oliveira
58. Wagner Mota Alves de Souza
59. Walber Araujo Carneiro

### LISTA DOS ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – DEZEMBRO DE 2005

01. Deraldo D. de Moraes Neto
02. Johnson Barbosa Nogueira
03. Marco Aurélio de Castro Júnior
04. Sebastián B. de Albuquerque Mello



## SUMÁRIO

**Apresentação** ..... 13

**Currículo do homenageado** ..... 15

### Artigos do Corpo Docente

**I ESTUDO DO DIREITO COMPARADO** ..... 19

*Edilton Meireles*

1. Introdução ..... 19

2. Da comparação ..... 20

3. Distinções ..... 20

4. Critérios comparativos ..... 21

5. Conclusões ..... 26

6. Bibliografia ..... 27

**II TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO  
À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** ..... 29

*Rodolfo Pamplona Filho*

*Ana Thereza Meirelles Araújo*

1. Introdução ..... 30

2. A pessoa humana como fundamento da ordem  
jurídica constitucional e o direito à vida ..... 30

3. A tutela jurídica do nascituro ..... 32

3.1. Conceito ..... 32

3.2. Natureza jurídica ..... 33

4. Direitos do nascituro ..... 36

5. Responsabilidade civil e dano ..... 39

5.1. Dano moral ..... 40

6. Conclusão ..... 42

7. Referências ..... 43

### Artigos do Corpo Discente

**III MATRIZES DISCIPLINARES E PARADIGMAS:  
POSSÍVEIS APORTES DAS CONCEPÇÕES DE THOMAS KUHN  
À HERMENÊUTICA E À EPISTEMOLOGIA JURÍDICAS** ..... 47

*André Luiz Batista Neves*

1. Intróito ..... 48

2. Paradigmas e matrizes disciplinares ..... 48

3. Ciência normal e ciência revolucionária ..... 51

4. A educação científica ..... 53

5. Paradigmas: aplicações à hermenêutica e à epistemologia jurídicas ..... 54

6. Referências bibliográficas, documentais e eletrônicas ..... 59

<b>IV DA LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA – UM ESTUDO À LUZ DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA NOVA REDAÇÃO DO ART. 3º, DA LEI N.º 4.348/64 .....</b>	<b>63</b>
<i>Antonio Adonias Aguiar Bastos</i>	
1. Introdução .....	63
2. Legitimidade da autoridade coatora .....	67
3. Legitimidade da pessoa jurídica .....	76
4. Outras posições doutrinárias .....	82
5. Aspectos histórico-funcionais do Ministério Público e a natureza de sua manifestação...	83
6. A nova redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/1964 e a definição da legitimidade passiva no Mandado de Segurança.....	90
7. Conclusão.....	94
8. Bibliografia.....	96
<b>V HERMENÊUTICA JURÍDICA: A LINGUAGEM COMO PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL.....</b>	<b>99</b>
<i>Joseane Suzart Lopes da Silva</i>	
1. Introdução .....	100
1.1. Digressão histórico-filosófica sobre a Hermenêutica Jurídica .....	102
1.2. A Hermenêutica como compreensão de objetivos gerais.....	105
2. A linguagem jurídica como instrumento fundamental para a Hermenêutica .....	107
2.1. Escorço histórico sobre a linguagem.....	107
2.2. A Teoria da Competência Comunicativa.....	112
3. A importância da linguagem para a Hermenêutica Jurídica.....	116
3.1. Hermenêutica Jurídica, Comunicação e Ética.....	124
4. Considerações Finais.....	127
5. Referências.....	129
<b>VI DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL: O DESENCAIXE JURÍDICO-SOCIAL DO TRANSEXUAL .....</b>	<b>133</b>
<i>Leandro Lopes Pontes Paraense</i>	
1. Introdução .....	134
2. As diferentes formas de sexualidade e sua expressão.....	135
2.1. Gênero, sexualidade e orientação sexual.....	136
2.2. Os diversos sexos .....	139
2.2.1. Orientação, opção ou determinação sexual?.....	140
2.3. A evolução das dimensões da sexualidade humana e seus aspectos e elementos ...	142
2.3.1. Da dimensão biológica .....	144
2.3.2. Da dimensão psíquica .....	145
2.3.3. Da dimensão social .....	146
2.3.3.1. Do sexo ou aspecto civil .....	146
2.3.3.2. Do sexo ou aspecto social.....	147
3. A conformação dos diversos aspectos.....	147
4. A transexualidade.....	148
4.1. Caracterização: orientação sexual ou patologia (ou um novo gênero)?.....	148
5. Conclusão.....	152
6. Bibliografia.....	153



<b>VII CRISE DO EMPREGO: OS IMPACTOS DAS MUDANÇAS DOS NOVOS MODOS DE PRODUZIR</b> .....	157
<i>Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</i>	
1. Introdução .....	157
2. Do Fordismo-Taylorismo ao Toytismo .....	158
3. As estratégias do pós-fordismo para as relações de trabalho .....	162
4. (In)Conclusão .....	166
5. Bibliografia .....	168
<b>VIII DIREITO, PLANEJAMENTO ECONÔMICO E GLOBALIZAÇÃO</b> .....	169
<i>Nilson Roberto da Silva Gimenes</i>	
Introdução .....	169
1. Normas constitucionais econômicas e sua eficácia .....	170
2. Órgãos reguladores da atividade financeira .....	174
3. O planejamento econômico e o sistema de planos .....	178
4. A globalização e o direito .....	183
5. Juros e superávit primário .....	187
6. Conclusão .....	189
7. Referências .....	191
<b>IX A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO NO “POSITIVISMO JURÍDICO”: HANS KELSEN, ALF ROSS E A SUPERAÇÃO DE PARADIGMAS</b> .....	193
<i>Pedro Leonardo Summers Caymmi</i>	
1. Introdução .....	194
2. O Positivismo Jurídico .....	194
3. Os métodos de interpretação .....	199
3.1. Concepção clássica .....	199
3.2. Concepção de Hans Kelsen .....	201
3.3. Concepção de Alf Ross .....	203
4. Pontos de aproximação com as modernas correntes de pensamento jurídico .....	206
4.1. Importância do contexto de interpretação e da compreensão como um “acontecer” ..	206
4.2. A fundamentação como argumentação de justificação .....	212
5. Conclusão .....	215
6. Referências .....	217
<b>X O CONTEXTO DEMOCRÁTICO E A NECESSIDADE DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL</b> .....	221
<i>Rafael Barretto</i>	
1. O contexto democrático .....	221
2. A necessidade de democratizar o debate constitucional .....	226
3. Referências .....	233
<b>XI POR QUE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO AUTORAL DEVEM CAIR EM DOMÍNIO PÚBLICO?</b> .....	235
<i>Rodrigo Moraes</i>	
1. Considerações preliminares .....	236
2. Breve histórico da positivação do Direito Autoral .....	237
3. Breve histórico brasileiro do domínio público de obras protegidas pelo Direito Autoral .....	241
4. A discussão travada, em Portugal, entre Almeida Garrett e Alexandre Herculano .....	244

5. A recente ampliação norte-americana do prazo de proteção.....	245
6. Argumentos a favor da restrição temporal.....	246
6.1. O autor não cria do nada, mas a partir de um acervo cultural preexistente.....	246
6.2. As obras espirituais são bens não-competitivos.....	252
6.3. O pedido de autorização a sucessores do autor falecido como entrave à difusão da cultura.....	254
7. Domínio público remunerado: incentivo ou empecilho à cultura?.....	255
8. Conclusões.....	257
9. Referências.....	259
<b>XII O DIREITO E A JUSTIÇA PARA ALF ROSS, SOB A LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN (Uma breve análise das ponderações de Alf Ross e Chaïm Perelman sobre a importância da argumentação na administração da Justiça)</b> .....	261
<i>Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves</i>	
1. Introdução.....	262
2. O Direito e a Justiça para Alf Ross.....	265
2.1. Alf Ross e o realismo-empírico.....	265
2.2. Validade, vigência e eficácia da norma jurídica.....	267
2.3. Ross e as fontes de Direito.....	274
2.4. O método de interpretação e a argumentação jurídica.....	277
3. Chaïm Perelman: o Direito e as Técnicas de Argumentação.....	279
3.1. Revisitando a antiga retórica.....	279
3.2. As técnicas argumentativas.....	283
3.3. Perelman e a Justiça.....	285
4. A argumentação: ferramenta do juiz.....	289
4.1. Incursão doutrinária sobre a argumentação nas decisões judiciais.....	289
4.2. Ponto de encontro entre a doutrina de Alf Ross e Chaïm Perelman: a argumentação na administração da justiça.....	295
5. Conclusão.....	305
6. Referências.....	308
<b>XIII A CRISE DO ENSINO JURÍDICO</b> .....	311
<i>Tarsis Barreto Oliveira</i>	
1. Introdução.....	311
2. O perfil do professor de Direito.....	312
3. Concepção ideológica e prática docente.....	316
4. Caminho para a mudança.....	319
5. O papel da OAB.....	321
6. Propostas para a solução da crise.....	324
7. Conclusão.....	325
8. Referências.....	326
9. Consulta bibliográfica.....	326
<b>XIV BIOCONSTITUCIONALISMO: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA BIOÉTICA</b> .....	329
<i>Valdir Ferreira de Oliveira Junior</i>	
1. Introdução.....	330
2. Proposta de Trabalho.....	331

Sumário

3. O Neoconstitucionalismo: breves noções .....	332
4. Estado atual da bioética e sua dinâmica .....	334
5. Bioconstitucionalismo .....	337
6. Regime jurídico-constitucional da bioética .....	338
7. Princípios da Bioética .....	340
8. Colisão entre direitos nos quadros da bioética .....	344
9. Normas constitucionais de conteúdo bioético .....	346
10. A Bioética no Direito Internacional e Comparado – breves apontamentos .....	351
11. Considerações finais .....	352
12. Referências .....	353

**XV A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*, A TEORIA DA PRESSUPOSIÇÃO E A TEORIA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO EM FACE DA DOUTRINA *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* – O PRIMADO DA COERÊNCIA E AS SITUAÇÕES DE CERTEZA SUBJETIVA .....**

<i>Wagner Mota Alves de Souza</i>	357
1. Introdução .....	358
2. A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .....	358
3. Teoria da pressuposição .....	360
3.1. Críticas de Lenel .....	362
4. A teoria da base do negócio jurídico .....	363
4.1. A teoria eclética de Larenz .....	366
5. A doutrina <i>nemo potest venire contra factum proprium</i> .....	369
6. Contradições aparentes e existentes .....	371
7. Conclusão .....	373
8. Bibliografia .....	373

**Doutrina Internacional**

<b>XVI LA GIUSTIZIA SPORTIVA IN ITALIA .....</b>	379
<i>Vincenzo Vigoriti</i>	
1. Il quadro istituzionale: il CONI e le Federazioni sportive .....	379
2. Oggetto dell'indagine: lo sport professionistico e in particolare il calcio .....	381
3. La dimensione internazionale: FIFA e UEFA .....	384
4. Le scelte e le indicazioni internazionali in tema di giustizia sportiva .....	385
5. L'attuazione di queste nell'ordinamento calcistico italiano ad opera della FIGC. Il vincolo di giustizia. La giustizia disciplinare .....	387
6. Il controllo del giudice statale: ammissibilità e contenuto .....	390
7. Le controversie del lavoro sportivo: la devoluzione ad arbitri .....	392
8. Il controllo del giudice statale: ammissibilità e contenuto .....	395
<b>Dissertações e teses defendidas (1980-2005) .....</b>	397



## APRESENTAÇÃO

O presente volume da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia é dedicado ao Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

Conheci o homenageado no ano de 1987, quando ele era Diretor do CEPEJ-Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da UFBA, entidade que ajudou a fundar para promover a difusão da pesquisa científica nesta Instituição de Ensino. Naquela época, ainda como estudante de Direito, já demonstrava a sua inclinação para a área acadêmica.

Graduado em Direito no final de 1989, acabou optando pela carreira da Magistratura Estadual e, posteriormente, pela do Ministério Público Federal e pela Magistratura Federal, a qual se encontra vinculado atualmente, como Juiz Federal da 11ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia.

O gosto pela atividade judicante, no entanto, não o fez abandonar o talento e a vocação pela Academia, confirmados com a sua aprovação em concurso de provas e de títulos para o cargo de Professor Auxiliar de Ensino da UFBA, com a obtenção dos títulos de Mestre e de Doutor em Direito e a publicação de livros e diversos artigos científicos.

Como aluno do curso de Mestrado em Direito Econômico, foi fundador, ao lado de outros alunos, da Revista dos Mestrados em Direito da UFBA, projeto científico que acabou mais tarde resultando na publicação da Revista da Pós-Graduação.

O homenageado é acima de tudo um sujeito perseverante, dedicado, disciplinado e empreendedor. Tais qualidades ele pôde revelar quando ocupou, por quatro anos, o cargo de Coordenador do PPGD, realizando gestão das mais profícuas e eficientes, que culminou na reinstalação em 2005 do curso de Doutorado em Direito da UFBA.

Com o presente volume presta-se, desse modo, por livre escolha da comunidade acadêmica, uma justa homenagem ao Professor Saulo Casali por todo seu esforço e dedicação empreendidos à frente desse Programa, que ele, de maneira marcante e indelével, ajudou a consolidar.

*Salvador, janeiro de 2005.*

**Paulo R. L. Pimenta**  
Professor Adjunto II da UFBA.



## CURRÍCULO DO HOMENAGEADO

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA entre 2001 e 2005, em sua gestão foi obtida da CAPES a autorização para a instalação do Curso de Doutorado em Direito, cujas aulas tiveram início no primeiro semestre de 2005.

Desde 1993 é professor da UFBA (atualmente como Adjunto), tendo lecionado as disciplinas Direito Internacional Público (na graduação), Direito Tributário, Projeto de Pesquisa e Hermenêutica Jurídica (na pós-graduação). Atualmente leciona e dedica-se à disciplina Direito Constitucional (graduação e pós-graduação).



O Prof. Saulo Casali Bahia.

Foi membro da Comissão de Reforma Curricular do Curso de Graduação em Direito da UFBA, bem como do Colegiado da Graduação e da Congregação da Faculdade de Direito daquela Universidade. É membro do Colegiado da Pós-Graduação em Direito da UFBA.

Foi também chefe do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFBA (2000-2001).

Na área privada, integrou o quadro docente e coordenou o Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Tecnologia e Ciências/Salvador (2002-2003), sendo Parainfo de sua primeira Turma, e lecionou Direito Constitucional na Faculdade Dois de Julho/Salvador (2005).

Foi Professor Visitante na Universidade da Flórida/EUA em 2005.

Graduou-se em Direito na UFBA, em 1988, alcançando a Lâurea Acadêmica.

Obteve o título de Mestre em Direito na UFBA (1994), com a defesa da dissertação publicada com o título de “Responsabilidade Civil do Estado” (Rio de Janeiro, Forense, 1995).

Realizou Curso de Doutorado em Direito Constitucional (PUC-SP, 1997-1999), obtendo o título de Doutor em Direito do Estado com a defesa da tese intitulada “Tratados Internacionais no Direito Brasileiro”, também publicada (Forense, Rio de Janeiro, 2000).



Realizou Cursos de Especialização em Direito Internacional na Academia de Direito Internacional/Corte Internacional de Justiça (Haia/Holanda, 1998) e na Comissão Jurídica Interamericana/OEA (Rio de Janeiro, 1995).

É Juiz Federal na Seção Judiciária da Bahia desde 1993. Antes, foi Procurador da República na Bahia (1993) e Juiz de Direito do Estado da Bahia (1990-1993).

Como Juiz Federal, atuou como Diretor do Foro (2002-2003) e na vaga de Juiz suplente do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia (2005). Já atuou, como convocado, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em Brasília-DF.

Recebeu o título de Cidadão de Dias D'Ávila (1991).

Autor de mais de cinco dezenas de trabalhos científicos, consultor de várias instituições científicas e membro de diversos conselhos editoriais, atualmente é Membro eleito da Academia Mundial de Artes e Ciências (2005).







## ARTIGOS DO CORPO DOCENTE

---

Edilton Meireles  
Rodolfo Pamplona Filho  
Ana Thereza Meirelles Araújo





# I

## ESTUDO DO DIREITO COMPARADO

*Edilton Meireles*

Juiz do Trabalho da 23ª Vara do Trabalho/SSA/Ba. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Prof. de Direito Processual Civil na UNIFACS

**RESUMO:** O estudo do direito comparado não se confunde com a menção ao direito estrangeiro, comunitário ou internacional. Em um trabalho científico, o estudioso deve adotar critérios para escolha do direito não-nacional que deseja mencionar em caso de estudo do direito comparado. Essa mesma preocupação deve ter, ainda, o juiz ou o doutrinador quando busca fundamentar seus trabalhos. O autor, assim, procura mostrar os critérios que devem ser adotados nessa escolha o estudo do direito comparado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito comparado; direito estrangeiro; estudo.

**ABSTRACT:** The study of comparative law? doesn't become mixed up with the reference to the foreign law, communitarian law or international one. In a scientific study, the researcher must take some criteria as a basis to choose the non-national law which he wishes to mention, if the study of comparative law? should happen. The judge or the instructor must also be concerned with, in case they need to look into their works. Thus, the author looks for showing the criteria that should be used in the choice of the study of comparative law.

**KEYWORDS:** Comparative Law; foreign law; study.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Da comparação; 3. Distinções; 4. Critérios comparativos; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

O direito comparado é, sem dúvida, instrumento de estudo sem comparação, utilizando-se de um trocadilho. Tal recurso, aliás, hoje, num mundo globalizado, tem muito mais razão de ser, especialmente nas novas áreas da ciência jurídica, como as que cuidam das questões ambientais, do direito genético e do comércio eletrônico.

Mas a utilidade do direito comparado não se restringe as essas novas áreas do direito. Mesmo para o velho direito comercial (empresarial), v. g., o direito comparado constitui fonte de estudo dos seus novos institutos, a exemplo dos contratos de franquia, *factoring*, etc.



E é justamente por esse papel do direito comparado que procuramos apontar os caminhos a serem trilhados no seu estudo.

## 2. DA COMPARAÇÃO

É preciso, no entanto, esclarecer, antes de adentrarmos propriamente no tema, que a comparação pode ser feita visando a diversos objetivos.

Assim, pode-se comparar os sistemas jurídicos de modo a revelar as suas diferenças, como as suas semelhanças, etc.

No estudo acadêmico, todavia, é muito comum à referência ao direito, doutrina e jurisprudência estrangeiros principalmente para reforçar o entendimento sustentado na dissertação ou tese. E é em relação a esse tema que se volta o presente trabalho, que procura abordar as questões que devem ser observadas nesse estudo do direito não-nacional quando se tem em vista a busca de fundamentos para a posição doutrinária ou tese sustentada.

## 3. DISTINÇÕES

Direito comparado não se confunde com o direito comunitário ou com o direito internacional. Este último deriva do conjunto de regras firmadas entre os diversos Estados nacionais ou organismos supranacionais. O direito comunitário seria uma espécie de direito internacional, só que composto de regras firmadas por um limitado número de Estados nacionais reunidos em sociedade, formando uma comunidade supranacional. Além disso, o direito comparado também não se confunde, como sói ocorrer via de regra, com o direito estrangeiro.

Direito estrangeiro é o conjunto de regras estatais que não pertencem ao ordenamento jurídico pátrio. É, por exemplo, a legislação argentina, a legislação italiana, americana, etc. Já o direito comparado, por sua vez, é uma ciência. Ciência com métodos próprios que procura “*construir, de modo científico, sistemático e objetivo, a partir dos resultados da microcomparação, uma nova matéria*”, esclarecendo, ordenando e classificando, a partir da unidade das regras e dos princípios, “*em um todo coerente a multiplicidade caótica dos microrresultados fornecidos pela microcomparação*”<sup>1</sup>.

Através do direito comparado se busca, enfim, “*colher a posição exata dos ordenamentos e dos sistemas, uns em relação aos outros. Por fim, ajuda a*

1. Leontin-Jean Constantinesco, Tratado de direito comparado, p. 342.

*compreender, mediante uma visão sintética e coerente que deriva de uma radical mudança de perspectiva, o universo jurídico no qual hoje vivemos*<sup>2</sup>.

O direito comparado, portanto, não é simples referência à legislação estrangeira. É uma ciência que procura conhecer os diversos ordenamentos jurídicos a partir de estudos comparativos e sistemáticos. Comparação “*de direito, e não apenas de leis*”<sup>3</sup>.

#### 4. CRITÉRIOS COMPARATIVOS

Antes de apontar os critérios comparativos para definição do direito alienígena mais próximo do nosso, é preciso lembrar que “*os ordenamentos jurídicos são algo bem distinto da simples soma das suas partículas jurídicas elementares*”<sup>4</sup>. Eles se formam, em realidade, direta ou indiretamente, pelo “*sistema de valores*”<sup>5</sup>. Ou, como definiu, Canaris, “*sistema jurídico como ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais*”<sup>6</sup>.

Não basta, portanto, conhecer o direito positivado. É preciso pesquisar a estrutura determinante do sistema jurídico pois, como ensina Miguel Reale, “*o direito comparado não pode se reduzir ao mero confronto de códigos e leis de diversos povos, sem se levar em conta as estruturas sociais e políticas de cada um*”<sup>7</sup>.

Para tanto, o jurista pode se valer de dois métodos comparativos: a macro-comparação e a micro-comparação. Na macro-comparação, o operador do direito realiza a “*comparação entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade*”<sup>8</sup>. Já na micro-comparação, procede na comparação “*entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes*”<sup>9</sup>.

No estudo do direito comparado, no entanto, quando se quer cuidar de determinado tema, enriquecendo-se as dissertações ou mesmo procurando fundamento para a tese sustentada, é necessário, primeiro, que se faça à macro-comparação, para depois, selecionados os ordenamentos estatais compatíveis com os valores aceitos no Brasil, partir para as micro-comparações, tendo em vista determinado instituto jurídico.

2. Ibidem, p. 343.
3. Jean-Michel Servais, Elementos de direito internacional e comparado do trabalho, p. 19.
4. Ibidem, p. 331.
5. Ibidem, mesma página.
6. Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, p. 77.
7. Lições Preliminares de Direito, p. 305.
8. Carlos Ferreira de Almeida, Introdução ao direito comparado, p. 9.
9. Ibidem, p. 10.

Leontin-Jean Constantinesco, nessa trilha, menciona que os sistemas de valores em cada ordenamento jurídico se compõem de elementos determinantes e fungíveis. Determinantes seriam aqueles elementos que *“atribuem a todo o ordenamento a sua individualidade específica; são eles que o determinam, fixando as estruturas fundamentais, que condiciona estes fatores e, com eles, o perfil próprio e a morfologia específica de cada ordem jurídica”*<sup>10</sup>. Eles seriam aqueles princípios gerais que formam os *“valores fundamentais mais profundos”* de uma ordem jurídica<sup>11</sup>.

Os elementos fungíveis seriam aqueles que giram em torno dos determinantes, tendo *“papel mais técnico do que ideológico e teleológico”*<sup>12</sup>. São mais numerosos, mas exercem papel secundário, *“já que se limitam a completar o perfil do respectivo ordenamento sem determiná-lo. São fungíveis porque a modificação ou a sua substituição não mudam as estruturas fundamentais e deixam intactas a morfologia originária e específica da ordem jurídica que os contém”*<sup>13</sup>.

Definidos os valores fundamentais de cada ordenamento jurídico, em seus princípios gerais, cabe, então, ao estudioso do direito comparado buscar a identidade dos elementos determinantes entre os diversos ordenamentos jurídicos.

Constantinesco aponta nove elementos determinantes. Alerta, todavia, que *“é importante especificar que eles representam mais um grupo de elementos do que fatores individuais e que eles são tão complementares e vinculados uns aos outros que, freqüentemente a mesma unidade pode figurar em categorias diferentes”*<sup>14</sup>.

Os mais importantes seriam, no pensamento do mestre romeno, a *“concepção”* e o *“papel do Direito”*. Isso porque *“o conceito de Direito pode variar de um ordenamento a outro, e isso implica que as suas funções e o seu papel podem ser muito diferentes”*<sup>15</sup>. Em suma, deve se definir se o Direito apenas é instrumental, estando a serviço do Estado, como nos sistemas comunistas, ou não<sup>16</sup>.

O terceiro elemento determinante apontado por Constantinesco *“compreende as relações de incertezas existentes entre o ‘dado’ e o ‘construído’”*<sup>17</sup>, ou seja,

10. Op. cit., p. 332.

11. Canaris, op. cit., p. 77.

12. Leontin-Jean Constantinesco, op. cit., p. 332.

13. Ibidem, p. 332-333.

14. Ibidem, p. 334.

15. Ibidem, mesma página.

16. Sobre a teoria do direito nos regimes marxistas, cf. Eugeny Bronislanivich PASUKANIS, A teoria geral do direito e o marxismo.

17. Ob. cit., p. 335.

entre a realidade socioeconômico-político-histórica e o ordenamento jurídico sobreposto.

O quarto elemento seria a “*constituição econômica da respectiva ordem jurídica*”<sup>18</sup>. Isso porque a constituição econômica “*domina os problemas da propriedade, da sucessão, da livre circulação dos bens, dos contratos e da autonomia dos particulares, da liberdade de iniciativa econômica, de exercer uma profissão*”<sup>19</sup>, etc.

Em seguida, teríamos, como quinto e sexto elementos determinantes, a concepção e o papel do Estado (e não, do Direito). Tais elementos estariam vinculados às idéias do Estado do Direito e às funções do Estado e suas relações com o Direito, a posição dos partidos políticos, a pluralidade de poderes, os direitos fundamentais, etc.

O sétimo elemento “*diz respeito às fontes do Direito e à sua hierarquia*”<sup>20</sup>.

O oitavo elemento seria aquele que “*concerne à interpretação das leis e do Direito, à posição do juiz e ao seu papel na interpretação*”<sup>21</sup>.

Por fim, como novo elemento determinante, teríamos as “*noções e as categorias jurídicas fundamentais*”<sup>22</sup>. Aqui, por exemplo, além de outras, reside um dos principais pontos de divergência entre os sistemas da civil law e da common law. Isso porque aquele primeiro está vinculado aos conceitos e categorias oriundas do direito romano, enquanto o segundo criou noções e classificações próprias quanto às categorias jurídicas fundamentais.

Os comparativistas, ainda, partem dos diferentes tipos de sistemas para estudo do direito comparado. Sistema jurídico entendido como “*um conjunto mais ou menos amplo de legislações nacionais, unidas por uma comunidade de origem, de fontes, de concepções fundamentais, de métodos e de processos de desenvolvimento*”<sup>23</sup>.

A classificação mais citada entre os doutrinadores é aquela oferecida por René David. Preferindo usar a expressão “*famílias*” ao invés de “*sistemas*”<sup>24</sup>, o professor René David aponta a seguinte classificação:

18. Ibidem, mesma página.

19. Ibidem, mesma página.

20. Ibidem, p. 336.

21. Ibidem, mesma página.

22. Ibidem, mesma página.

23. Marc Ancel, Utilidade e métodos do direito comparado, p. 58.

24. Os grandes sistemas do direito contemporâneo, p. 16-17.

- a) a família romano-germânica (*civil law*);
- b) a família da *common law*;
- c) a família dos países comunistas;
- d) outras famílias concebidas a partir de ordens social e de direito diversas, englobando os países do Oriente, da África e os que fundam o Direito na religião<sup>25</sup>.

Contudo, é evidente que a partir da simples classificação dos sistemas jurídicos não conseguirá o operador do direito alcançar seu desiderato de fundamentar sua tese ou tão-somente enriquecer sua dissertação com sólida base científica escolhendo a norma estrangeira que melhor se ajuste ao instituto estudado. Para tanto, basta lembrar que, no sistema romano-germânico, situam-se países tão dispares como o Brasil e a Escócia (que não pertence ao sistema da *common law*, como, a princípio, pode-se pensar)<sup>26</sup>. É preciso, desse modo, combinar os diversos critérios, extraíndo-se regras lógicas e seqüenciais.

Por óbvio, ainda, não se tem como abordar qualquer tema em comparação com todos os ordenamentos jurídicos estatais. Seria uma tarefa quase impossível ou para uma vida toda. Correto é selecioná-los. Nessa seleção, todavia, devem-se adotar critérios pertinentes.

Primeiro, deve-se partir da classificação do professor René David. Logo, pertencendo o Brasil ao sistema romano-germânico, ficam, a princípio, afastados os países integrantes da *common law*, os de sistema comunista, os de sistemas tradicionais (milenarios), como os países orientais (Japão, Coréia, etc), os de ordens sociais diversas (africanos) e os que fundam o direito na religião (Irã, Israel, Arábia Saudita, etc).

O segundo critério ou elemento determinante seria o político, ou seja, saber se o sistema jurídico está fundado num Estado de Direito ou não. Afastado, em primeiro plano, o aspecto econômico com a diferenciação do sistema comunista, o político se sobressai. E quando falamos em Estado de Direito estamos nos referindo a um princípio fundamental: o da igualdade.

25. Apud Guido Fernando Silva Soares, *Common law*, p. 25. Para quem deseja conhecer as diferenças entre os sistemas da *common law* e da *civil law*, cf. esta obra, p. 31-81.

26. *Ibidem*, p. 52. Interessante notar que o autor dessa obra esclarece que o Estado da Lousiania, nos EUA, também mantém um sistema jurídico romano-germânico. A Escócia teria um sistema misto, mas prevalentemente romano-germânico. Sobre as diferenciações entre esses diversos sistemas, cf. Marc Ancel, *op. cit.*, p. 59-66.



Assim, numa segunda etapa, cumpre separar os sistemas jurídicos fundados nos princípios do Estado de Direito e da igualdade daqueles que se afastam deles. Os países autoritários, ditatoriais, etc. ficariam assim afastados nessa segunda etapa comparativa pois, sendo o Brasil um país onde impera o Estado de Direito, não pode o operador do direito buscar uma regra num sistema jurídico em que a igualdade não é observada.

Exemplo recente se tem em relação à África do Sul (que pertence ao sistema romano-germânico e não ao da *common law*), onde imperava o regime da discriminação racial. Logo, não se poderia buscar uma regra comparativa num sistema onde os seres humanos eram tratados com desigualdade.

O terceiro critério seria quanto a pertencer a uma mesma comunidade internacional. Isso porque, entre os países comunitários, existe uma tendência a igualar as legislações nacionais. Logo, é preferível buscar uma regra num país comunitário do que naquele que esteja fora. Na Itália, por exemplo, preferível seria estudar o ordenamento jurídico da França do que o brasileiro.

O Brasil, porém, não integra, ainda, qualquer bloco comunitário, lembrando que o MERCOSUL não passa de mera união aduaneira, onde a soberania nacional se mantém intocável. E o que caracteriza os países comunitários é o rompimento com o conceito de soberania. Os países comunitários abrem mão, em parte, de suas soberanias em prol do convívio harmonioso em comunidade supranacional.

O quarto critério que podemos adotar é o da afinidade sociopolítico-cultural-histórico. Este seria o terceiro elemento determinante referido por Constantinesco.

Óbvio que, entre selecionar um ordenamento jurídico de país mais próximo culturalmente do Brasil daquele mais distante, é preferível ficar com a primeira opção. Entre o direito argentino, por exemplo, e o alemão, ao certo mais compatível será o daquele e não, o deste<sup>27</sup>.

Estariam, assim, a princípio, mais próximos do nosso Direito os ordenamentos jurídicos dos países da América Latina, preferindo-se os da América do Sul aos da América Central e ao México (único país latino na América do Norte).

Entre os países europeus, mais próximos, por questões culturais, políticas e históricas, estariam Portugal, Espanha, Itália e França. Mais distantes, por exemplo,

27. Contra a subdivisão do sistema romano-germânico entre países latinos e países de direito germânico, cf. Marc Ancel, op. cit., p. 60-61.

a Bélgica, a Holanda, os países escandinavos, a Alemanha, a Áustria, etc. Aliás, colocaríamos, inclusive, mais próximos do sistema jurídico brasileiro os ordenamentos jurídicos português e espanhol, seguidos do italiano e do francês, do que os ordenamentos jurídicos dos nossos vizinhos da América do Sul. Isso porque muito maiores influências tiveram e têm os sistemas jurídicos desses países europeus sobre o brasileiro, do que dos países fronteiriços.

Vale ressaltar, ainda, que, conquanto, por razões político-histórico-culturais, a Alemanha esteja mais distante de nossas tradições jurídicas, não se pode negar que o direito tedesco exerceu e ainda exerce forte influência em nossa legislação e, por via de consequência, na formação do nosso sistema jurídico em seus valores e princípios gerais.

Nada mais natural, portanto, do que buscar na “fonte” alemã os fundamentos do direito nacional. Pode-se, então, utilizar-se do critério “*cabeça de estirpe*”, ou seja, “*não sendo viável a seleção de todas as ordens jurídicas do mundo, dar-se-á preferência às mais relevantes por serem ‘cabeças de estirpe’ de famílias de direitos ou por força da importância político-econômica dos países onde vigoram*”<sup>28</sup>.

Assim, como todos esses ordenamentos jurídicos acima citados pertencem à mesma família romano-germânico (*civil law*), procura-se dar preferência pelas cabeças de estirpe, que, *in casu*, seriam os ordenamentos jurídicos francês e alemão<sup>29</sup>. Mais remotamente, pode-se dar preferência pelo ordenamento jurídico italiano, que serve de fonte de inspiração aos nossos legisladores em diversas áreas e aos sistemas jurídicos português e espanhol, em face das afinidades cultural-históricas.

Recorrendo-se à família da *common law*, a comparação, de preferência, deve ser feita com o direito inglês, pois gênese de todos os demais da mesma estirpe, e com o direito norte-americano, pela própria importância e relevância cultural, política e econômica que atualmente desfruta perante o resto do mundo<sup>30</sup>.

## 5. CONCLUSÃO

No estudo do comparado, inicialmente, a partir das macro-comparações, conforme critérios apontados acima, entre os diversos ordenamentos jurídicos

28. Carlos Ferreira de Almeida, op. cit., p. 29.

29. Ibidem, p. 35.

30. Ibidem, mesma página.

nacionais, deve-se optar, logicamente, por aqueles que têm a mesma matriz jurídica que o nosso, isto é, sejam da mesma “família” da *civil law*.

Entre esses, devem ser selecionadas as “*cabeças de estirpe*”, ou seja, aqueles ordenamentos jurídicos que influenciam os demais da mesma família. Assim, considerando as regras do direito privado (civil) como um todo, alcançamos os ordenamentos jurídicos da França e da Alemanha. Entretanto, em face das fortes influências exercidas sobre nosso direito, pode-se ampliar esse estudo comparativo aos ordenamentos jurídicos da Espanha, Portugal e Itália, sendo que, em relação aqueles dois primeiros países, em face dos laços históricos e culturais que os vinculam ao Brasil.

Para completar o estudo, considerando o grau de desenvolvimento sócio-econômico, pode-se fazer menção, ainda, a outros ordenamentos jurídicos, a exemplo da Holanda, Bélgica ou mesmo da Suíça, etc.

Nessa mesma trilha, e ainda da mesma família jurídica, mas considerando como fatores preponderantes o mesmo ou próximo estágio de desenvolvimento sócio-econômico, as afinidades culturais, a localização geográfica (América Latina) e a influência que exercem sobre os demais países da região, podem ser selecionados para desenvolvimento do estudo comparado os ordenamentos jurídicos da Argentina e do México. Outros podem ser escolhidos. Importante, no entanto, é que haja uma escolha racional e pertinente.

Ainda que não sejam da mesma matriz jurídica predominante no Brasil, não se pode olvidar de fazer menção, ainda, aos ordenamentos jurídicos dos EUA e da Inglaterra, em decorrência da influência cultural e política exercida por esses países, bem como em consideração ao alto desenvolvimento e sócio-econômico de ambos.

Advirta-se, porém, para finalizar, que os critérios acima, longe de serem regras rígidas, apenas servem de balizamentos nesse tortuoso caminho de estudar o direito comparado.

## 6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Introdução ao direito comparado*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.

ANCEL, Marc, *Utilidade e métodos do direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. *Tratado de direito comparado: introdução ao direito comparado*. Trad. Maria Cristina de Cicco (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho, 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanivich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao direito comparado*. Trad. Véra Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SERVAIS, Jean-Michel. *Elementos de direito internacional e comparado do trabalho*. Trad. Edilson Alkimim Cunha, São Paulo: LTr, 2001.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law. Introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



## II

# TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

*Rodolfo Pamplona Filho*

Professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região).

*Ana Thereza Meirelles Araújo*

Bacharela em Direito pela UNIFACS – Universidade Salvador. Ex-Bolsista do PIBIC FAPESB 2005. Pós-Graduada em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia/UFBA – Universidade Federal da Bahia. Segunda Colocada no III Prêmio “Rodolfo Pamplona Filho”, edição de 2006, na categoria “Pós-Graduação”.

**RESUMO:** Trabalho destinado à análise da identificação da disciplina jurídica do nascituro, sob o prisma da sistemática constitucional. Verificação das teorias sobre a existência da personalidade civil, bem como dos direitos salvaguardados por lei. Possibilidade de reparação de dano moral ao não nascido e aplicação dos princípios da responsabilidade civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nascituro, personalidade, dano moral.

**ABSTRACT:** This article is dedicated to analyze the identification of unborn child's juridical

discipline under constitutional optical system. Knowledge of extension and meaning of human being dignity principle, as State fundament, and the life rights, above anything. Verification of people personality existence, as well rights secured by the law. Moral damage fixing possibility to unborn child and application of the principles of civil responsibilities, linked to the currently protection.

**KEYWORDS:** unborn child, right to life, personality, and moral damage

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A pessoa humana como fundamento da ordem jurídica constitucional e o direito à vida; 3. A tutela jurídica do nascituro; 3.1. Conceito; 3.2. Natureza jurídica; 4. Direitos do nascituro; 5. Responsabilidade civil e dano; 5.1. Dano moral; 6. Conclusão; 7. Referências.



## 1. INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é discorrer sobre a tutela jurídica do nascituro, com fundamento em uma visão constitucional da matéria.

De fato, a análise da referida proteção não pode prescindir da identificação dos fundamentos constitucionais que concorreram para a sua construção, uma vez que é a Constituição Federal o sol do universo normativo ao redor do qual devem orbitar todas as demais relações em um determinado ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, primeiramente, cumpre verificar a noção de pessoa humana dentro do sistema constitucional, para que, a partir daí, possa-se compreender a condição jurídica do não nascido. Para isso, faz-se necessário pormenorizar a sua tutela (compreendendo seu conceito e natureza), bem como enumerar as teorias sobre o início de sua personalidade, com análise da atual exegese do artigo 2º do Código Civil que põe a salvo seus direitos, de forma a identificar no ordenamento quais direitos salvaguardados são esses.

Por fim, serão tecidas considerações a respeito da reparabilidade do dano moral ao nascituro, tendo em vista as disposições constitucionais e a possibilidade de aplicação dos princípios da responsabilidade civil.

## 2 A PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA ORDEM JURÍDICA CONSTITUCIONAL E O DIREITO À VIDA

É evidente que o conteúdo de um sistema constitucional não reflete apenas normas de conduta e normas de sanção. O seu conteúdo traduz normas programáticas que consagram, em sua estrutura, fundamentos e princípios, que, reunidos, evidenciam a essência do ordenamento, refletindo seu caráter predominantemente axiológico e seus objetivos programados.

Dessa forma, a obediência e a fidelidade à norma constitucional importa, no final de contas, tão somente o respeito a aquilo que ela representa: a consagração de um sistema de valores, princípios e direitos que são fundamentais à existência do homem. Os diplomas infraconstitucionais (ou microssistemas jurídicos) devem refutar situações que contraponham a Norma Maior, coadunando o seu conteúdo, o que não é excepcionado pela codificação civil, mesmo sendo ela um amplo conjunto de regras jurídicas voltadas à disciplina das relações privadas, que disciplina a vida humana desde antes de nascer até depois de seu falecimento.

As transformações no sistema clássico de direito privado podem ser notadas quando se verifica que o direito civil contemporâneo recepcionou o contorno

valorativo e principiológico oriundo do sistema constitucional, afastando-se da tradicional tendência individualista-formalista, propícia das relações particulares, que até então o acompanhava e estigmatizava. Tal perspectiva afasta, cada vez mais, a dicotomia direito público e direito privado, tão cara à mentalidade jurídica de outrora.

Nesse novo panorama do Direito Civil Constitucional, restará reformulada a noção de pessoa humana até então estabelecida pelo sistema antecedente, de maneira a refletir a sua primazia e relevância, através da adequação das relações civis aos alicerces da Constituição. É dessa forma que a dignidade da pessoa humana (erigida a fundamento da República Federativa do Brasil, por força do art. 1º, III, da Constituição Federal), e, conseqüentemente, o respeito à sua vida, deverão guiar e fundamentar as relações regidas pelo direito civil.

Elevar a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito, como disposto no mencionado dispositivo constitucional, é assumi-la como “base da própria existência do Estado brasileiro e, ao mesmo, fim permanente de todas as suas atividades”<sup>1</sup>, conferindo a ela posição de supremacia dentro do sistema jurídico, através de garantias e direitos fundamentais, positivados constitucionalmente e reproduzidos ao longo dos diversos diplomas infraconstitucionais. O *status* de princípio fundamental ocupado pela dignidade evidencia o reconhecimento do valor do homem e a estima pelo resguardo dos fatores capazes de assegurar-lhe uma vida digna e saudável.

O *caput* do artigo 5º do texto constitucional assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida<sup>2</sup>. No entanto, a Carta Magna não definiu a partir de que momento se daria essa proteção, atribuição que caberá à legislação ordinária. O inciso XXXVII do referido artigo, incluiu o aborto como espécie dos crimes dolosos contra a vida, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri.

São válidas considerações a respeito da origem, significado e extensão do direito à vida. A vida, assim como a integridade física e psíquica, consiste em atributo inerente à espécie do homem.<sup>3</sup> Pertence ao campo do Direito Natural, por ser pressuposto dos demais direitos e razão fundamental de qualquer construção ou forma de organização humana, seja de natureza social, política ou jurídica.

1. FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais**: Uma introdução. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.
2. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...].
3. CHAVES, Benedita Inêz Lopes Chaves. **A Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: Ltr, 2000, p.54.

Sob essa perspectiva, insta esclarecer que o atributo vida não está escalonado entre os direitos que, originalmente, foram criados e protegidos pelo sistema jurídico. A vida, enquanto pré-existente a qualquer direito, antecede esse próprio sistema e é pressuposto de qualquer tutela destinada à espécie humana.

José Afonso da Silva citado por Benedita Chaves preleciona:

Não se considera a vida apenas no seu sentido biológico, de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica, mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão, por ser algo dinâmico, que evolui incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo que se instaura com a concepção, transformando-se e progredindo para manter sua identidade, até mudar de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte e tudo que interfere, em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante, contraria a vida.<sup>4</sup>

No nosso entender, tal proteção também foi estendida ao nascituro, idéia coadunada pela tipificação do aborto.

Dessa forma, na medida em que um novo enfoque sobre a pessoa humana passa a ser transportado para o direito privado, os direitos da personalidade ganham um contorno mais constitucional, delineado pelo paradigma da dignidade como fundamento da ordem jurídica.

### 3. A TUTELA JURÍDICA DO NASCITURO

Identificar a proteção adequada e devida ao nascituro pressupõe compreender a disciplina jurídica das *pessoas* adotada pelo sistema constitucional e pela codificação civil, enquanto sujeitos de direitos e obrigações.

O sistema clássico de direito privado criou, a partir do entendimento sobre sujeitos de direitos, três categorias centrais: pessoa natural; nascituro e prole eventual.

A análise da referida tutela, em face da legislação vigente, passa pela compreensão do conceito e natureza jurídica do nascituro, a fim de que possam ser identificados os direitos que lhe são salvaguardados.

#### 3.1. Conceito

O significado etimológico da palavra nascituro é “o que está por nascer”. Portanto, ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do

4. SILVA, José Afonso da *apud* CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000, p.50.



óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido.

No entanto, urgem incessantes divergências na construção do conceito sobre aquele que está por nascer, decorrentes de interpretações diversas acerca das fases de desenvolvimento embrionário, tendo em vista a significativa dificuldade para identificar o momento em que o embrião ou zigoto possa começar a ser chamado de nascituro. Majoritariamente, o que se tem verificado é que o nascituro surge com o fenômeno da nidação, que é a fixação ou implantação (para o caso de concepções artificiais ou *in vitro*) do zigoto nas paredes do útero.

### 3.2. Natureza jurídica

A categorização criada pela doutrina clássica do direito privado aponta a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual como sujeitos de direitos dentro do sistema jurídico. Tal classificação não acompanha a nova realidade trazida pela prática das fertilizações artificiais, responsáveis pela situação dos embriões concebidos *in vitro*, não implantados no útero materno, por motivos diversos, e congelados por serem excedentes.

Pessoa natural é todo ser humano considerado como sujeito titular de direitos e obrigações. Inevitavelmente, para a Lei, foi necessário fixar um termo a partir do qual pudesse restar caracterizada a existência da pessoa, o momento em que se verifica a ocorrência dos pressupostos fáticos capazes de evidenciá-la como tal. Assim dispôs a codificação civil, em seu artigo 2º, quando determinou que a personalidade civil da pessoa começa com seu nascimento com vida. Assim, a íntima relação entre deter personalidade jurídica e ser sujeito de direitos e obrigações:

Personalidade jurídica, portanto, para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito. Adquirida a personalidade, o ente passa a atuar, na qualidade de sujeito de direito (pessoa natural ou jurídica), praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes matizes. A pessoa natural, para o direito, é, portanto, o ser humano, enquanto sujeito/destinatário de direitos e obrigações<sup>5</sup>.

Dessa forma, a junção dos pressupostos – nascimento e vida – implica na constatação da existência da personalidade jurídica, de maneira que, ainda que uma criança nasça com vida e depois venha a falecer, terá a adquirido. O nascimento é a separação daquele que está por nascer do ventre de sua mãe e a ocorrência

5. GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral, v.1. São Paulo: Saraiva, 2002, p.88-89.

do elemento vida está condicionada à verificação do fenômeno fisiológico da respiração, que, sinteticamente, é a entrada de ar nos pulmões.

Quanto à prole eventual, o Código Civil admite que os filhos ainda não concebidos (portanto, não existentes à época da sucessão) possam suceder por testamento, conforme dispõe o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil brasileiro de 2002<sup>6</sup>.

Para explicar, porém, a natureza jurídica do nascituro, a doutrina se divide em três entendimentos: teoria concepcionista; teoria da personalidade condicional e teoria natalista.

A princípio, importa salientar que a discussão acerca da condição jurídica do não nascido também pressupõe identificar o momento em que o ordenamento determina como o início da existência da pessoa, titular de direitos e obrigações. A exegese do artigo 2º do Código Civil condiciona a aquisição da personalidade ao nascimento com vida, mas adverte que os direitos do não nascido serão salvaguardados pela lei. Assim, surgem questionamentos quanto ao reconhecimento do nascituro como pessoa, uma vez que a lei não o reconhece, mas, garante a observância de direitos que são genericamente inerentes a essa condição, configurando um sistema de proteção conferido aos entes dotados de personalidade civil.

Para a linha concepcionista, influenciada pelo direito francês, o nascituro tem personalidade jurídica, ou seja, o feto, desde a sua concepção, pode figurar como sujeito de direitos e obrigações, possuindo a mesma natureza que a pessoa natural. Dessa forma, a nidação (momento de instalação do embrião nas paredes do útero configurando a possibilidade de vida viável) seria o termo inicial de existência do nascituro, protegido desde então como pessoa, titular de direitos personalíssimos, e mesmo, patrimoniais. Para a teoria, não se deve discutir a titularidade dos direitos patrimoniais do não nascido, mas, tão somente os efeitos desses direitos, que evidentemente dependeriam do seu nascimento com vida.

Silmara Chinelato e Almeida entende que:

A personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascimento com vida, notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação e a herança. Nesses casos, o nascimento

6. Uma reflexão interessante sobre o referido dispositivo é se os embriões mantidos em laboratórios, oriundos de reproduções artificiais e excedentes ao processo, se encontrariam amparados pela previsão. Isso porque já são entes concebidos (embora não implantados), afastando-se, no rigor técnico, tanto da categoria de prole eventual (que conforme a lei, se destina a seres ainda não concebidos, ainda não existentes), quanto da modalidade de nascituros, embora nada impeça uma interpretação analógica.

com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.<sup>7</sup>

A doutrina concepcionista tem como base o fato de que, ao se proteger legalmente os direitos do nascituro, o ordenamento já o considera pessoa, na medida em que, segundo a sistematização do direito privado, somente pessoas são consideradas sujeitos de direito, e, conseqüentemente, possuem personalidade jurídica. É o caso do aborto, crime contra o não nascido que está disciplinado no Código Penal dentre os crimes do título “Crimes contra a pessoa”. Dessa forma, não há que se falar em expectativa de direitos para o nascituro, pois estes não estão condicionados ao nascimento com vida, existem independentemente dele.

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento de sua concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurado a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.

O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver.<sup>8</sup>

Sob esse liame, durante a gestação, o nascituro é tutelado pela lei (o curador ou seu representante legal será responsável pelo zelo de seus direitos), que lhe garante direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos à condição suspensiva – nascimento com vida.

Dentre as teorias, a natalista é a que reflete a interpretação extraída da exegese do artigo 2º do Código Civil. Só existe personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. Assim, o não nascido não tem personalidade, mas, tão somente, expectativa de direito. Nascer com vida, adquirirá personalidade e será titular em plenitude de direitos e obrigações, incluindo os de natureza patrimonial. Assim, observa Caio Mário da Silva Pereira:

7. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e Almeida. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.81.

8. WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.118.

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito<sup>9</sup>.

Adotada a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, seria razoável o entendimento no sentido de que, não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito.

Mas a questão, como visto, não é simples.

Embora o nascituro não seja pessoa, ninguém discute que tenha direito à vida, e não mera expectativa. Silmara Chinelato e Almeida, respeitável defensora da tese concepcionista, preleciona que

juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art.1.). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.<sup>10</sup>

Desta forma, independente da atribuição da personalidade somente a seres que nasçam com vida, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, fazendo tanto no campo das relações civis (garantindo a ele uma série de direitos), quanto no âmbito penal (criminalizando e proibindo o aborto, ressalvadas a exceções legais).

#### 4. DIREITOS DO NASCITURO

Independentemente de se reconhecer o atributo da personalidade jurídica, o fato é que seria um absurdo resguardar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina se não se autorizasse a proteção deste nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir estes direitos. Qualquer atentado à integridade do que está por nascer pode, assim, ser considerado um ato obstativo do gozo de direitos<sup>11</sup>.

9. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito Civil- Alguns aspectos de sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.79.

10. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.160.

11. A doutrina trabalhista é pródiga em exemplos de atos obstativos que podem ser objeto de sanção judicial, como, por exemplo, a despedida obstativa da aquisição de estabilidade decenal (art.499, § 3, Consolidação das Leis do Trabalho) ou, no caso da empregada doméstica, que não tem direito à estabilidade gestante, a despedida obstativa do gozo da licença-maternidade. Sobre a matéria, confira-se o verbete “Despedida Obstativa” in RODRIGUES PINTO, José Augusto, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas**. São Paulo, LTr, 2000, p.186-188.

A situação se torna ainda mais complexa se levarmos em consideração a polêmica sobre a eventual descriminalização do aborto – atualmente tipificado nos arts.124/127 do vigente Código Penal brasileiro – ou mesmo o já autorizado aborto necessário ou no caso de gravidez resultante de estupro (art.128), em que o direito à vida é relativizado em função da tutela de outros valores jurídicos.

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive do Novo Código Civil, *o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.*

Isso porque se é certo que os direitos assegurados ao nascituro configuram um sistema de proteção com a natureza de direitos da personalidade, conferir tutela jurídica ao nascituro, resguardando seus direitos como fez a lei, independe da concessão necessária dessa personalidade. Nos termos do Código Civil em vigor, mesmo não sendo considerado pessoa, o nascituro tem seus direitos protegidos desde a concepção, seja de maneira plena, como entende a teoria concepcionista, sob a forma de condição suspensiva, segundo a teoria da personalidade condicional, ou mediante uma expectativa de direito, segundo a natalista.

Assegurar direitos desde o surgimento da vida intra-uterina pressupõe concluir pela proteção primordial do direito à vida do não nascido, já que este é pressuposto para a existência e gozo dos demais direitos a serem usufruídos. Dessa maneira, posicionou-se o ordenamento jurídico, ao proibir qualquer prática atentatória contra a vida do nascituro, criminalizando o aborto, independente do estágio de desenvolvimento em que ele se encontra e também resguardando o respeito a sua integridade física e moral.

Ademais, diversos outros direitos podem ser identificados no sistema jurídico. Como as relações de parentesco se estabelecem no momento da concepção, o nascituro pode ser reconhecido antes de seu nascimento (artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil e artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, também o direito do pai, ou da mãe, poder pleitear em nome do nascituro, o reconhecimento de sua paternidade ou maternidade e os direitos que lhe são inerentes.

Da leitura do artigo 1.621 do Código Civil e do 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente pode-se inferir o direito de adoção do nascituro. Assim, uma vez feita a adoção, necessária será a garantia de um desenvolvimento gestacional sadio, assegurado pela concessão de alimentos até o nascimento com vida.

Em caso de falecimento do pai e perda do poder familiar pela mulher grávida, deve-se nomear curador ao que está por nascer para a defesa de seus interesses

(artigo 1779 do Código Civil e artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil) até o seu nascimento com vida, quando lhe será nomeado tutor (artigo 1.728 do Código Civil). Se não houver perda do poder familiar, os direitos do nascituro serão resguardados pelos seus representantes legais – seus pais.

Pode também receber doações (artigo 542 do Código Civil) e seus representantes legais podem entrar na posse dos bens doados.

Pode ser contemplado em testamento (artigo 1.798 e 1.799 do Código Civil), pois, já concebidos conforme exigência da lei. Assim, o nascimento com vida é condição do direito à herança do nascituro. Em caso de natimorto, não há que se falar em direito sucessório por inexistência do implemento da condição.

Por fim, com fulcro no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente (direito à assistência pré-natal), os adeptos à teoria concepcionista, defendem o direito do nascituro a alimentos, controvérsia que ainda não foi objeto de legislação, mas que é pautada na necessária proteção do desenvolvimento gestacional.

Nesse sentido, pode-se resumir tais afirmações com a apresentação do seguinte quadro esquemático:

- a) o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.)<sup>12</sup>;
- b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos*;
- c) pode ser beneficiado por legado e herança;
- d) pode ser-lhe nomeado curador para a defesa dos seus interesses (arts. 877 e 878, CPC);
- e) o Código Penal tipifica o crime de aborto;

Defendemos ainda o entendimento no sentido de que o nascituro tem direito a *alimentos*, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Tal matéria, embora não seja objeto ainda de legislação expressa, pode ser reconhecida judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para seu regular desenvolvimento.

12. O art. 7. do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que: “a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

**EMENTA:** UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E **NASCITURO**. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do **nascituro**, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte. (Agravado de Instrumento Nº 70017520479, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007).

**EMENTA:** AGRAVO INTERNO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. Inconferência a união estável e a paternidade do filho que a alimentanda espera, deve o agravante contribuir para o desenvolvimento do **nascituro**, mormente considerando que a ex-companheira não pode desempenhar com a mesma intensidade o ofício de cabeleireira, em face da dificuldade de ficar o tempo todo em pé, já que está na metade do sexto mês de gravidez. Possibilidade do alimentante em pagar o valor fixado, de um salário mínimo, demonstrado pelos documentos juntados, que aponta possuir ele patrimônio não condizente com a renda mensal que alega ter, de R\$ 700,00. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado Nº 70016977936, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 01/11/2006).

Da mesma forma, qualquer violação a direitos da personalidade do nascituro pode ser objeto de reparação judicial, com base na teoria da responsabilidade civil, o que já encontra guarida em diversos julgados nacionais.

## 5. RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO

O dever jurídico de indenizar, extraído dos princípios da responsabilidade civil, pressupõe a existência do dano. De sorte que não há responsabilidade sem dano, ainda que não haja a culpa. O dano pode ser compreendido como a expressão da lesão a algum bem tutelado juridicamente, seja ele de cunho patrimonial ou material (quando implica em diminuição do patrimônio do lesado) ou de cunho moral.

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. [...] a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas – o médico difamado perde sua clientela –, o que para alguns autores configura o dano patrimonial indireto.<sup>13</sup>

13. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.90.

Assim, realça-se a importância de salientar que o dever de indenização em virtude de dano material não pressupõe necessariamente lesão à esfera pecuniária do indivíduo, podendo ser originado da lesão aos direitos da personalidade, que implicaram na diminuição de seu patrimônio.

O dano pode consistir em diminuição presente e atual, mas também em impedimento do crescimento futuro. Por isso, o dano patrimonial pode ser dividido em dois grupos: dano emergente e lucro cessante. O dano emergente é o desfalque imediato do patrimônio lesado, é aferido através da avaliação do valor econômico integral do bem destruído. O lucro cessante é a perda de ganhos futuros, daquilo que era esperado e não se configurará por conta da ocorrência do dano, é aferível mediante o arbítrio do magistrado sob da égide da razoabilidade e do bom senso.

### 5.1. Dano moral

O conceito de dano moral mantém íntima ligação com a esfera pessoal da vítima e com os valores fundamentais e essenciais da vida humana. É a violação a um direito da personalidade, como a honra, a liberdade, a integridade física e psicológica, a reputação, a dor, a paz, a alegria, a imagem, o decoro, a intimidade, o desconforto, o vexame (muitas vezes, sentimentos ligados a bens que possuem proteção constitucional).

E é justamente no plano constitucional que esses direitos ganham resguardo, por meio de normas que tutelam os valores humanos e de programas e objetivos também em consonância com esses valores. Portanto, o dano moral é oriundo da lesão a um bem que não possui cunho patrimonial e que não pode ser aferido economicamente. A indenização, nesses casos, tem natureza compensatória e abrange tanto a violação dos diversos direitos da personalidade como os danos estéticos (lesões corporais ou erros de profissionais da medicina).

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito. Assim, tutela primordialmente os direitos da personalidade, já que o princípio fundamental da dignidade é a consubstanciação desses direitos e o reconhecimento dos valores humanos. A compreensão do conceito de dignidade humana passa pela identificação dos direitos personalíssimos e dos valores prezados pela sociedade. “Dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade”<sup>14</sup>.

14. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.95.



Salienta-se que a reparabilidade do dano moral, presente no ordenamento constitucional, deve ser pautada pelos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. A aferição do *quantum* indenizável não pode prescindir do bom senso e da prudência que devem guiar a decisão pelo juiz da causa.

Retornando ao corte epistemológico deste artigo, registra-se que, de fato, a grande discussão doutrinária e jurisprudencial é a possibilidade de indenização por danos morais causados a aquele que está por nascer. Para a análise dessa possibilidade, é inevitável a identificação da natureza jurídica do nascituro, ou seja, a adoção de uma das teorias sobre o início de sua personalidade, com o objetivo de identificar a sua condição dentro do ordenamento, atribuindo-lhe *status* de pessoa ou não.

A adoção da teoria natalista implicaria, a priori, na impossibilidade do nascituro receber qualquer indenização em virtude de dano moral que venha a ter sofrido, já que não é considerado sujeito de direitos, portanto também não é considerado pessoa. A vedação seria apenas quanto ao pleito de indenização por conta própria, ou seja, não se pode pleitear uma indenização por danos causados a uma pessoa, como no caso ocorreria se se tratasse de filho menor nascido. Assim, em havendo dano a aquele que está por nascer, haveria a possibilidade de indenização à família, não por conta de dano a uma pessoa, já que para a teoria, o nascituro não é tido como tal.

Para a teoria da personalidade condicional, a possibilidade de reparação do dano moral estaria condicionada à existência da personalidade, ou seja, ao implemento da condição. Se houver o nascimento com vida, os danos sofridos pelo nascituro poderão ser indenizados. Em caso de natimorto, não haveria possibilidade de indenização por danos causados a uma pessoa, pois a condição não se implementou. Como na teoria natalista, em caso de dano ao nascituro, haveria possibilidade de reparação a ser pleiteada pelos ascendentes, mas não com o fulcro em dano causado a pessoa (caso do filho já nascido), pois, para a referida teoria, o nascituro só adquire o *status* de pessoa quando nasce com vida.

Para a teoria concepcionista, é plena a possibilidade de indenização por danos morais causados ao nascituro. A reparação devida ocorre com fulcro no dano moral causado a pessoa, sujeito de direitos em sua plenitude. A indenização seria equiparada à devida em caso de dano ao filho menor. Ao atribuir personalidade civil ao nascituro desde a sua concepção, a teoria confere a ele o *status* de pessoa, o que termina por modificar o significado e a extensão do *quantum* indenizatório.

A polêmica em torno do início da personalidade humana ganha maiores contornos, quando se verifica que conferir possibilidade de reparação ao dano moral

causado ao nascituro é direito corolário ao sistema de proteção já consubstanciado pelo ordenamento jurídico, independente da existência de sua personalidade. Ou seja, assegurar o direito à reparação de dano ao não nascido é corroborar a proteção dos direitos da personalidade que já lhes são assegurados de uma maneira geral, como por exemplo, o respeito à sua vida e à sua integridade física. A reparação seria mais um meio de coibir práticas que atentem contra direitos já constitucionalizados.

Nesse sentido:

**EMENTA:** ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZACAO POR DANO MORAL. INDIVIDUOSOS SOFRIMENTOS, ANGÚSTIA E TENSÃO, POR LONGOS OITO MESES, DIANTE GRAVIDEZ COM POSSÍVEL PREJUÍZO DA VIDA E/OU DA INTEGRIDADE FÍSICA DO NASCITURO, HÁ DANO MORAL INDENIZÁVEL. (Apelação Cível Nº 194026779, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Alçada do RS, Relator: Geraldo César Fregapani, Julgado em 17/11/1994.

**EMENTA:** SEGURO-OBIGATORIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO A PERCEPCÃO DA INDENIZACAO. O **NASCITURO** GOZA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DESDE A CONCEPCÃO. O NASCIMENTO COM VIDA DIZ RESPEITO APENAS A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE ALGUNS DIREITOS PATRIMONIAIS. APELACÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (5 FLS.) (Apelação Cível Nº 70002027910, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 28/03/2001).

Nessa mesma linha, consegue-se perceber que a atribuição de personalidade ao nascituro é a evolução normal de um caminho que já vem sendo traçado quando a lei resolve por a salvo seus direitos e penaliza aquele que atente contra a sua vida.

É certo que a adoção da teoria da concepção conferindo personalidade jurídica ao nascituro, implicaria na identificação de questionamentos quanto ao exercício de direitos patrimoniais, uma vez que estes fatalmente não poderão ser exercidos pelo não nascido. Conforme dispõe parte da doutrina concepcionista, a discussão em torno desses direitos deve cingir-se aos efeitos e não a questões sobre titularidade, pois, o nascimento com vida é, indubitavelmente, condição para que se opere em plenitude relações na seara patrimonial.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode refutar a necessidade de proteção da vida do nascituro, tendo em vista a sua representação enquanto um dos estados de existência da vida humana. Não se pode encontrar legitimidade em qualquer intervenção do homem que

culmine na interrupção da vida que, dentro do ventre feminino, já se apresenta como viável, e caminha, naturalmente, para o esperado, que é fenômeno do nascimento.

A guisa de arremate, registra-se que o reconhecimento da possibilidade de tutela dos direitos da personalidade do nascituro acaba por superar qualquer indicação em relação à teoria adotada para sua explicação, uma vez que isso implica na necessidade da tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento básico do sistema constitucional brasileiro<sup>15</sup>.

Somente assim, pode-se afirmar que a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana possa deixar de ser a caixa de pandora ou a panacéia para todos os males, para se tornar a efetiva afirmação da máxima efetividade dos direitos constitucionais.

## 7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes Chaves. **A Tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: Ltr, 2000.

FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: Uma introdução**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. v. I – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002.

15. “(Migalhas 1.569 - 08/01/2007) Como autora do livro Tutela civil do nascituro (Saraiva, 2000), termo jurídico para o feto, informo que há várias decisões tanto do Tribunal de Justiça de SP, como de outros Estados, que reconheceram direitos diversos ao feto, aceitando-o como autor de ações de alimentos, investigação de paternidade, responsabilidade civil, direitos da personalidade. Os diversos países estendem cada vez mais direitos ao nascituro, todos os compatíveis com sua condição de pessoa já concebida mas ainda não nascida. Esta é uma tendência internacional e o Brasil, há várias décadas, caminha lentamente nesse sentido. Além do mais, assinou o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção Internacional dos Direitos da Criança que dão proteção a ela desde a concepção. A decisão do TJ/SP não ‘burla’ nenhum entendimento jurídico. Antes, avaliza a proteção da vida que advém da Constituição Federal, do Código Civil, de Tratados e Convenções internacionais. Entre os temas jurídicos atuais relativos à pessoa humana, avultam o Estatuto do Nascituro ou Estatuto do Embrião que alcança a proteção jurídica tanto do concebido e já implantado no útero materno, como o embrião pré-implantatório, quando ainda in vitro ou crioconservado. Cumprimento a Defensoria Pública paulista pela defesa do direito do nascituro à adequada assistência pré-natal, um dos pontos principais de sua tutela jurídica.” **Silmara Juny Chinelato** – professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (doutora e livre-docente), especialista em direitos do feto e do embrião pré-implantatório.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. v. III – Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil**. v. IV (“Contratos”), Tomo 2 (“Contratos em Espécie”). São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**. v.1. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Direito Civil – Alguns Aspectos de sua Evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. v. 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES PINTO, José Augusto, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Repertório de Conceitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2000.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil** Estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



## ARTIGOS DO CORPO DISCENTE

---

### MESTRADO

André Luiz Batista Neves  
Antonio Adonias Aguiar Bastos  
Joseane Suzart Lopes da Silva  
Leandro Lopes Pontes Paraense  
Murilo Carvalho Sampaio Oliveira  
Nilson Roberto da Silva Gimenes  
Pedro Leonardo Summers Caymmi  
Rafael Barretto  
Rodrigo Moraes  
Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves  
Tarsis Barreto Oliveira  
Valdir Ferreira de Oliveira Junior  
Wagner Mota Alves de Souza







### III

## MATRIZES DISCIPLINARES E PARADIGMAS: POSSÍVEIS APORTES DAS CONCEPÇÕES DE THOMAS KUHN À HERMENÊUTICA E À EPISTEMOLOGIA JURÍDICAS

*André Luiz Batista Neves*

Procurador da República. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduado em Direito da Saúde pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da Faculdade Baiana de Direito e das Faculdades Jorge Amado.

**RESUMO:** Este artigo traça um paralelo entre as concepções de Thomas Kuhn, à hermenêutica jurídica. Para isso, examina as noções de paradigma, matriz disciplinar, ciência normal e ciência revolucionária, tal como foram cunhadas pelo referido autor. Adiante, recorrendo a conceitos desenvolvidos por Habermas, Luhmann e Warat, demonstra-se que as normas jurídicas traduzem-se em ações comunicativas, ou seja, interações simbolicamente mediadas que definem expectativas de comportamento, cuja polissemia é estabilizada em programas decisórios, com emprego do senso comum teórico dos juristas. Constata-se que a epistemologia de Thomas Kuhn é compatível com tais noções. Conclui-se com a ênfase que os juristas comprometidos com a mudança de paradigma devem dar à educação jurídica, de modo a estarem aptos a demonstrar e superar as contradições do ordenamento jurídico, construindo propostas hermenêuticas eficazes, não passíveis de desconsideração pela comunidade acadêmica hegemônica.

**PALAVRAS-CHAVE:** Epistemologia; Hermenêutica; Direito; Kuhn; Paradigma.

**ABSTRACT:** This article traces a parallel between the conceptions of Thomas Kuhn and legal hermeneutics. For this, it examines the concepts of paradigm, disciplinary matrix, normal science and revolutionary science, such as they had been stated for the mentioned author. Afterwards, appealing the concepts developed for Habermas, Luhmann and Warat, one demonstrates that the law norms are communicative actions, or either, interactions symbolically mediated that define behavior expectations, whose polisemy is stabilized in decision-making programs, with the help of the theoretical common sense of the jurists. Thomas Kuhn's epistemology is compatible with such a concept. The paper finishes with the emphasis that the jurists compromised to the paradigm change must give to the legal education, in order to be apt to demonstrate and to surpass the contradictions of the current legal system, constructing efficient hermeneutic proposals, not subject to disregard for the hegemonic academic community.

**KEYWORDS:** Epistemology; Hermeneutics; Law; Kuhn; Paradigm.

**SUMÁRIO:** 1. Intróito; 2. Paradigmas e matrizes disciplinares; 3. Ciência normal e ciência revolucionária; 4. A educação científica; 5. Paradigmas: aplicações à hermenêutica e à epistemologia jurídicas; 6. Referências bibliográficas, documentais e eletrônicas.



## 1. INTRÓITO

Em abril de 1999, o jornal Folha de São Paulo convidou dez intelectuais<sup>1</sup> a elegerem os cem mais importantes escritos teóricos do século XX. Em uma lista encabeçada por *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, de Max Weber, figurou na 49ª posição *A estrutura das revoluções científicas*, escrito por Thomas Samuel Kuhn em 1962 (NATALI, 1999a e 1999b).

Que méritos possuem as idéias externadas por esse autor, cujo escopo original era de elaborar um estudo histórico sobre a filosofia das ciências, mas cuja contribuição foi reconhecida como relevante para o desenvolvimento de todo o pensamento ocidental? E no que essas concepções, pouco conhecidas dos juristas, podem interessar à Ciência do Direito? Este *paper* esboça respostas a tais indagações.

## 2. PARADIGMAS E MATRIZES DISCIPLINARES

No verão de 1947, enquanto cursava o Ph. D. em Física na Harvard University, Thomas Kuhn foi instado a preparar um conjunto de conferências sobre as origens da mecânica do século XVII. Investigando os predecessores de Isaac Newton, especialmente a escola aristotélica, deparou-se com uma dúvida recorrente: Como Aristóteles, cujas contribuições em biologia e na filosofia foram tão argutas, podia ter cometido erros tão crassos? (KUHN, 1989c, p. 13).

A resposta veio-lhe em uma espécie de *insight*. No universo de Aristóteles, em que as *qualidades*, e não os *corpos materiais*, eram os elementos ontologicamente primários, “o movimento era necessariamente uma mudança-de-estado em vez de ser um estado” (KUHN, 1989c, p. 14). Ou seja: os ditos *erros* do filósofo grego em verdade eram desenvolvimentos internamente coerentes com a cosmologia aristotélica.

As noções de *paradigma* foram a partir de então maturadas, até a sua primeira apresentação pública, em uma conferência proferida em 1959 na Universidade de Utah, palestra essa publicada sob o título *A tensão essencial: tradição e inovação na investigação científica* (1989a). Porém somente ganharam popularidade com a publicação de *The structure of scientific revolutions*, no referido ano de 1962.

1. O crítico literário e escritor Modesto Carone, o antropólogo Roberto DaMatta, o físico Rogério César de Cerqueira Leite, o economista Eduardo Gianetti, os historiadores Edvaldo Cabral de Mello e Nicolau Sevcenko e os professores de filosofia Maria Sylvia Carvalho Franco, Olgária Matos, Bento Prado Jr. e Renato Janine Ribeiro.



Após demolir a concepção usual do desenvolvimento científico mediante a acumulação ou justaposição pura e simples de novas teorias e descobertas (1996, p. 2), Kuhn atrela vários sentidos à palavra *paradigma* – cujo emprego, na língua inglesa, não era até então usual, estando confinado principalmente às séries exemplares usadas no ensino de línguas (e.g., os modelos de conjugações verbais<sup>2</sup>).

De fato, para Kuhn *paradigma* consistia tanto nas concepções partilhadas de uma dada comunidade científica, articuladas ou não de forma explícita, quanto nas séries de exemplos utilizados por determinada tradição acadêmica (na chamada *ciência do livro texto*), para condicionar mentalmente os seus futuros integrantes a participar das suas crenças já estabelecidas.

Essa polissemia foi acerbamente criticada, levando-o à publicação, em 1974, de um apêndice ao referido livro, intitulado *Reconsiderações acerca dos paradigmas* (1989d). Nele, após se penitenciar pela “plasticidade excessiva” dos significados correspondentes ao termo, desenvolve-os em mais pormenor.

Para o primeiro e mais amplo sentido – o de conjunto de empenhamentos de uma comunidade científica, unida por elementos comuns da respectiva educação e aprendizagem e pelo fato de seus membros verem-se a si mesmos e serem vistos pelos outros “como os responsáveis pela prossecução de um conjunto de objetivos partilhados, incluindo a formação dos sucessores” (KUHN, 1989d, p. 356) – pugna pela substituição da notação *paradigma* pela expressão *matriz disciplinar*. E justifica:

(...) “matriz”, porque se compõe de elementos ordenados de vários gêneros, cada um exigindo especificações ulteriores; e “disciplinar”, porque é possessão comum dos praticantes de uma disciplina profissional. Os constituintes da matriz disciplinar incluem a maior parte ou todos os objetos do empenhamento do grupo descrito no livro [*The structure of scientific revolutions*] como paradigmas, partes de paradigmas, ou paradigmático (KUHN, 1989d, p. 358).

A matriz disciplinar estabiliza a comunicação profissional, tornando-a não-problemática, bem como promove a unanimidade relativa do juízo profissional. Fornece ela, outrossim, o critério de demarcação entre o *científico* e o *acientífico*.

Mas não só isso. Condicionando os membros da comunidade científica, funciona a matriz disciplinar como *filtro* da percepção<sup>3</sup> – determinando o que é ou

2. “In grammar, for example, ‘*amo, amas, amat*’ is a paradigm because it displays the pattern to be used in conjugating a large number of other Latin verbs, e.g., in producing, ‘*laudo, laudas, laudat*’” (KUHN, 1996, p. 23). Tradução: Em gramática, por exemplo, “*amo, amas, amat*” é um paradigma porque demonstra um padrão que pode ser usado na conjugação de um grande número de outros verbos do latim, e.g., na produção de “*laudo, laudas, laudat*”.
3. Nesse particular, Thomas Kuhn sofreu decisiva influência da psicologia da *gestalt*. Vide, a propósito, o capítulo X do *The structure of scientific revolutions*.

não relevante, os núcleos problemáticos passíveis de enfrentamento<sup>4</sup> e a própria metodologia cientificamente aceita.

A internalização da matriz disciplinar, mediante processos educativos (institucionalizados ou não), adentra os membros de dada comunidade científica. Aquele que não conduzir suas investigações de acordo com os parâmetros estabelecidos tende a ser banido ou isolado, salvo se (e até que) o novo paradigma (*rectius*: a nova matriz disciplinar) lograr se converter em hegemônico.

Para Thomas Kuhn, a matriz disciplinar desempenha um papel positivo. Com efeito, na visão do citado autor, sem um consenso prévio o desenvolvimento científico seria impossível, pois a quase totalidade da energia passível de emprego no desenvolvimento e na resolução de “quebra-cabeças” (*puzzles*) específicos seria drenada para debates estéreis acerca dos fundamentos:

Quando o cientista pode tomar o paradigma como pressuposto, ele não necessita mais, em seus principais trabalhos, tentar construir seu campo de trabalho novamente, começando de princípios iniciais e justificando o uso de cada conceito introduzido. Isso pode ser deixado para o escritor de livros didáticos. Havendo um livro didático, porém, o cientista criativo pode começar sua pesquisa onde aquele manual pára e com isso concentrar-se exclusivamente sobre os mais sutis e esotéricos aspectos do fenômeno natural que concerne a seu grupo<sup>5</sup> (KUHN, 1996, p. 19-20).

A existência de uma matriz disciplinar é portanto essencial ao desenvolvimento científico, funcionando, *mutatis mutandis*, de maneira análoga aos precedentes na *common law*<sup>6</sup>.

4. “We have already seen, however, that one of the things a scientific community acquires with a paradigm is a criterion for choosing problems that, while the paradigm is taken for granted, can be assumed to have solutions. To a great extent these are the only problems that the community will admit as scientific or encourage its members to undertake. Other problems, including many that had previously been standard, are rejected as metaphysical, as the concern of another discipline” (KUHN, 1996, p. 36). Em tradução livre: Nós já vimos, porém, que uma das coisas que a comunidade científica adquire com um paradigma é um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma é pressuposto, podem ser considerados como solucionáveis. Em grande parte esses são os únicos problemas que a comunidade irá admitir como científicos ou encorajará seus membros a enfrentar. Outros problemas, incluindo muitos que anteriormente foram padrões, são rejeitados como metafísicos, como pertinentes a outra disciplina.
5. Tradução de: “When the individual scientist can take a paradigm for granted, he need no longer, in his major works, attempt to build his field anew, starting from first principles and justifying the use of each concept introduced. That can be left to the writer of textbooks. Given a textbook, however, the creative scientist can begin his research where it leaves off and thus concentrate exclusively upon the subtlest and most esoteric aspects of the natural phenomena that concern his group”.
6. Assim o disse próprio Thomas Kuhn, *in verbis*: “... como uma reconhecida decisão judicial na *common law*, [o paradigma] é objeto de articulação posterior e especificação sob novas ou mais restritas condições” (“... like an accepted judicial decision in the common law it is an object for further articulation and specification under new or more stringent conditions” – KUHN, 1996, p. 23).

Nas *reconsiderações acerca dos paradigmas*, Kuhn discrimina dentre os constituintes da matriz disciplinar as *generalizações simbólicas*, os *modelos* e os *exemplares*.

As *generalizações simbólicas* são expressões empregadas rotineiramente pelos membros de uma comunidade científica, sem necessidade de uma justificação especial. São expressas em notação simbólica (e.g.,  $f = ma$ ,  $I = V/R$ ) ou em palavras (“a ação é igual à reação”, “todas as células provêm de células” etc.). Consistem, portanto, no acervo comum teórico de um dado grupamento, cuja aplicabilidade é tida como tão óbvia que prescinde do estabelecimento de relações lógicas de identidade (a exemplo de *definições*) ou de qualquer outro encargo justificativo.

Já os *modelos* fornecem ao grupo as analogias preferidas, em um sentido heurístico: “o circuito elétrico pode considerar-se, de modo útil, como um sistema hidrodinâmico em estado estacionário, ou um gás comporta-se como uma coleção de bolas de bilhar microscópicas em movimento aleatório” (KUHN, 1989d, p. 358). São, pois, as simplificações e aproximações consagradamente empregados, com vistas à solução de problemas sob a ótica da matriz disciplinar.

Os *exemplares*, por fim, consistem nos *paradigmas propriamente ditos*, ou seja, séries de exemplos acatados pela tradição científica, utilizados para treinamento dos integrantes da comunidade e como ilustrações da matriz disciplinar.

### 3. CIÊNCIA NORMAL E CIÊNCIA REVOLUCIONÁRIA

Ao contrário de Popper, cuja análise do desenvolvimento do conhecimento científico prioriza os episódios de ruptura<sup>7</sup>, Kuhn enfatiza aquilo a que denomina de *ciência normal* (“*normal science*”).

Ocupando a quase totalidade, em termos quantitativos, do labor científico, tem ela lugar nos lindes de um pressuposto paradigma (*leia-se*: matriz disciplinar). É no ensejo da ciência normal que as promessas carreadas pela matriz disciplinar são testadas e atualizadas, e são gestadas as suas novas articulações<sup>8</sup>.

7. Vide, por exemplo, a seguinte passagem: Vocês terão percebido a partir dessa formulação que não é a acumulação de observações que eu tenho em mente quando falo do crescimento do conhecimento científico, mas o repetido ultrapassar das teorias científicas e a sua reposição por melhores ou mais satisfatórias (No original: “You will have noticed from this formulation that it is not the formulation of observations which I have in mind when I speak of the growth of scientific knowledge, but the repeated overthrow of scientific theories and their replacement by better or more satisfactory ones” (POPPER, 2002a, p. 292).

8. “... ‘normal science’ means research firmly based upon one or more past scientific achievements, achievements that some particular scientific community acknowledges for a time as supplying the foundations for its further practice” (... “ciência normal” significa pesquisa firmemente baseada sobre uma ou mais conquistas científicas passadas, conquistas que alguma particular comunidade científica entende por um tempo como suficientes à fundação de sua prática posterior” – KUHN, 1996, p. 10).

De fato, os envolvidos na prática da ciência normal, condicionados pela matriz disciplinar subjacente, testam esta última, lançando mão como sempre dos parâmetros fornecidos pelo pensamento hegemônico. A ciência normal configura-se, desta maneira, como a concretização da promessa de sucesso ínsita ao paradigma (= matriz disciplinar),

...uma concretização atingida pela extensão do conhecimento dos fatos que o paradigma indica como particularmente reveladores, mediante o incremento da extensão da correspondência entre estes fatos e as predições do paradigma, e através da posterior articulação do próprio paradigma<sup>9</sup> (KUHN, 1996, p. 24).

A atividade da ciência normal assemelha-se, assim, à de solução de quebra-cabeças (*puzzle-solving*). Ambas possuem sempre uma solução presumida e – mais que isso – regras metodológicas (ainda que não explícitas) para a construção das soluções (KUHN, 1996, p. 42)<sup>10</sup>.

Essa resolução de problemas com recurso a balizas preestabelecidas pela matriz disciplinar – problemas esses cuja identificação é feita, outrossim, com as lentes dessa matriz – faz com que a ciência normal assemelhe-se à tentativa incessante de forçar a natureza (ou o objeto da ciência) a se amoldar aos esquemas conceituais paradigmáticos (KUHN, 1996, p. 24). Desta forma, ressaltando as revoluções científicas, não é o arcabouço mental partilhado pelos cientistas que se ajusta à realidade, e sim o contrário.

Quando uma anomalia – dentro do prisma de uma específica tradição científica – é detectada, a tendência da comunidade é de creditá-la a um erro individual do cientista responsável pela sua identificação. Exauridos todos os testes metodologicamente pela vigente matriz disciplinar, aberto está o caminho para o seu abandono.

Com efeito, nesse período de incerteza espoucarão novas teorias, as quais competirão com a antiga matriz disciplinar. Os debates entre as diversas escolas versarão principalmente sobre princípios e fundamentos, de forma crítica porém muitas vezes pouco produtiva. A dita *ciência revolucionária*, típica de encruzilhadas históricas, culminará com a ascensão de um novo paradigma (=matriz disciplinar).

9. No original: “Normal science consists in the actualization of that promise, an actualization achieved by extending the knowledge of those facts that the paradigm displays as particularly revealing, by increasing the extent of the match between those facts and the paradigm’s predictions, and by further articulation of the paradigm itself”.

10. Na ausência dessas regras, usa-se a analogia com situações assemelhadas. E essa percepção da semelhança é feita com recurso à predisposição mental ou visual adquirida mediante a educação científica (KUHN, 1989d, 369).

Caso mostre-se ele superior, em exame que envolve cinco características – exatidão, consistência, alcance, simplicidade e fecundidade<sup>11</sup> (KUHN, 1989b, p. 385) – principalmente mediante a obtenção de resultados concretos e tangíveis, haverá gradual abandono do antigo. Isso é uma *revolução científica*.

Obviamente, nisso está englobada uma grande dose de *juízos*<sup>12</sup> subjetivos, não só quanto à determinação dos pesos relativos de cada um dos itens, como também de sua interpretação. Justamente em face dessa impossibilidade de determinação puramente objetiva da escolha teórica entre paradigmas competidores, Thomas Kuhn recebeu os mais mordazes ataques – foi acusado de *relativista*<sup>13</sup>, adjetivo com sentido pejorativo para a maioria dos praticantes das ciências naturais.

O fato é que, após uma revolução científica, os membros da comunidade em que ela incidiu passam a ver o mundo diferentemente. Além de poderem elaborar novos métodos ou instrumentos, reinterpretam antigos resultados e prevêm novos usos para o arsenal metodológico existente.

Evidentemente há os que resistem à conversão. Estes são paulatinamente isolados pela nova hegemonia, perdendo credibilidade profissional.

O legado da ciência revolucionária é uma nova matriz disciplinar, e um restabelecimento, obviamente em novas bases, da ciência normal.

#### 4. A EDUCAÇÃO CIENTÍFICA

Kuhn critica a ênfase desmesurada no fomento da criatividade no processo de educação científica. Embora reconheça deficiências na elaboração dos manuais didáticos, principalmente porque não municiam os alunos para a avaliação da tradição científica em que estão a ingressar (KUHN, 1989a, p. 280), defende a não desvalorização do pensamento paradigmático.

Para ele, somente mediante o manejo preciso de todo o instrumental pertinente a uma dada matriz científica, adquirido mediante “um treino rigoroso

11. *Fecundidade* junte-se à possibilidade de previsão e de justificação de novas descobertas. A nova matriz deve desvendar fenômenos anteriormente não verificados ou relações novas entre fenômenos já conhecidos (KUHN, 1989b, p. 385).

12. E não de *gostos* ou *opiniões*, enfatiza Thomas Kuhn (1989b, p. 402-403).

13. Os sociólogos da ciência da chamada *Escola de Edimburgo*, que têm como veículo principal a revista *Social Studies of Science*, são partidários dessa corrente, para a qual a ciência é uma construção social e não uma simples e linear apreensão da realidade (BARCELOS, 2001).

A maioria dos teóricos das ciências naturais não a vêem com bons olhos, em razão de não permitir um critério rígido de demarcação do que é ciência (que acreditam somente eles estarem a praticar) e do que não é.

no pensamento convergente” (KUHN, 1989a, p. 279), prepara-se o aluno para assumir adequadamente as responsabilidades inerentes à ciência normal – que ocupará a vida profissional de quase todos eles –, ou para identificar e enfrentar com eficácia as anomalias.

A capacidade de deflagração de uma revolução científica não é tributária apenas da inventividade. É também derivada de uma sólida formação científica, de molde a que se saiba articular robustamente o novo paradigma alvitado. Não logrando esse intento, o inovador sequer vai ser ouvido pela comunidade científica. Ou, se o for, não saberá como retrucar as inevitáveis refutações a lhe serem dirigidas.

## 5. PARADIGMAS: APLICAÇÕES À HERMENÊUTICA E À EPISTEMOLOGIA JURÍDICAS

Mesmo com as especificações ulteriores, as categorias conceituais kuhnianas<sup>14</sup> continuaram assaz amplas. Tanto que Feyerabend afirma não reterem ele aquilo que a atividade científica tem de específico, pois poderiam se aplicar também a outras formas organizadas de pensamento, a exemplo do saber teológico (FEIJÓ, 2003, p. 70).

Essa abertura semântica, aliada ao inegável preconceito de boa parte dos epistemólogos oriundos das ciências naturais frente às ciências humanas, fez com que o próprio autor se comisserasse a respeito, conforme relatado no item “2” deste trabalho<sup>15</sup>.

Abstraindo-se, todavia, o intento original do autor, lembrando que, uma vez editada, a obra dele se desprende, é de se verificar em que as idéias anteriormente examinadas podem ter aplicabilidade na seara jurídica.

Antes, deve-se recordar que as normas jurídicas traduzem-se em ações comunicativas, ou seja, interações simbolicamente mediadas que definem expectativas de comportamento (HABERMAS, 2003). A polissemia a elas inerente deve, porém, ser minimizada, com vistas à decidibilidade das lides em que são aquelas postas.

Isso não pode ser feito no plano puramente lingüístico. Por se tratar de um fenômeno social extremamente complexo (ou melhor, cuja complexidade se confunde

14. Se me permite o leitor o neologismo.

15. De qualquer sorte, há mesmo certo exagero, como diagnosticou Jesus Eugenio de Paula Assis (1991) em dissertação de mestrado apresentada junto à Universidade de São Paulo.

com a da vida social), não há como recorrer pura e simplesmente a um “princípio de demarcação terminal”<sup>16</sup>, a exemplo da lingüística abstrata à Saussure<sup>17</sup>.

As regras tradicionalmente apresentadas pela hermenêutica jurídica dogmática, pretensamente neutras axiologicamente ou “cientificamente” determinadas<sup>18</sup>, são, portanto, insuficientes. Por vezes, conduzem a um normativismo dissociado da realidade, equivalente à torre de marfim dos parnasianos, traduzido pela expressão *fiat justitia pereat mundo*. Em outras, considerações pragmáticas impõem o conteúdo decisório antes mesmo da formulação do encargo justificativo, que, assim, se converte em um simulacro de aplicação dos cânones consagrados<sup>19</sup>.

Uma modelagem teórica mais aproximada da realidade pode ser bosquejada com recurso ao arsenal teórico desenvolvido por Niklas Luhmann.

A completa exposição de suas originais teorias evidentemente refoge aos limites do presente estudo. Por ora, basta recordar que edifica ele sobre as basilares noções de *complexidade*, *contingência* e *expectativa*<sup>20</sup> uma explicação convincente do fenômeno social, do qual se diferencia, pela função, o sistema do Direito.

16. “Mais à quoi tient cette capacité d’unification sémantique, propre à des ‘formes’ linguistiques aussi différentes que le mot, le syntagme et la phrase? Vraisemblablement à un principe, que nous appellerons *principe de démarcation terminale*, et dont le rôle est primordial au niveau de l’organisation sémantique des langues, car il permet de concilier deux nécessités contradictoires: la linéarité des signifiants, d’une part, et la globalité des signifiés, de l’autre” (TAMBA-MECZ, 1998, p. 49). Em português: Mas o que tem essa capacidade de unificação semântica, própria a “formas” lingüísticas tão diferentes quanto a palavra, o sintagma e a frase? Muito provavelmente um princípio, que nós denominaremos de *princípio de demarcação terminal*, e cuja função é primordial ao patamar de organização semântica das línguas, pois permite conciliar duas necessidades contraditórias: a linearidade dos signifiants, de uma parte, e a globalidade dos significados, de outra.
17. Não é sem razão que os pressupostos ideológicos subjacentes ao pensamento de Saussure – cujos méritos, ressalte-se, são inegáveis, apesar da superação de suas concepções pela sociolingüística –, ao buscar a construção de uma lingüística formal, são tão parecidos com os do positivismo jurídico kelseniano e do neokantismo sul-ocidental.
18. Como ensina Habermas (2001, p. 73-74), o capitalismo moderno, pressionando institucionalmente no sentido da intensificação da produtividade mediante a confluência da ciência e da técnica cria uma perspectiva na qual “a evolução do sistema social parece estar determinada pela lógica do progresso técnico científico. A legalidade imanente de tal progresso parece produzir as coações materiais pelas quais se deve pautar uma política que se submete às necessidades funcionais. E quando esta aparência se impõe com eficácia, então, a referência propagandística ao papel da técnica e da ciência pode explicar e legitimar porque é que, nas sociedades modernas, uma formação democrática da vontade política perdeu as suas funções em relação às questões práticas e ‘deve’ ser substituída por decisões plebiscitárias acerca de equipas alternativas de administradores. (...) A eficácia peculiar desta ideologia reside em dissociar a autocompreensão da sociedade do sistema de referência da ação comunicativa e dos conceitos de interação simbolicamente mediada, e em substituí-lo por um modelo científico. Em igual medida, a autocompreensão culturalmente determinada de um mundo social da vida é substituído pela autocoisificação dos homens, sob as categorias da ação racional dirigida a fins e do comportamento adaptativo”.
19. Não está de todo equivocado Bourdieu quando diz: “Não é raro, decerto, que o direito, instrumento dócil, adaptável, flexível, polimorfo, seja de fato chamado a contribuir para racionalizar *ex post* decisões em que não teve qualquer participação” (BOURDIEU, 2002, p. 223-224).
20. “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através do seu organismo. Desta forma o mundo apresenta uma multiplicidade de possíveis experiências

Caracteriza-se ele, nas sociedades que dispõem de ordenamentos refinados, pela crescente complexidade. No entanto, como é voltado à decidibilidade dos conflitos, torna-se necessária sua reestruturação na forma de programas<sup>21</sup> decisórios<sup>22</sup>, ou seja, mediante mecanismos estabilizados tecnicamente de decisão (e, portanto, relativamente previsíveis).

O condicionamento logrado por tais mecanismos acarreta, para Luhmann (1985, p. 31), o “desafogamento da atenção e da responsabilidade com respeito às conseqüências da decisão”, isto é, a desconsideração das conseqüências concretas do ato decisório, algo similar à função de redução do encargo justificativo operada pela dogmática, na visão de Robert Alexy<sup>23</sup>.

Essa estabilização é operada, essencialmente, com recurso ao *sensu comum teórico dos juristas*, imanente ao ordenamento em tela, que se entrelaça e rege a aplicação de *topoi* anteriormente estatuídos.

A propósito, leciona Luís Alberto Warat (2004, p. 29-30):

(...) Os epistemólogos tentaram respondê-la [à problemática da cientificidade da ciência] instaurando critérios rigorosos de demarcação entre o que deve ser considerado ou não como ciência. Assim, procuraram opor o conhecimento científico às representações ideológicas a às representações metafísicas, distinguindo a verdade do erro, distanciando o sentido referencial de suas evocação conotativas, como também, diferenciando as opiniões comuns (a *dóxa*) do conhecimento científico (a *episteme*). Esta última distinção abrange todas as anteriores, já que

e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com *complexidade* queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por *contingência* entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas (...).”

Frente à *contingência* ou à *dupla contingência* (que engloba não só o comportamento do sujeito cognoscente, mas também o das outras pessoas) “erigem-se estruturas mais ou menos estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes ao desapontamento” (LUHMANN, 1983, p. 45-47).

21. “Per programmazione si deve intendere la trasformazione di problemi del sistema in problemi della decisione. Per la comprensione del procedimento decisionale della programmazione è importante rivolgere l’attenzione alla diferente concezione dei problemi che hanno le teorie dei sistemi e le teorie della decisione” (LUHMANN, 1990, p. 232). Em vernáculo: Por programação se deve entender a transformação dos problemas do sistema em problemas da decisão. Pela compreensão do procedimento de decisão da programação é importante voltar a atenção às diferentes concepções dos problemas que têm a teoria dos sistemas e a teoria da decisão.
22. “Com esse formato especial, o direito significa não apenas uma expectativa comportamental justificada, e também não mais a indicação ética de um bom objetivo, cuja atualização realiza a essência da ação e a virtude do ator. Mais que isso, agora o direito estabelece uma expectativa condicional, no sentido de uma relação se/então, entre conjuntos de fatos e conseqüências jurídicas, cuja execução pressupõe o exame e a seleção, ou seja um ato decisório” (LUHMANN, 1985, p. 28).
23. “É possível a justificação dogmática adotar, ao menos provisoriamente, itens que foram previamente examinados e aceitos. Isso reduz o encargo do processo justificativo, a ponto de na ausência de alguns motivos especiais, novo exame ser desnecessário” (ALEXY, 2001. p. 255).



a *doxa* estaria constituída por um conglomerado de argumentos verossímeis, formados a partir de representações ideológicas, das configurações metafísicas e das evocações conotativas. O conhecimento científico seria o saldo, logicamente purificado, de todos esses fatores. Ora, quando observamos a forma em que esta concepção de racionalidade científica é apropriada na práxis do direito, verificamos como nenhum dos fatores, aparentemente rejeitados, deixa de manifestar-se. E o conhecimento científico do direito termina sendo um acúmulo de opiniões valorativas e teóricas, que se manifestam de modo latente no discurso, aparentemente controlado pela episteme. Estamos diante do senso comum teórico dos juristas, que é um conhecimento constituído, também, por todas as regiões do saber, embora aparentemente suprimidas pelo processo epistêmico. O senso comum teórico não deixa de ser uma significação extra-conceitual no interior de um sistema de conceitos, uma ideologia no interior da ciência, uma *dóxa* no interior da episteme.

Esse *senso comum teórico*<sup>24</sup> atua difusamente, norteadando a aplicação do aparato doutrinariamente construído, supostamente neutro. Por essa razão, afirma Warat (2004, p. 32):

Metaforicamente, caracterizamos o senso comum teórico como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam.

A grosso modo, podemos dizer que os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais.

Malgrado tenha focado sua atenção nas ciências naturais – duvidando mesmo da cientificidade em outros campos do conhecimento, como o das humanidades – Thomas Kuhn converge notavelmente com as discussões jusfilosóficas hodiernas, aligeiramente expostas anteriormente.

De fato, sua noção de matriz disciplinar, tida como conjunto de pressupostos, articulados teoricamente ou não, de uma dada comunidade científica, antevê, no

24. Essa terminologia não é isenta de críticas. Como muito bem aponta Artur Stamford, “o termo teoria empregado nesta expressão provoca uma confusão quanto ao sentido deste termo. A origem desta confusão está em tratar por teórico o conhecimento de senso comum de um cotidiano profissional. Para evitá-la basta considerar que a teoria é resultado de especulações científicas, não se referindo às informações provenientes de um cotidiano profissional, por isso a expressão ‘senso comum forense’”. Vide, a propósito, as ponderações de Jacques Maritain (2001, p. 85) sobre o conceito de *senso comum*.

Conquanto a observação de Stamford guarde inteira procedência, manter-se-á neste artigo a locução cunhada por Warat em razão de ser amplamente conhecida.

que se refere ao Direito, a impossibilidade de se reduzir a sua dimensão epistemológica a uma plano supostamente “puro”, livre dos condicionamentos ideológicos, sequer normalmente percebidos, que o permeiam.

Todavia, as contribuições nisso não se esgotam. Ao perceber que a ciência normal, como atividade condicionada pela matriz disciplinar, tende a tentar adequar o fenômeno observado ao aparato conceitual (“*an attempt to force nature into the preformed and relatively inflexible box that the paradigm supplies*” – KUHN, 1996, p. 24), Thomas Kuhn acaba por descrever um fenômeno curiosamente recorrente na ciência jurídica: nossa propensão para forçar o enquadramento de novidades às categorias de antanho – recorrendo a exegeses ampliativas, restritivas ou mesmo a invocações de inconstitucionalidade, se for o caso –, por vezes com completo desprezo à eficácia social das decisões. Vejam-se, a propósito, as discussões sobre a constitucionalidade da Lei Complementar n. 105, das quais podem ser colhidos argumentos que vislumbram o *sigilo bancário* – cujo regime foi substancialmente alterado pelo referido diploma normativo – como se fosse uma entidade de cuja existência se desse por si só, uma idéia platônica intangível, impassível de alteração normativa, que deve ser imposta ao mundo dos fatos custe o que custar.

Finalmente, também a ênfase posta por Thomas Kuhn na educação científica tem muito a dizer-nos. Ao passo que na visão de Warat a reprodução do *senso comum teórico* pelo ensino guarda uma conotação negativa<sup>25</sup>, o epistemólogo norte-americano denota a necessidade de que os juristas comprometidos com a mudança de paradigma<sup>26</sup> (e, com isso, com o câmbio das estruturas perversas que o condicionam) dominem com maestria todo o arcabouço teórico encerrado pela matriz disciplinar, para estarem aptos a demonstrar e superar suas contradições, construindo propostas hermenêuticas eficazes, de maneira a não serem desconsiderados pela comunidade acadêmica hegemônica.

Para tanto, não se deve abdicar de ministrar uma educação jurídica sólida, tanto nas instituições formalmente a isso destinadas (as faculdades, na graduação e nas

25. “Gostaríamos de fazer referências ao caráter institucional do senso comum teórico. Situando-nos nessa perspectiva, poderíamos considerar o que chamamos de apropriação institucional dos conceitos, ou seja, da recuperação institucional do trabalho epistemológico. Assim, pretendemos designar um tipo de leitura, dos conceitos, construída no interior de marcos institucionais específicos (escolas de direito, tribunais, órgãos legislativos) onde se produzem versões das teorias ajustadas às crenças, e representações e interesses legitimadas pelas instituições. Os marcos institucionais funcionam como lugares de interlocução repressiva, na medida em que estabelecem uma interpretação, polissemicamente controlada, das instâncias discursivas que se apropriam, chegando, em muitos casos, a estabelecer versões estereotipadas dos conceitos com uma clara função legitimadora” (WARAT, 2004, p. 32-33).

26. Vide, a propósito, a nova crítica do Direito e as possibilidades emancipatórias da teoria jurídica, por Lenio Streck (2004, p. 197).

pós-graduações) quanto naquelas cujo escopo principal não é o de treinamento (as organizações profissionais, a efetiva prática forense etc.).

De fato, recordando ser o Direito um fenômeno cultural, fácil é ver que os discursos hegemônicos somente assim o são porque se alicerçam fortemente em um aparato dogmático conceitual aceito pela esmagadora maioria dos integrantes da comunidade científica. Um discurso não versado nesses mesmos elementos não é tido como válido, quer dizer, é liminarmente rejeitado como *acientífico*. A percuciente análise das matrizes e dos paradigmas elaborada por Thomas Kuhn deixa clara, portanto, a imprescindibilidade do domínio pleno dos conceitos e postulados tradicionais, para viabilizar uma tentativa hígida de superação. A educação científica é, assim, não só positiva, como também necessária.

Estes são alguns dos paralelos passíveis de esboço entre as idéias de Thomas Kuhn e a hermenêutica e a epistemologia jurídicas<sup>27</sup>. Em dias de pós-modernismo, nos quais o isolamento semi-autista do Direito, tributário dos antolhos dos juristas, agrava o impasse, pela falta de rumos seguros, desse ramo do saber humano, o aporte de novas doutrinas sempre tem alguma valia. No caso em testilha, o caminho renunciado aparenta ser bastante auspicioso.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS, DOCUMENTAIS E ELETRÔNICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ASSIS, Jesus Eugenio Assis de Paula. **Kuhn e as ciências sociais**. 1991. 186p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- BARCELOS, Eduardo Dorneles. História ou Ciência? **Ciência online**, ano I, n. 2. São Paulo, 2001. Disponível em <[http://www.cienciaonline.org/revista/01\\_02/historia/index.html](http://www.cienciaonline.org/revista/01_02/historia/index.html)>. Acesso em: 30 dez. 2004.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. 5ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- FEIJÓ, Ricardo. **Metodologia e filosofia da ciência**: aplicação na teoria social e estudo de caso. São Paulo: Atlas, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como “ideologia”**. Lisboa: Edições 70, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa, I**: racionalidad de la acción y racionalización social. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 4ª ed. Madrid: Taurus, 2003.

- KUHN, Thomas S.. A tensão essencial: tradição e inovação na investigação científica. In: \_\_\_\_\_. **A Tensão Essencial**. Tradução de Rui Pacheco. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 275-291.
- \_\_\_\_\_. Objetividade, juízo de valor e escolha teórica. In: \_\_\_\_\_. **A Tensão Essencial**. Tradução de Rui Pacheco. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 383-405.
- \_\_\_\_\_. Prefácio. In: \_\_\_\_\_. **A Tensão Essencial**. Tradução de Rui Pacheco. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 11-26.
- \_\_\_\_\_. Reconsiderações acerca dos paradigmas. In: \_\_\_\_\_. **A Tensão Essencial**. Tradução de Rui Pacheco. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 353-382.
- \_\_\_\_\_. **The structure of scientific revolutions**. 3ª ed. Chicago-Londres: The University of Chicago Press, 1996.
- LIPKIN, Robert Justin. **Constitutional revolutions: Pragmatism and the role of judicial review in American constitutionalism**. Durham-Londres: Duke University Press, 2000.
- LUHMANN, Niklas. **La differenziazione del diritto**. Tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MARITAIN, Jacques. **Elementos de filosofia 1: Introdução geral à filosofia**. Tradução de Ilza das Neves e Heloisa de Oliveira Penteadó. 18ª ed., 2ª reimpressão. São Paulo: Agir, 2001.
- NATALI, João Batista. O século de Max. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 11 abr. 1999. FolhaMais! Disponível em <<http://ww1.folha.uol.com.br/fsp/fs11049905.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2004.
- \_\_\_\_\_. Conheça os outros 90 livros mais votados. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 11 abr. 1999. FolhaMais! Disponível em <<http://ww1.folha.uol.com.br/fsp/fs11049909.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2004.
- POPPER, Karl. **Conjectures and refutations: The growth of scientific knowledge**. Londres-Nova Iorque: Routledge Classics, 2002.
- \_\_\_\_\_. **The logic of scientific discovery**. Londres-Nova Iorque: Routledge Classics, 2002.
- STAMFORD, Artur. E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do Direito? **Mundo Jurídico**. Disponível em <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/rtigos/ocumontos/texto185.htm>>. Acesso em: 30 dez. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAMBA-MECZ, Irène. **La sémantique**. 4ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1998.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: \_\_\_\_\_. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. MEZZAROBA, Orides, RI JÚNIOR, Arno dal, ROVER, Aires José, MONTEIRO, Cláudia Sevilha (orgs.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-34.



IV

**DA LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO  
DE SEGURANÇA – UM ESTUDO À LUZ DAS FUNÇÕES  
INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA  
NOVA REDAÇÃO DO ART. 3º, DA LEI N.º 4.348/64**

*Antonio Adonias Aguiar Bastos*

Mestre (Universidade Federal da Bahia – UFBA). Especialista em Direito Processual (Universidade Salvador – UNIFACS). Professor de Direito Processual Civil na Graduação em Direito e na Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Civil. Advogado.

**RESUMO:** Este texto analisa a legitimação passiva no Mandado de Segurança, estudando se ela pertence à autoridade coatora ou à pessoa jurídica de direito público à qual a referida autoridade está funcionalmente vinculada. Para tanto, examina as funções institucionais do Ministério Público e a nova redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/64, atribuída pela Lei n.º 10.910/2004.

**ABSTRACT:** This article looks at the legal capacity to be sued in *Mandamus*, analysing whether it is in the realm of the public authority or the legal entity of public law to which the referred

authority is functionally bound. To this end, it examines the institutional powers of the Department of Justice and the new legal understanding of article 3 of Law 4.348/64, given by Law 10.910/2004.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mandado de segurança; Legitimidade Passiva; Autoridade Coatora; Pessoa Jurídica de Direito Público; Ministério Público; Lei n.º 4.348/64; Lei n.º 10.910/2004.

**KEYWORDS:** *Mandamus*; Standing to be sued; Public authority; Legal entity of Public law; Department of Justice; Law 4.348/64; Law 10.910/2004.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Legitimidade da autoridade coatora; 3. Legitimidade da pessoa jurídica; 4. Outras posições doutrinárias; 5. Aspectos histórico-funcionais do Ministério Público e a natureza de sua manifestação; 6. A nova redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/1964 e a definição da legitimidade passiva no Mandado de Segurança; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Previsto como uma garantia constitucional, o mandado de segurança será concedido “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas-corpus* ou *habeas-data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for

autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, conforme determina o art. 5º, LXIX, da Carta Política de 1988.

Situado no nível mais alto do nosso ordenamento jurídico, não pairam dúvidas sobre a relevância do *writ* para o Estado de Direito Democrático. Sob o prisma político, cuida-se de um meio de defesa dos direitos dos cidadãos contra os ilícitos e abusos perpetrados pelo Estado, através de seus agentes, como define José Afonso da Silva (1997, p. 420):

A Constituição inclui entre as *garantias individuais* o direito de petição, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas data*, a ação popular, aos quais se vem dando, na doutrina e na jurisprudência, o nome de *remédios de Direito Constitucional*, ou *remédios constitucionais*, no sentido de *meios* postos à disposição dos indivíduos e cidadãos para provocar a intervenção das autoridades competentes, visando *sanar, corrigir*, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais. Alguns desses remédios revelam-se meios de provocar a atividade jurisdicional, e, então, têm natureza de ação: são *ações constitucionais*.

Cassio Scarpinella Bueno (2002, p. 05) também leciona:

Dada a previsão constitucional do mandado de segurança, não pode haver dúvidas quanto à circunstância de ele ser mecanismo apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais diversas formas de manifestação por qualquer um que exerça *função pública* (...). Qualquer interpretação relativa ao mandado de segurança não pode se desviar dessa idéia central, e que decorre direta e inequivocamente da Constituição: é ele mecanismo de defesa do cidadão contra a prepotência do Estado ou de quem produza atos ou fatos jurídicos em nome do Estado. Mais do que isso: a exemplo de todos os direitos e garantias definidos na Constituição, prescinde para o seu funcionamento e aplicação concretos, nos exatos termos do § 1º do art. 5º da Constituição Federal. Evidentemente que lei alguma (anterior ou posterior à Constituição de 1988) pode querer burlar a grandeza constitucional do instituto.

Verdadeira essa observação. Tanto que a evolução histórica do mandado de segurança relaciona-se intimamente à *necessidade* de tutela *eficaz* dos cidadãos contra o Estado.

Facci (2002) revela a sua importância para o modelo jurídico-político atualmente adotado no Brasil:

Podemos afirmar que à institucionalização do Estado Moderno, no plano político, com o conseqüente fortalecimento dos direitos individuais, sociais e, mais hodiernamente, dos direitos difusos, corresponde, no plano jurídico-dogmático, o surgimento do Direito Público, em atenção à efetiva proteção destes direitos. Este fato decorreu da lógica preocupação jurídica em se limitarem os poderes estatais visando a maior proteção dos direitos do homem. É exatamente neste



sentido que se entende o surgimento do mandado de segurança. Esta garantia constitucional está ligada filosoficamente à idéia de liberdade contra o Estado, contra o Poder Público.

Para cumprir o desiderato constitucional de resguardar direito líquido e certo contra a ofensa ou a ameaça perpetrada pela autoridade pública ou de quem lhe faça as vezes, o *mandamus* tem uma dinâmica própria, a exemplo da necessidade da prova pré-constituída, não comportando dilação probatória através da oitiva das partes ou de testemunhas em audiência, nem a perícia.

Sob outro ponto de vista, o do direito processual, cuida-se de ação, veiculada em processo, devendo ser analisado segundo esta premissa. Exige-se, portanto, um seu estudo através da teoria geral do processo.

Segundo Castro Nunes (1967, p. 54):

(...) garantia constitucional que se define por meio de pedir em juízo é garantia judiciária e, portanto, ação no mais amplo sentido, ainda que de rito especial e sumaríssimo.

Para José Afonso da Silva (1997, p. 425-426):

O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado à lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Por estarem profundamente imbricadas, e não poderem ser analisadas de maneira estanque, como se fossem líquidos em recipientes incomunicáveis, as especificidades decorrentes da sua finalidade maior provocam dificuldades no exame processual, como se pode verificar a partir das inúmeras divergências existentes na doutrina acerca do Instituto.

Apesar de ter embasamento constitucional, o mandado de segurança é uma verdadeira ação e deve ser estudado dentro da teoria geral do processo. Trata-se de um pedido de atuação da jurisdição e, por conseguinte, classifica-se como ação e como processo. É certo que tem aspectos especiais que alteram as regras gerais, por exemplo, sobre legitimidade, mas tais disposições específicas não o retiram da categoria jurídica de ação. Como tal, tem pressupostos subjetivos e objetivos... (GRECO FILHO, 2003a, p. 306).

Não obstante as premissas lançadas nos Títulos anteriores buscarem evidenciar a *necessidade* de extração do máximo potencial do mandado de segurança da Constituição Federal para atingimento dos valores consagrados pela Carta em prol dos cidadãos, individual ou coletivamente considerados, contra o Estado ou quem lhe faça as vezes, não se pode perder de vista que o mandado de segurança é ação *civil*, isto é, não penal e não trabalhista, e, como toda e qualquer ação civil,

é regulada, naquilo que não confrontar seu modelo e sua finalidade próprios, pelo Código de Processo Civil

Dúvida não pode haver, portanto, de que o Código de Processo Civil é norma *subsidiária* para o mandado de segurança e que deve ser aplicada toda vez que, na lacuna das leis que tratem, especificamente, do instituto não haja conflito com sua natureza e predestinação constitucional (BUENO, 2002, p. 10).

Entre as questões tormentosas sobre que debatem os juristas brasileiros, situa-se o problema da legitimidade passiva no *mandamus*. Quem ocupa o pólo da relação processual: a autoridade coatora ou a pessoa jurídica à qual ela está vinculada?

Doutrina de escol defende a primeira hipótese, ao passo que outros tantos e não menos balizados juristas advogam o último entendimento, como relataremos nos itens 2 e 3, infra. E tudo isso sem prejuízo de mais duas correntes que derivam das primeiras, conforme se exporá no quarto tópico do presente trabalho.

Adiantamos ao leitor, para que leia o presente texto atento ao nosso posicionamento: alinhamo-nos àqueles que atribuem a legitimidade passiva à pessoa jurídica em nome de quem a autoridade pratica o ato considerado ilegal ou abusivo ou omite-se, ofendendo ou ameaçando direito líquido e certo.

E assim antecipamos porque o presente artigo não se propõe à simples descrição da divergência doutrinária. Tampouco seria esta uma tentativa de pôr fim ao referido debate, lançando-lhe uma *pá de cal*. Afinal, se a teoria do conhecimento já chegou à conclusão de que nem mesmo as ciências ditas *naturais*, nem as chamadas *exatas* exalam a *verdade*, muito menos poderiam as *ciências culturais* pretender alcançar tal ingênuo objetivo.

Sendo o Direito uma construção lingüístico-cultural, e estando a ciência jurídica voltada para uma tal espécie de manifestação, torna-se impossível afirmar categórica e definitivamente que a legitimidade passiva no Mandado de Segurança seja da autoridade ou da pessoa jurídica.

Há fundamentos e linhas de raciocínio que conduzem a uma ou outra posição, sem que ambas estejam absolutamente equivocadas ou corretas.

Anima-nos aqui um fundamento histórico que contribui para o estudo do problema, e que, embora citado por alguns doutrinadores, parece ter sua relevância despercebida em boa parte das abordagens que se tem feito sobre o tema.

Trata-se da manifestação do Ministério Público no procedimento mandamental, sua natureza e a evolução histórico-funcional do *Parquet*, como se verá no item 5, infra.

Aliada à mencionada análise e como uma sua conseqüência, culminaremos com o estudo referente à nova redação dada pela Lei n.º 10.910/2004 ao art. 3º, da Lei n.º 4.348/64, que, a nosso ver, determina a obrigatoria inserção, no mandado de segurança, da pessoa jurídica a que a autoridade está vinculada, re-estabelecendo a tradição histórica brasileira de participação, na relação processual, do representante judicial daquele que sofrerá os efeitos diretos da sentença, como exporemos no sétimo tópico, abaixo.

Além de controvertido, o tema é assaz relevante, tanto do ponto de vista teórico, como do aspecto prático. A definição teórica de quem ocupa o pólo passivo na ação mandamental (o agente ou a pessoa jurídica) é ponto de partida para avaliar se a indicação errônea da autoridade coatora é, ou não, situação que configura ilegitimidade passiva, levando à extinção da causa sem exame do mérito. Está ligada também ao estudo da natureza jurídica das *informações* prestadas pelo agente, nos termos do art. 7º, I, da Lei n.º 1.533/51 – cuidar-se-iam de típica defesa, sob uma denominação imprópria, de mera exposição de motivos acerca do ato guerreado, ou de colheita de provas, como querem outros?

## 2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA AUTORIDADE COATORA

Uma primeira corrente doutrinária e jurisprudencial defende a idéia de que o sujeito passivo no *mandamus* é a autoridade coatora, isto é, o agente do Poder Público ou quem atue por delegação dele.

Fundamentos não faltam aos que trilham este caminho.

Primeiramente, porque o mandado de segurança tramita em procedimento especialíssimo, inadmitindo comparações ou analogias com qualquer outra ação civil prevista pelo ordenamento pátrio.

Ao legislar sobre o tema, pretendeu-se coibir os atos administrativos ilegais e abusivos, resguardando os direitos individuais não amparados pelos remédios constitucionais do *habeas corpus* e do *habeas data*.

Diz-se: tais direitos considerados *em si mesmos* e não uma sua substituição pecuniária ou por outra prestação qualquer.

O mandado de segurança dá ao titular do direito a prestação *in natura*. É um procedimento *ad ipsam rem*, que não comporta a substituição da prestação devida. O direito é assegurado, no seu exercício, e não pela forma *indireta* da equivalência econômica, princípio pela qual se define o ressarcimento da inexecução da obrigação, *scilicet* violação da lei. O ato violador é removido como obstáculo para que se restabeleça a situação jurídica preexistente, e não apenas anulado com os efeitos reparatórios conhecidos (NUNES, 1980, p. 38).

Tanto é assim que, ao deparar-se com a resistência à segurança concedida, o magistrado poderá determinar a prisão da autoridade:

O mandado de segurança não é um simples processo de conhecimento para declaração de direitos individuais. Nem se limita a condenação para preparar futura execução forçada contra o Poder Público. É procedimento especial com imediata e implícita força executiva contra os atos administrativos. Acolhida a segurança impetrada, o juiz vai além da simples declaração e condenação. Expede ordem de autoridade para cumprimento imediato. Falar-se, por isso, em *ação mandamental*.

Não cabe à autoridade coatora resistir ao cumprimento do mandado judicial. Ter-se-á na hipótese de desobediência à ordem legal de autoridade competente, sujeitando o descumpridor às penas administrativas e criminais correspondentes à desobediência.

O juiz poderá valer-se de todos os instrumentos do poder público tendentes a submeter a autoridade coatora à ordem de segurança, inclusiva a prisão do infrator, em casos extremos (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 471)<sup>1</sup>.

1. Embora concordemos com Humberto Theodoro Jr. no sentido de que o mandado de segurança não se destina à simples declaração de direitos individuais, fazemo-lo com a seguinte observação: ele não poderá ser ajuizado com intuito meramente declaratório, mas este seu efeito poderá ocorrer quando, eventualmente, houver a incidente perda do efeito mandamental do processo, restando-lhe, contudo, utilidade declaratória.

Imagine-se, a título de exemplo, que uma determinada empresa tenha obtido a primeira colocação num certame licitatório para realização de pequena obra de engenharia civil. Tendo sido preterida pela Administração Pública na respectiva contratação, poderá, de logo, impetrar o *mandamus*, postulando o reconhecimento do seu direito líquido e certo à execução do serviço, e pedindo, inclusive, a concessão de liminar para determinar que a obra não seja iniciada ou que seja suspensa até o julgamento final da lide. Ocorre que, negado o pleito formulado *in limine* ou suspensa a eventual liminar concedida, v.g., sob o fundamento de interesse público, a obra poderá findar antes mesmo de terminado o processo judicial. Neste caso, a concessão da segurança *em si* teria “perdido o objeto” supervenientemente à impetração. Embora a utilidade processual tenha aparentemente desaparecido, ainda mostra-se valiosa para a declaração da ilegalidade do ato praticado pela autoridade apontada como coatora.

É certo que não se poderá pleitear qualquer indenização ou lucros cessantes contra a pessoa jurídica no próprio *mandamus*. Mas este pleito poderá ser formulado em futura ação, com lastro no art. 15, da Lei n.º 1.533/51, que assim dispõe:

*Art. 15 - A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais.*

Para tanto, a declaração, exarada no *writ*, de que foi ilegal o ato que preteriu a impetrante na contratação é de veras útil e necessária.

Assim afirma Cassio Scarpinella Bueno (2002, p. 131-132):

*A sentença típica do mandado de segurança é aquela que manda a autoridade coatora providenciar o que for necessário para que a ilegalidade ou a abusividade cessem. Em geral só se dá destaque ao efeito predominante da ação, que é essa ordem, o mandamento, o núcleo do mandado de segurança. Mas e o reconhecimento da ilegalidade em si mesma? Eis aí outro efeito importantíssimo na decisão concessiva da ordem: o efeito declaratório, que, todos sabemos, sempre está presente nas demais ações.*

*Esse efeito declaratório, quero crer, é dado que deve ser mais bem estudado pela doutrina para extrair do mandado de segurança o máximo de seu procedimento, o máximo de sua(s)*

A inaptidão do mandado de segurança para a cobrança de valores já foi, inclusive, objeto de Súmula do STF:

Súmula 269. O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.

Neste passo, o seu objetivo será resguardar o direito líquido e certo do ofendido contra o ato ou omissão administrativa ilegal ou abusiva, não havendo uma preocupação com um resultado patrimonial direto ou reflexo que dele possa decorrer.

O centro nervoso do processo é a perquirição da legalidade do ato, razão pela qual a autoridade dita coatora figuraria no pólo passivo do *mandamus*, já que foi ela quem o praticou ou omitiu-se, atuando, presume-se, lastreada no princípio da legalidade:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”. (MEIRELLES, 1997, p. 82)

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. (...)

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. (...)

*eficácia(s), mesmo naqueles casos em que, por uma razão ou por outra, a concessão é tardia porque irremediavelmente consumado o dano que a impetração quis obstar. Justamente para que não se afirme, pura e simplesmente, que o mandado “perdeu o objeto”, isto é, que não há mais interesse jurídico na impetração diante da consumação do dano que se pretendeu evitar. Pelo menos em casos como tais deve o mandado de segurança ser julgado para que se declare a validade ou não do ato impugnado. Pois essa declaração (este efeito) pode ter valia jurídica, nem que seja para documentar futura ação de perdas e danos a ser movida contra pessoa jurídica a cujos quadros pertence a autoridade indicada como coatora.*

Sem dúvida, é melhor (e mais econômico) levá-lo até o final julgamento do mérito, do que extingui-lo sem apreciação da lide. Aí, sim, o processo não traria qualquer proveito social nem jurídico, deixando pendente e inconcluso o debate.

Portanto, entendemos que o *writ* presta-se também à simples declaração da ofensa ao direito líquido e certo, desde que tenha a força mandamental perdida supervenientemente à impetração e que exista interesse na simples declaração judicial.

Michel Sassinopoulos, em fórmula sintética e feliz, esclarece que, além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*. Aliás, no mesmo sentido, é a observação de Alessi, ao aberbar que a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza. (MELLO, 1998, p. 58-60).

Em outras palavras: cumprir-lhe-ia tão-somente defender o ato ou a omissão, e não a relação jurídico-material havida entre o impetrante e a pessoa jurídica a quem está vinculada.

É o que entende Moraes (2000, p. 158):

Sujeito passivo é a autoridade coatora que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, responde pelas suas conseqüências administrativas e detenha competência para corrigir a ilegalidade, podendo a pessoa jurídica de direito público, da qual faça parte, ingressar como litisconsorte. (...)

Reafirme-se que a pessoa jurídica de direito público sempre será parte legítima para integrar a lide em qualquer fase, pois suportará o ônus da decisão proferida em sede de mandado de segurança.

(...)

Poderão ser sujeitos passivos no mandado de segurança os praticantes de atos ou omissões revestidos de força jurídica especial e componentes de qualquer dos Poderes da União, Estados e Municípios, de autarquia, de empresas públicas e sociedades de economia mista exercentes de serviços públicos e, ainda, de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado com funções delegadas do Poder Público, como ocorre em relação às concessionárias de serviços de utilidade pública.

Vicente Greco Filho (2003a, p. 306) leciona:

O sujeito passivo do *writ* é a autoridade, porquanto seu objetivo é a reparação da ilegalidade ou abuso de poder praticados pelo agente do Poder Público que violou direito líquido e certo.

Nesse aspecto já temos uma diferença importante entre o mandado de segurança e as ações em geral. Estas, quando são propostas contra o Estado por ato de seus agentes, o são contra a pessoa jurídica de direito público (União, Estado e Município) que eles representam ou em nome de quem atuam. O mandado de segurança, porém, será proposto contra a autoridade.

A União e o Estado, em ações ordinárias, serão citados na pessoa de seus procuradores, e o Município na pessoa do prefeito ou procurador; no mandado de segurança será notificada a própria autoridade. Ainda que o objeto seja o mesmo e ainda que tenha sido impetrada a segurança, se, faltando qualquer de seus pressupostos, não puder ser conhecido o mérito da causa, a ação ordinária sucedânea seguirá essas regras de legitimidade, sob pena de carência da ação.

Os órgãos da administração direta não constituem, por si mesmos, pessoas jurídicas, portanto não têm legitimidade passiva para a ação, salvo no caso do mandado de segurança.

O STJ também apresenta julgados neste sentido:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO DO DEPARTAMENTO DA POLÍCIA RODOVIÁRIA FEDERAL. NOMEAÇÃO EM CARGO COMISSIONADO. AUTORIDADE IMPETRADA. SECRETÁRIO DE TRÂNSITO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. ILEGITIMIDADE DO MINISTRO DA JUSTIÇA.

- Em sede de mandado de segurança, deve figurar no pólo passivo a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa a lesão jurídica denunciada e é detentora de atribuições funcionais próprias para fazer cessar a ilegalidade.

- O indeferimento de processo administrativo pugnando pela nomeação em cargo em comissão no departamento da polícia rodoviária federal, por ser ato de competência do Secretário de Trânsito do Ministério da Justiça, não pode ser impetrado ao Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, que, assim, não tem legitimidade passiva *ad causam* para o writ.

- Mandado de segurança não conhecido, com a extinção do processo sem julgamento de mérito. (MS 3.865/df, Rel. Ministro Vicente Leal, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28.05.1997, DJ 22.09.1997 p. 46321).

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO DE DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. MINISTRO DE ESTADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

1. Em mandado de segurança, a legitimidade passiva da autoridade coatora é aferida de acordo com a possibilidade que detém de rever o ato acoimado de ilegal, omissivo ou praticado com abuso de poder.

2. O Ministro de Estado do Trabalho e Emprego não detém legitimidade para figurar no pólo passivo de mandado de segurança impetrado com a finalidade de impugnar omissão quanto à inscrição em Dívida Ativa da União.

3. Processo extinto sem exame de mérito por carência de ação. Agravo regimental prejudicado. (MS 9.244/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22.09.2004, DJ 08.11.2004 p. 154).

Como já se depreendeu da leitura dos trechos doutrinários e jurisprudenciais supra transcritos, a identificação da autoridade se dá através da identificação de quem tenha competência para desfazer o ato impugnado ou fazer cessar os seus efeitos, enquadrando-se, aí, também os particulares que desenvolvem a função pública, por delegação de poder.

Critério que tem sido recomendado, inclusive por Hely Lopes Meirelles, para a identificação da autoridade coatora é verificar se a autoridade que praticou o ato tem competência para desfazê-lo, índice que denotaria a participação de sua vontade no ato e, portanto, sua condição de autoridade coatora.

(...)

Autoridade é todo agente do Poder Público e também aquele que atua por delegação do Poder Público, usando do poder administrativo. Pode, pois, ser sujeito passivo do mandado o agente público diretamente ou o particular que exerça função delegada, por exemplo, o concessionário de serviço público. Todavia, nesta última hipótese, o mandado será meio hábil para a correção da ilegalidade, na medida em que o particular atue como Poder Público e no que concerne a essa delegação. Quando age *ut singuli*, como particular, os atos do concessionário não são passíveis de exame por meio do *writ* constitucional (GRECO FILHO, 2003a, p. 307-308).

“Autoridade coatora é quem efetivamente ordenou, executou ou se omitiu na prática do ato impugnado, desde que pudesse dispor de autoridade e competência para deixar de praticar ou então pudesse corrigir a ilegalidade alegada. É quem ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde por suas conseqüências administrativas (RT 507/62)” (Antônio Raphael Silva Salvador e Osni de Sousa, *Mandado de segurança: doutrina e jurisprudência*, p. 29-30, *apud* BUENO, 2002, p. 19).

Em conseqüência deste entendimento, aliado a outros princípios processuais, tem-se que a equivocada indicação da autoridade coatora implicaria a extinção do processo sem apreciação do mérito, por configurar carência de ação, na modalidade de ilegitimidade passiva – art. 267, VI, do CPC:

É firme e dominante a jurisprudência no sentido de que a indicação errônea da autoridade coatora afetará uma das condições da ação (*legitimatío ad causam*), acarretando, portanto, a extinção do processo, sem julgamento do mérito (MORAES, 2000, p. 158).

Voltemos ao entendimento pretoriano do STJ:

MANDADO DE SEGURANÇA - AUTORIDADE COATORA - ILEGITIMIDADE PASSIVA - CARENIA DE AÇÃO - EXTINÇÃO DO PROCESSO - ARTIGOS 2. E 267, VI, CPC.

1. É firme a jurisprudência no sentido de que, no mandado de segurança, a errônea indicação da autoridade coatora, afetando uma das condições da ação (*legitimatío ad causam*), acarreta a extinção do processo, sem julgamento de mérito, especialmente quando influi na fixação da competência material de ordem pública, que não fica submetida a vontade ou conveniências do Impetrante.

2. O juiz, verificada a equívoca indicação, não pode substituir a vontade do sujeito ativo da ação pela sua, substituindo na relação processual o sujeito



passivo, afrontando o princípio dispositivo, pelo qual cabe ao autor escolher o réu que deseja demandar.

3. Precedentes do STF e do STJ.

4. Recurso provido. (REsp 55947/DF, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30.08.1995, DJ 02.10.1995 p. 32331)

Ponto forte que milita a favor desta corrente doutrinária é a possibilidade de impetração do *writ* por órgãos públicos sem personalidade jurídica, mas dotados de capacidade processual, contra atos praticados por agentes que integram a mesma pessoa jurídica, em defesa de suas atribuições institucionais, a exemplo do ajuizamento da ação pela Mesa da Câmara de Vereadores contra um ato praticado pelo Prefeito de um mesmo Município, ou pelo Procurador-Geral da República contra ato do Presidente da República, como foi o caso julgado pelo Pleno do STF:

I. Mandado de segurança: legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da República que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do Ministério Público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência.

1. A legitimidade *ad causam* no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem: incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em “subtrair da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito”.

2. A jurisprudência – com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes Meirelles, Buzaid) – tem reconhecido a capacidade ou “personalidade judiciária” de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas.

3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do ministério lhe é inerente - porque instrumento essencial de sua atuação - e não se pode dissolver na personalidade jurídica do Estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais.

4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos. (MS 21.239/DF, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, TRIBUNAL PLENO, julgado em 05/06/1991, DJ 23.04.1993 p. 6920)

Afirma a doutrina:

Igualmente, admite-se a impetração por entidades de direito público, mesmo sem personalidade jurídica, a fim de garantir prerrogativas funcionais violadas por outra entidade também de direito público. Assim, por exemplo, tem-se admitido o *writ* de Municípios contra órgãos do Estado e do prefeito contra a Câmara Municipal ou desta contra aquele. (GRECO FILHO, 2003a, 309).

(...) embora concebido como meio de defesa do indivíduo contra a Administração Pública, o mandado de segurança evoluiu no sentido de se tornar um instrumento eficaz de manutenção do sistema de freios e contrapeso, servindo para corrigir inconstitucionalidades e ilegalidades surgidas nos conflitos entre os diversos poderes de uma mesma unidade política ou entre a União, o Estado e o Município. Na falta de outro elemento rápido e eficaz para solucionar tais contendas, a própria administração tem recorrido ao mandado de segurança, que passou a ser impetrado por pessoas jurídicas de direito público (WALD, 1968, p. 174).

Esta utilização do *mandamus* é pacífica na doutrina e na jurisprudência, e apresenta uma dificuldade para os que advogam a tese da legitimidade passiva da pessoa jurídica: a mesma pessoa jurídica atuaria em ambos os pólos processuais?

Imagine-se um mandado de segurança, impetrado, v.g., pela União contra ato de Juiz Federal. Dentro da tese esposada de que o sujeito passivo é a pessoa jurídica, teríamos a esdrúxula situação processual onde a União será impetrante e, ao mesmo tempo, sujeito passivo. Ou seja, na pessoa da União estariam fundidos o impetrante e o sujeito passivo. Isto é, a União seria, simultaneamente, no mesmo processo, autora e ré! O absurdo se estampa de forma teratológica (TOURINHO, 1999, p. 58).

Defendendo que o sujeito passivo não é a autoridade, Fredie Didier Jr. (2005) responde à pergunta da seguinte maneira, revendo premissas tradicionais do nosso direito:

Têm capacidade de ser parte, então, todos os entes que tenham personalidade jurídica de direito material, bem como todos os agrupamentos humanos minimamente organizados, de modo que se possa identificar o seu representante, para que a sua capacidade processual fique integrada, e os seus interesses juridicamente tutelados, que dizem respeito à sua finalidade – na expressão utilizada pelo STJ e STF, seus “direitos-função”. É por isso que se atribui capacidade de ser parte às sociedades não-personificadas, ao MST, ao Ministério Público, às comunidades indígenas etc. É por isso que a comunidade de pessoas lesadas (titular de direitos difusos e/ou coletivos) não tem capacidade de ser parte, por

não ter o mínimo de organização: os seus direitos serão defendidos em juízo por legitimados extraordinários.

A pessoa jurídica é sujeito de direito em que se reconhecem, com facilidade e previamente, os seus representantes e os seus interesses. Há entes não-personificados que já têm a sua capacidade de ser parte prevista expressamente em lei, o que facilita a identificação dos representantes e dos interesses: massa falida, espólio, herança jacente, condomínio, comunidades indígenas e Ministério Público. Mas o rol não é nem poderia ser exaustivo.

O grande problema em torno do assunto, ao que parece, é a distinção que se deve fazer entre capacidade de ser parte e legitimidade *ad causam*. A capacidade de ser parte é atributo genérico; a legitimidade para agir é atributo específico, pois sempre diz respeito a determinada situação concreta. Todo sujeito de direito pode ser parte, mas ninguém é parte legítima para todas as causas. Todos podem demandar em juízo, mas ninguém está autorizado a levar, legitimamente, todas as situações concretas à apreciação do Poder Judiciário.

Feita essa distinção, não é correto dizer que um órgão, como a Câmara de Vereadores, só tem capacidade de ser parte para algumas situações, que dizem respeito à proteção dos seus interesses. Não se tem “capacidade de ser parte para alguma coisa”, tem-se ou não capacidade de ser parte, que é atribuída exatamente porque há situações em que é preciso que o órgão vá a juízo defender os seus interesses. O que a Câmara de Vereadores pode não possuir é legitimidade, seja por estar defendendo direitos/interesses que não lhe dizem respeito, seja por não ter o dever jurídico que lhe está sendo imputado. Legitimidade é a posição jurídica do sujeito em face de determinado ato jurídico; o exame da capacidade é sempre feito *a priori*, independentemente das circunstâncias concretas. Quando se formula uma demanda em face de um órgão da Administração, que tem capacidade de ser parte, é freqüente a alegação, em defesa, da incapacidade de ser parte. Mas esse mesmo órgão, quando é o demandante, não nega a si mesmo a capacidade de ser demandante. Se o órgão não pode responder pelo ato, que é da responsabilidade da pessoa jurídica, não é caso de incapacidade de ser parte (que é absoluta), mas de legitimidade: não é o órgão o sujeito da relação jurídica deduzida em juízo.

Essa concepção auxilia a compreensão do mandado de segurança contra ato judicial/reclamação impetrado/ajuizado pela pessoa jurídica de direito público a que está vinculado o órgão jurisdicional cujo ato se questiona. A União impetra mandado de segurança contra ato de juiz federal, quem são as partes processuais? De um lado, a União, pessoa jurídica de direito público, de outro o Poder Judiciário de primeira instância, apresentado pelo juízo inquinado de autoridade coatora. Quem será o julgador? O Poder Judiciário de segunda instância – é por isso que a competência para apreciar mandado de segurança contra ato de juiz é atribuída ao tribunal ao qual estiver vinculado.

Para ele, portanto, a legitimidade não é da autoridade e não se restringiria somente à pessoa jurídica, nos moldes clássicos, mas poderia ser atribuída a um órgão, ao qual está vinculada a autoridade, por força de seu “direito-função”.

### 3. LEGITIMIDADE PASSIVA DA PESSOA JURÍDICA

Sem embargo do entendimento e dos julgados acima expostos, há forte corrente doutrinária que atribui a legitimidade passiva à pessoa jurídica a que está vinculada a autoridade.

Neste sentido, trazemos a exposição de motivos da Lei n.º 10.358/2001, que alterou o *caput* do art. 14, acrescentando-lhe também o inciso V e o parágrafo único, cuja atual redação é a seguinte:

**Art. 14.** São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

Na mencionada exposição de motivos, o Ministro José Gregori atribui expressamente à *autoridade coatora* a qualificação de terceiro, e não de parte, demonstrando o seu alinhamento àqueles que consideram que legítima é a pessoa jurídica, e não o agente coator:

O Projeto busca reforçar a ética no processo, os deveres de lealdade e de probidade que devem presidir ao desenvolvimento do contraditório, e isso não apenas em relação às partes e seus procuradores, mas também **a quaisquer outros participantes do processo, tais como a autoridade apontada coatora nos mandados de segurança**, ou as pessoas em geral que devam cumprir ou fazer cumprir os mandamentos judiciais e abster-se de colocar empecilhos à sua efetivação. É que o processo, como observou Agrícola Barbi, com remissão a José Olympio de Castro Filho “é campo muito vasto para o mau uso dos poderes concedidos para defesa dos direitos” (“Comentários ao CPC”, Ed. Forense, 5ª ed., n.º 154) (CALMON FILHO, 2001, p. 23-24) (grifou-se).

Transcrevendo as lições de Celso Agrícola Barbi, Arx da Costa Tourinho (1999, p. 55) sintetiza as razões pelas quais uma parte da doutrina entende que seria da pessoa jurídica a legitimidade passiva, embora a ela não se afilie:

A segunda corrente identifica o sujeito passivo na pessoa jurídica. Argumentam seus doutrinadores que: (a) “o ato do funcionário é ato da

entidade pública a que ele se subordina”; (b) os efeitos do ato “se operam em relação à pessoa jurídica de direito público”; (c) é a pessoa jurídica de direito público, por lei, que “tem capacidade de ser parte no nosso direito processual civil”; (d) “o coator é citado em juízo como “representante” daquela pessoa”; (e) “a condenação nas despesas judiciais é contra a entidade de direito público e não contra o coator. Vencida na causa é aquela e não este”; (f) “quando se tratar de pessoas de direito privado, com funções delegadas de poder público, pois, então, parte passiva serão aquelas e não o Poder Público” (Celso Agrícola Barbi in Mandado de Segurança, Rio de Janeiro, Forense, 1984, 4ª ed., pág. 180/181).

Este entendimento funda-se, antes de mais nada, na circunstância de a relação jurídico-material se dar entre o impetrante e a pessoa jurídica. Disso ninguém discorda. O coator não atua em nome próprio. O ato abusivo, que consiste o objeto do *mandamus*, é por ele praticado no desempenho das funções institucionais.

Daí decorre que os efeitos da sentença do *writ* não afetarão a autoridade. É a pessoa jurídica quem os suportará.

Com efeito, salta aos olhos (...) que as conseqüências diretas da segurança serão sentidas e suportadas exclusivamente pelo ente público ao qual se encontra vinculada a autoridade apontada coatora, haja vista que a relação jurídica de direito material do impetrante, em regra, é com a administração, nunca com o sujeito coator, posto que este, invariavelmente, atua na mera condição de preposto do ente público. Mais do que isto, além de suportar os efeitos jurídicos e materiais da impetração, a administração também arca com o pagamento de eventuais custas e despesas processuais, bem como se encontra legitimada para recorrer contra as decisões exaradas nos autos da mandamental (SODRÉ, 1999, p. 393).

Não sendo parte no processo, não caberia ao agente apresentar defesa, ato que tocaria à pessoa jurídica. À autoridade cumpriria apenas informar ao Judiciário as razões que o levaram à prática do ato, ou a omitir-se de determinada maneira<sup>2</sup>:

É salutar, ainda, lembrar que as informações prestadas pela autoridade coatora, que se limitam, ou, ao menos, deveriam limitar-se à narração e justificação dos atos por ela praticados, **devem corresponder fielmente à verdade**, gozando outrossim, de **presunção de veracidade**. Pois bem, podendo a defesa a ser oferecida pelo réu abarcar tanto matérias relacionadas com o mérito da causa quanto questões processuais (arts. 300 e 301 do CPC), e sendo característica marcante da parte a atuação pautada na **parcialidade**, é incompatível não só a conduta da

2. Aqui reside mais uma dificuldade, já que a doutrina diverge quanto à natureza jurídica das informações prestadas pela autoridade coatora. Para alguns, seria defesa propriamente dita. Para outros tantos, seria ato de colheita de provas. Já uma terceira corrente entende serem apenas informações sobre o ato vergastado. Não nos alongaremos acerca do tema, por não ser este o objeto do presente texto, embora esteja a ele ligado. Deixamos, contudo, evidente que nos afiliamos ao último entendimento.

autoridade impetrada com a daquele que vem a juízo defender o enquadramento das informações prestadas pelo impetrado no amplo conceito de contestação.

A todas as luzes, as informações a que alude o inciso I do art. 7º da Lei n.º 1.533 correspondem a ato administrativo típico, não caracterizando, jamais, o exercício de defesa processual. A limitação à análise de apenas matéria fática, a obrigação de narrar a verdade e, principalmente, a presunção de veracidade que acoberta tal relato confirmam, indubitavelmente, a natureza flagrantemente administrativa da obrigação de prestar informações. Se assim é, a autoridade apontada coatora, no processo mandamental, exerce apenas dever de natureza funcional, cujo descumprimento pode acarretar sanções disciplinares ou penais – nunca processuais. De tal sorte, resta evidente ser descabida a tese de figurar a autoridade coatora no pólo passivo da ação mandamental. (SODRÉ, 1999, p. 391) (grifos já existentes no original).

Explicava Fredie Didier Jr. (2003), quando ainda vigia a antiga redação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/64, hoje já alterada:

A lei fala em notificação da autoridade coatora, mas com a edição do CPC/73 os atos de comunicação processual restringem-se à intimação e à citação. A autoridade coatora não é intimada para defender-se; a defesa compete à pessoa jurídica de direito público a que está vinculada, conforme a LF 4.348/64, art. 3º abaixo transcrito: “Art. 3º. As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.”

Desta circunstância já se retira a seguinte conclusão: o Estado-membro intervirá no feito como parte ré, para promover a defesa do ato, pois o magistrado, por força do art. 3º retromencionado haverá de citá-lo.

Mas havia quem objetasse tal argumento, atacando-lhe em duas frentes.

Primeiramente, porque, de acordo com a literalidade do dispositivo, o ato de comunicação deveria ocorrer pela via administrativa, isto é, caberia à autoridade, na qualidade de integrante da administração pública, informar sobre a medida liminar ao representante judicial da pessoa a quem ele estivesse ligado. Não seria, portanto, ato judicial a integrar o procedimento mandamental. Enquanto dever da autoridade para com a Administração, e não do juiz, o seu descumprimento submeteria o infrator à sanção disciplinar, mas não provocaria qualquer prejuízo ao processo, que permaneceria íntegro, sem nulidades.

A segunda razão está na circunstância de que a comunicação só seria obrigatória quando houvesse a concessão da liminar, e não da existência do *mandamus*, tivesse sido concedida, ou não, a liminar.

Reservar-nos-emos a cuidar do tema com mais vagar no item 5, infra, quando voltaremos nossa atenção à redação dada ao comando pela Lei n.º 10.910/2004, advertindo, de pronto, que não concordamos com a idéia de que caberia ao coator completar a citação, como queria Didier Jr. (2003), ao sintetizar o seu entendimento:

A autoridade coatora não é a parte ré no processo do mandado de segurança. Em síntese, eis a sua participação no procedimento: a) é notificada (intimada) para prestar informações acerca da acusação de abusividade do ato que praticara, não praticara ou pode praticar; b) presta informações; c) completa a atividade citatória, por força do art. 3º da Lei Federal 4.348/64; d) sai do feito.

(...)

Em razão de tudo isso, a participação da autoridade coatora restringe-se a prestar informações e completar a citação, comunicando ao réu a existência da demanda contra ele proposta. Empós, sai do processo. No momento da prolação da sentença, por exemplo, já é pessoa totalmente estranha ao feito, fato que a qualifica como terceiro. O Estado da Bahia, por exemplo, após ser informado do processo, deverá providenciar a defesa do ato.

Soma-se a isso que a autoridade não tem capacidade de ser parte, nem capacidade postulatória. Como, então, admitir a sua participação no processo? E como admitir que ela mesma peticione, sem estar acompanhada de representante judicial que detenha o *jus postulandi*?

Em que pese a existência dos julgados transcritos no tópico anterior, que demonstram a atribuição da legitimidade passiva à autoridade, o próprio STJ apresenta decisões em sentido diverso, admitindo ser a pessoa jurídica quem ocupa o pólo passivo da relação processual:

RESP – ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – AUTORIDADE COATORA – PESSOA JURÍDICA – AÇÃO DE SEGURANÇA COLOCA, DE UM LADO, O IMPETRANTE. DE OUTRO, O ESTADO, EMBORA A NOTIFICAÇÃO SEJA DIRIGIDA A SEU AGENTE, A QUEM FOI ATRIBUÍDA A CONDUTA ILÍCITA.

O ESTADO INTEGRA O POLO PASSIVO DA RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL.

DESSA FORMA, TEM LEGITIMIDADE PARA POSTULAR NA DITA RELAÇÃO. (REsp 143.526/PA, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 12.06.1998, DJ 29.06.1998 p. 344)

Conseqüência direta deste entendimento é o de que a indicação equivocada do agente coator não implica extinção do processo sem exame do mérito.

A indicação errônea da autoridade coatora não deve levar à extinção do mandado de segurança por ilegitimidade passiva (CPC, art. 267, § 3º). Embora

bastante controvertido o tema, parece mais correto o entendimento de que a autoridade coatora não é parte no mandado de segurança, isto é, não é o réu do mandado de segurança. A autoridade é convocada a prestar as informações de que trata o art. 7º, I, da Lei n.º 1.533/51, na qualidade de “representante” judicial da pessoa jurídica a que pertence. Não tutela, assim, direito seu ou exclusivamente seu, porque seu agir corresponde ao agir da pessoa a cujos quadros está vinculada (BUENO, 2002, p. 19).

Sendo a pessoa jurídica a ocupar o pólo passivo, não haveria carência de ação por ilegitimidade de parte, caso o impetrante indique incorretamente a autoridade, desde que ela (a que foi apontada pelo autor) integre os quadros da mesma pessoa jurídica a que está vinculado o agente que realmente praticou o ato acoimado de ilegal.

É o que diz o STJ:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA.

1. A doutrina e a jurisprudência não são pacíficas quanto à possibilidade de a pessoa jurídica ser parte legítima para figurar no pólo passivo da ação mandamental.

2. Parte da doutrina considera que o mandado de segurança deve ser impetrado não contra o ente público, mas sim contra a autoridade administrativa que tenha poderes e meios para a correção da ilegalidade apontada. Outra parte, enveredando por caminho totalmente oposto, afirma que a legitimidade passiva é da pessoa jurídica e não da autoridade administrativa.

3. Não é possível reclamar da parte o conhecimento da complexa estrutura da Administração Pública, de forma a precisar quem será a pessoa investida de competência para corrigir o ato coator.

4. A pessoa jurídica de direito público a suportar os ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima para figurar no pólo passivo do feito, por ter interesse direto na causa.

5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp 547.235/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18.12.2003, DJ 22.03.2004 p. 237)

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. SUPOSTA ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. DEFICIÊNCIA SANÁVEL. PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DE SERVIDORES ESTADUAIS INATIVOS. AUTORIDADE COATORA. SECRETÁRIO DE FAZENDA DO ESTADO. AUTORIDADE QUE DEFENDEU O MÉRITO DO ATO IMPUGNADO. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO.

1. A essência constitucional do Mandado de Segurança, como singular garantia, admite que o juiz, nas hipóteses de indicação errônea da autoridade



impetrada, permita sua correção através de emenda à inicial ou, se não restar configurado erro grosseiro, proceder a pequenas correções de ofício, a fim de que o writ cumpra efetivamente seu escopo maior.

2. “Não viola os artigos 1º e 6º da Lei n. 1.533/51 a decisão que, reconhecendo a incompetência do tribunal, em razão da errônea indicação da autoridade coatora, determina a remessa dos autos ao juízo competente, ao invés de proclamar o impetrante carecedor da ação mandamental.” Resp nº 34317/PR.

3. Destarte, considerando a finalidade precípua do mandado de segurança que é a proteção de direito líquido e certo, que se mostre configurado de plano, bem como da garantia individual perante o Estado, sua finalidade assume vital importância, o que significa dizer que as questões de forma não devem, em princípio, inviabilizar a questão de fundo gravitante sobre ato abusivo da autoridade.

Conseqüentemente, o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito.

4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação. 5. Deveras, a estrutura complexa dos órgãos administrativos, como sói ocorrer com os fazendários, pode gerar dificuldade, por parte do administrado, na identificação da autoridade coatora, revelando, a priori, aparência de propositura correta.

6. Aplica-se a teoria da encampação quando a autoridade apontada como coatora, ao prestar suas informações, não se limita a alegar sua ilegitimidade, mas defende o mérito do ato impugnado, requerendo a denegação da segurança, assumindo a legitimatio ad causam passiva.

7. Precedentes da Corte: AGA 538820/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 12/04/2004; RESP 574981/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 25/02/2004; ROMS 15262/TO, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 02/02/2004; AIMS 4993/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 19/02/2001.

8. Não obstante, *in casu*, revela-se incorrente a causa de extinção do processo porquanto o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul goza de legitimatio ad causam. Deveras, o Departamento de Despesa Pública Estadual a quem incumbe, tão-somente, a execução do sistema de pagamento do pessoal, não possui capacidade processual ou legitimatio ad processum, porquanto pertence à estrutura da Secretaria de Fazenda que determina o desconto da contribuição previdenciária.

9. *In casu*, o ato inquinado não foi praticado pelo Diretor do Departamento de Despesa Pública Estadual, posto que, a teor dos ensinamentos do mestre Hely Lopes Meirelles, “considera-se autoridade coatora a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e não o superior que o recomenda ou baixa normas para a sua execução... Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado, e responde

pelas suas conseqüências administrativas...” (“Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data”, 13ªed., Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p, 34) por isso que só pode ocupar o pólo passivo do Mandado de Segurança a autoridade que praticou o ato, diretamente, e que possui atribuições para desfazê-lo.

10. O responsável pelo ato impugnado consecutivamente é o Secretário Estadual da Fazenda que é quem detém o poder ordenar ou não que seja feito o desconto da referida contribuição dos proventos dos impetrantes, ora recorrente, sendo certo que ao Departamento de Despesa Pública incumbe, tão-somente, a execução dos sistemas de pagamento do pessoal, sob a responsabilidade da Secretaria de Fazenda.

11. Em assim sendo, quer por esse fundamento, quer pela Teoria da Encampação, o Secretário de Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul possui tem legitimidade passiva para responder ao presente writ 12. Precedentes: ROMS 17458 / RS ; Rel.<sup>a</sup> MIN.<sup>a</sup> ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ de 23.08.2004; ROMS 12693 / SC ; Rel. MIN. PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ de 17.05.2004; AGA 405298 / SC ; Rel. MIN.

JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, - SEGUNDA TURMA, DJ de 29.03.2004; ROMS 12281 / SC ; Rel. MIN. FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJ de 04.08.2003; AGA 428190 / SC ; deste relator, PRIMEIRA TURMA, DJ de 04.11.2002; ROMS 12128 / SC ; Rel. MIN. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ de 02.09.2002.

13. Recurso ordinário provido. (RMS 17.889/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.12.2004, DJ 28.02.2005 p. 187)

#### 4. OUTRAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Sobre o tema, convém, ainda, trazer outros dois entendimentos, que derivam das correntes doutrinárias já expostas.

Há quem entenda que a autoridade coatora atue na representação processual da pessoa jurídica de direito público. Isto é, integraria a relação processual em nome de terceiro e na defesa do direito deste terceiro.

O dispositivo [art. 3º, da Lei n.º 4.348/64] tem o grande mérito de evidenciar que a pessoa jurídica a que pertence a autoridade coatora é o verdadeiro réu do mandado de segurança. Mais: que sua citação se dá na pessoa da autoridade coatora, excepcionando, assim, as regras de representação judicial dessas pessoas jurídicas em juízo, tais quais estatuídas no art. 12, I, II e VI, do Código de Processo Civil (BUENO, 2002, p. 174).

É o que diz Humberto Theodoro Jr. (2005, p. 472), para quem a autoridade coatora teria apenas a legitimidade formal e as informações fariam as vezes da defesa:

O mandado de segurança é proposto contra a autoridade que praticou o ato abusivo, a quem se determinará, em lugar da tradicional contestação, a prestação

de informações no prazo da lei. Com isso, há quem entenda que o sujeito passivo, na espécie, seria a própria autoridade e não a pessoa jurídica de direito público em cujo nome se praticou o ato impugnado, isto é, a União, o Estado, o Município etc.

Na verdade, a melhor exegese é a que atribui à autoridade coatora apenas a legitimidade formal para defender a pessoa jurídica de direito público em cujo nome atuou na prática do ato discutido no *mandamus*. Com efeito, a repercussão do processo operará toda sobre os poderes e interesses daquela pessoa pública e não apenas sobre a autoridade notificada. Não há como, portanto, ignorar a participação substancial da entidade no processo.

Há, de outro lado, quem admita que a autoridade coatora e a pessoa jurídica de direito público figurariam em litisconsórcio necessário no pólo passivo do *mandamus*.

A doutrina, porém, não é unânime em relação ao posicionamento jurisprudencial, ora também entendendo que sujeito passivo seria a pessoa jurídica de direito público que suportará os efeitos da possível concessão do *writ*, ora que os sujeitos passivos, em litisconsórcio necessário, seriam a autoridade coatora e

a pessoa jurídica de direito público (MORAES, 2000, p. 158).

Este é o entendimento de Buzaid (1989, p. 184):

Das considerações acima feitas, a ilação que se extrai é que os sujeitos passivos no mandado de segurança são a autoridade e a pessoa jurídica de direito público, unidos por litisconsórcio necessário. Assim formulado o conceito, não vemos necessidade de recorrer à classificação de Carnelutti, ou ao conceito de substituto processual, para explicar a posição da autoridade coatora e da pessoa jurídica de direito público. Basta havê-los como sujeitos passivos vinculados por litisconsórcio necessário.

## 5. ASPECTOS HISTÓRICO-FUNCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A NATUREZA DE SUA MANIFESTAÇÃO

Chegamos ao mote do presente texto.

O art. 10, da Lei n.º 1.533/51, impõe que, findo o prazo para que a autoridade coatora preste suas informações, seja ouvido o representante do Ministério Público no prazo de cinco dias, sendo proferida a sentença em seguida.

Portanto, o procedimento legal prevê a manifestação do *Parquet*<sup>3</sup>.

3. Sobre o tema surgem mais e mais polêmicas. Há julgados do STJ que exigem a manifestação concreta do Órgão mesmo que decorrido o quinquídio, sob pena de nulidade processual. Contudo, o mesmo Tribunal

Sob a vigência da ordem constitucional de 1988, o Órgão Ministerial se manifestará na qualidade de *custos legis*, “na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, da Constituição).

Além disso, o art. 129, IX, da Carta Política, impede que ele atue na representação judicial e na consultoria jurídica de entidades públicas, e, portanto, na defesa dos interesses jurídicos da autoridade coatora ou da pessoa jurídica de direito público, que deve ser atualmente exercida pela Advocacia Geral da União e pelas Procuradorias Municipal e Estadual, em seus respectivos níveis de atuação, a teor do que dispõem os arts. 131 e 132, da mesma Constituição Federal.

A manifestação do *Parquet* deverá ser imparcial, fiscalizando o cumprimento da lei. É o que diz a doutrina, neste ponto aparentemente pacífica:

exibe posicionamentos completamente opostos, entendendo que suficiente é a intimação do Ministério Público. Ei-los, em ambos os sentidos:

*PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DO IMPETRADO. INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA AUTORIDADE COATORA. SUPRIMENTO DA ILEGITIMIDADE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OBRIGATORIEDADE. PARECER DO PARQUET DISPENSANDO A NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE COAGIR O ÓRGÃO A MANIFESTAR-SE. AUSÊNCIA DE NULIDADE.*

1. Em sede de mandado de segurança, deve haver o efetivo pronunciamento do Ministério Público não sendo suficiente a sua intimação, sob pena de nulidade. (ERESP 26715 / AM; Rel. Min. PAULO COSTA LEITE, CORTE ESPECIAL, DJ 12/02/2001; ERESP 24234 / AM; Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, CORTE ESPECIAL, DJ de 11/03/1996; ERESP 9271 / AM, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, DJ de 05/02/1996).

2. Considera-se efetivo o pronunciamento se o Ministério Público, abordando a questão de fundo, entende que, por força da substância do mesmo não deve atuar como *custos legis*.

3. In casu, o douto representante do *Parquet* devidamente intimado da sentença afirmou ser desnecessária a sua manifestação. Consectariamente, ausente a nulidade processual haja vista que o Ministério Público teve a oportunidade de se manifestar e não o fez, à luz da exegese do art. 10, da Lei n.º 1.533/51.

4. A imposição de atuação do membro do *Parquet*, quanto a matéria versada nos autos, infringiria os Princípios da Independência e Autonomia do órgão ministerial.

5. Deveras, a suposta nulidade somente pode ser decretada se comprovado o prejuízo para os fins de justiça do processo, em razão do Princípio de que “não há nulidade sem prejuízo” (“pas des nullité sans grief”).

6. A indicação errônea da autoridade coatora resta suprida em tendo esta, espontaneamente, prestado as informações confirmando a sua legitimidade passiva.

7. Recurso especial desprovido. (REsp 541.199/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08.06.2004, DJ 28.06.2004 p. 195)

*PROCESSUAL ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. (...)*

- Embora o mandado de segurança esteja inserido entre as ações em que é obrigatória a manifestação do Ministério Público, a doutrina e a jurisprudência não admitem a decretação

... a vista dos autos ao Ministério Público – inequivocamente determinada pelo art. 10 em análise – seja para outro fim senão o de colher a manifestação imparcial daquele órgão que deverá se manifestar sobre o cabimento e a procedência do mandado de segurança como *fiscal da lei*. A atuação do Ministério Público no mandado de segurança, portanto, faz-se para os fins do art. 82, III, parte final, do Código de Processo Civil, e, superiormente, para dar aplicação plena a suas funções institucionais, consagradas no art. 127 da Constituição Federal (BUENO, 2002, p. 93).

Hoje, porém, sua intervenção [do *Parquet*] justifica-se pela tutela do interesse público, da proteção dos direitos individuais e da reta aplicação da lei, bem como pela possibilidade de eventual abuso de poder por parte da autoridade. O Ministério Público, portanto, opina com liberdade, não se vinculando previamente nem ao impetrante nem à autoridade. Sua função, portanto, é puramente de fiscal da lei (GRECO FILHO, 2003a, p. 311).

Embora seja este o atual contexto da intervenção ministerial, não podemos olvidar que a Lei n.º 1.533 é de 31 de dezembro de 1951, e, portanto, anterior à Constituição vigente.

E, mais do que isso, na ordem jurídica anterior, ao Ministério Público cabia não só a função de fiscal da lei, mas também a de procurador judicial da União.

Neste sentido, a então vigente *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (1946) dispunha, em seus arts. 125 e 126:

*de nulidade sem a demonstração do prejuízo, prestigiando o princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes.*

(...)

- *Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 12.050/TO, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 27.04.2004, DJ 17.05.2004 p. 288).*

*CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI 1533/51, APLICAÇÃO DO ART. 10 - PROCESSUAL CIVIL - MINISTERIO PUBLICO. PARTICIPAÇÃO NECESSARIA E OBRIGATORIA.*

*I - EM MANDADO DE SEGURANÇA E NECESSARIO E OBRIGATORIO O EFETIVO PRONUNCIAMENTO DO MINISTERIO PUBLICO, COMO INSTITUIÇÃO ESSENCIAL A FUNÇÃO JURISDICCIONAL DO ESTADO, EM DEFESA DA ORDEM JURIDICA, DO REGIME DEMOCRATICO E DOS INTERESSES SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONIVEIS (ART. 127, C.F.).*

*II - ANULAÇÃO DO PROCESSO, PARA FICAR ASSEGURADA A PARTICIPAÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO.*

*III - PRECEDENTES DA JURISPRUDENCIA.*

*IV - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 73887/AM, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.03.1996, DJ 20.05.1996 p. 16675).*

*MANDADO DE SEGURANÇA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEI Nº 1.533, DE 31.12.51, ART. 10. APLICAÇÃO. "Em Mandado de Segurança, não basta a intimação do Ministério Público; é necessário seu efetivo pronunciamento." (REsp 9.271/Pádua - Corte Especial) (RMS 10444/PB, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20.04.1999, DJ 24.05.1999 p. 97).*

Art 125. A lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho.

Art 126. (...).

Parágrafo Único. **A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.** (grifou-se)

Idêntico preceito legal se repetiu na *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1967, a saber:

Art 137. A lei organizará o Ministério Público da União junto aos Juizes e Tribunais Federais.

Art 138. (...).

§ 2º. **A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.** (grifo adunado).

Desta forma, quando a Lei n.º 1.533/51 foi elaborada e começou a vigor, a previsão de manifestação do Ministério Público contida no art. 10 tinha em mira a intervenção de um Órgão cuja atribuição institucional era a de defesa dos interesses jurídicos da pessoa de direito público, e não somente de fiscalizar o cumprimento da lei, como ora acontece.

Não podemos esquecer também que, anteriormente à Lei n.º 1.533/51, o Mandado de Segurança encontrava-se regulado pelos arts. 319 a 331, do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei n.º 1.608, de 18/09/1939)<sup>4</sup>. E é bom que

4. A primeira vez que o mandado de segurança figurou no ordenamento jurídico, como instituto autônomo em relação ao *habeas corpus*, foi na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, cujo art. 113 dispunha no seu n.º 33:

*Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

*33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do habeas corpus, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitorias competentes.*

Antes disso, utilizava-se o *habeas corpus*, cuja abrangência, até a emenda realizada em 1926 à Constituição de 1891, era bem mais ampla do que a atual, não se limitando somente à liberdade de locomoção, como ora ocorre:

*Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

se esclareça: havia a expressa previsão de notificação da autoridade coatora, para que ela prestasse informações, e de citação do representante judicial da pessoa jurídica, para que fosse apresentada contestação. Era o que diziam os arts. 322 e 324, do Código de Processo anterior:

Art. 322. Despachando a petição inicial, o juiz mandará:

I - **notificar o coator**, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com as cópias dos documentos, **afim de prestar informações no prazo de dez (10) dias;**

II - **citar o representante judicial, ou, à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação.**

§ 1º Quando a pessoa do coator se confundir com a do representante judicial, ou legal da pessoa jurídica de direito público interessada na causa, a notificação, feita na forma do n. I deste artigo, produzirá também os efeitos da citação.

§ 2º **O prazo para a contestação será de dez (10) dias.**

(...)

Art. 324. **Findo o prazo para as informações e para a contestação**, os autos serão conclusos ao juiz, que decidirá em cinco (5) dias. (grifos acrescidos).

Se voltarmos ainda mais na história, verificaremos que a primeira lei que regulamentou o mandado de segurança quanto ao procedimento foi a de n.º 191, de 16 de janeiro de 1936, cujo art. 8º dispunha:

Art. 8º A inicial será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei.

§ 1º Conhecendo do pedido, o juiz imediatamente:

a) **mandará citar o coactor**, por oficial do juízo, ou por precatória, afim de lhe ser entregue a segunda via da petição inicial, com a respectiva cópia dos documentos;

b) **encaminhará**, por ofício, em mão do oficial do juízo pelo correio, sob registro, **ao representante judicial, ou, na falta, ao representante legal de pessoa jurídica de direito público interno, interessada no caso, a terceira via da petição inicial com a respectiva cópia dos documentos.**

(...)

§ 22 - *Dar-se-á o habeas corpus sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.*

Daí falar-se que, no nosso sistema, o *mandamus* decorreu da teoria brasileira do *habeas corpus*, à qual fazem remissão muitos dos autores que entendem que a legitimidade passiva é da autoridade coatora.

§ 3º Na contrafé de citação, a que se refere a letra “a” do § 1º, assim como no officio de que trata a letra “b” do mesmo paragrapho, será fixado o prazo de dez dias úteis, que correrá em cartorio, depois de juntar-se aos autos a contra e o recibo do officio, **para apresentação da defesa e das informações reclamadas.**

Evidente, portanto, que o legislador sempre previu duas espécies distintas de manifestação do Poder Público no *mandamus*.

Os dispositivos do revogado Código de Processo Civil e da Lei n.º 191/36 cuidavam expressamente das informações, prestadas pela autoridade, e da contestação, apresentada pelo representante judicial da pessoa jurídica de direito público.

Embora os comandos da Lei n.º 1.533/51 não versem expressamente sobre a apresentação de contestação, podemos concluir que a atuação Ministerial ocorria exatamente neste sentido quando o diploma começou a vigor, assim perdurando até 1988, quando sobreveio a atual ordem constitucional.

Assim explica Greco Filho (2003a, p. 311):

Historicamente, sua intervenção [do Ministério Público] no mandado de segurança deveu-se ao fato de acumular ele as funções de representante judicial da pessoa jurídica de direito público e de tutor do interesse público, daí falar depois da autoridade para assumir e complementar a defesa do Estado, que, afinal, iria sofrer as conseqüências do ato, no caso de concessão da medida.

Celso Agrícola Barbi (*apud* BUENO, 2002, p. 93) também leciona:

Com isso, ficou expressa a similitude de funções do Procurador-Geral da República e dos outros representantes judiciais da União, dos Estados e Municípios, isto é, a eles ficaram cometidas as providências para defesa da pessoa de direito público. Cabia então concluir que a vista ao Ministério Público, referida no art. 10 da Lei n.º 1.533, deveria ser entendida como se tratando do representante judicial da pessoa de direito público interessada, e não a um órgão encarregado apenas de opinar imparcialmente, como eram os Ministérios Públicos dos Estados.

Isso porque as informações prestadas pela autoridade coatora não têm natureza de contestação, mas visam defender o ato apontado como ilegal ou abusivo. Tanto é assim que são firmadas pela própria autoridade, não precisando ser assinada por advogado.

As informações não têm as mesmas características da contestação do processo comum. Quem informa é a própria autoridade apontada como coatora, e sua falta não gera a confissão. (...) A falta de informação poderá facilitar a concessão da ordem e, também, acarretar responsabilidade funcional ao servidor omissor, mas sem revelia nem desobediência em face do Judiciário (GRECO FILHO, 2003a, p. 311).

As informações poderão ser assinadas por advogado, desde que subscritas, também, pela autoridade coatora, que, em verdade, está demonstrando o porquê da prática do ato ou da omissão contrastados judicialmente.



O que é importante destacar é que as informações, embora possam, evidentemente, assumir as vezes de verdadeira contestação nos modelos dos arts. 300 a 302 do Código de Processo Civil e conter, conseqüentemente, todas as matérias lá previstas (...), caracterizam-se, muito mais, como autêntica peça de sustentação do ato guerreado no mandado de segurança. Não é despropositado acentuar que as informações acabam assumindo natureza de ou fazendo as vezes de genuína *motivação* de prática do ato perante o magistrado. Daí a necessidade de ela ser subscrita pela autoridade coatora, sem prejuízo de, também, ser subscrita por advogado. (BUENO, 2002, p. 62-63).

Razão assiste tanto a Bueno como a Greco Filho, vez que o ato praticado pela autoridade pública traz consigo a presunção da legalidade, como já expusemos anteriormente (item 2, supra). Enquanto a liberdade no direito privado permite a prática de quaisquer atos que não estejam expressamente vedados pela legislação, a Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, deverá proceder em estrita obediência à lei. Isto é: no direito público, só é permitido aquilo que for expressamente disciplinado pelo legislador, e da maneira regulada.

Ao prestar as informações, a autoridade nada mais estará fazendo do que demonstrando para o Judiciário o *porquê* daquele ato. A rigor, ela não tem interesse jurídico direto na sua manutenção ou modificação, já que será a pessoa jurídica de direito público que sofrerá as conseqüências da ordem judicial.

Portanto, vê-se que tanto o legislador de 1936, como os de 1939 e de 1951, estabeleceram um esquema lógico-procedimental em que a autoridade prestaria as informações sobre o ato, reservando ao representante judicial a oportunidade de apresentar a defesa da pessoa jurídica de direito público.

Com o advento da Constituição de 1988 surgiu a lacuna. O *Parquet* perdeu sua função institucional de defesa dos interesses da pessoa jurídica, passando a atuar estritamente como *custos legis*, e não houve, de outro lado, qualquer modificação no procedimento do *writ*. Desta maneira, a autoridade continuou a prestar as informações, sem que, no entanto, houvesse a previsão legal de apresentação de defesa judicial da pessoa jurídica a quem ela estivesse vinculada, que suportará os efeitos da decisão judicial.

Acentuou-se, então, o já acirrado debate acerca da legitimidade passiva no mandado de segurança e da natureza do ato processual praticado pela autoridade coatora. Seria ela a ré do *writ*, apresentando defesa sob a imprópria denominação de *informações*? Ou restringir-se-ia a apresentar a *motivação* do ato atacado, cabendo a defesa ao representante judicial da pessoa jurídica, que ocuparia o pólo passivo da relação processual?

## 6. A NOVA REDAÇÃO DO ART. 3º, DA LEI N.º 4.348/1964 E A DEFINIÇÃO DA LEGITIMIDADE PASSIVA NO MANDADO DE SEGURANÇA

Em 03 de julho de 1964, a Lei n.º 4.348 foi publicada no Diário Oficial da União, passando a regular o mandado de segurança de maneira complementar aos ditames da Lei n.º 1.533/51.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, o mencionado diploma legal foi criado com o intuito de “o Estado-poder” procurar “se organizar internamente diante de liminares proferidas em seu desfavor” (BUENO, 2002, p. 175):

Toda a Lei 4.348/64 é marcada de maneira exagerada pelo “fantasma” da liminar em mandado de segurança (...). Toda ela é pensada e sistematizada considerando a concessão de uma liminar. Daí negar eficácia liminar pelos motivos do art. 1º, *b*, e do art. 2º, prever casos de sua suspensão (art. 4º); negar a possibilidade de sua concessão (art. 5º) e negar até eficácia imediata à sentença que julga o mandado de segurança nos casos de seu art. 7º. Nesse contexto, o art. 3º também é marcado pelo receio da liminar em mandado de segurança. Tanto que o dispositivo parecer querer regular somente casos em que eventual liminar é concedida. Embora muito comum, nem sempre mandado de segurança e liminar convivem. Mesmo sem liminar, portanto, impõe-se a aplicação das regras contidas no dispositivo em foco (BUENO, 2002, p. 174-175).

Tanto é assim que todos os dispositivos originários do mencionado Diploma, exceto o art. 7º, versam sobre a concessão de liminar.

Não podemos olvidar, contudo, que, num contexto histórico-político, a Lei foi criada em atendimento aos interesses do regime totalitário que se implantara no País com o golpe de 1º de abril de 1964<sup>5</sup>. Sendo o *writ* uma garantia dos direitos individuais contra os abusos e ilegalidades perpetrados pelo próprio Estado, o diploma buscava limitar a eficácia da segurança, fosse ela provisória ou definitiva, além de responsabilizar os servidores, da Administração Pública ou do Judiciário, e magistrados que não a observassem, como estatui o seu art. 8º:

Art. 8º Aos magistrados, funcionários da administração pública e aos serventuários da Justiça que descumprirem os prazos mencionados nesta lei, aplicam-se e do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711, de 28/10/1952)

Neste sentido, a redação originária do art 3º determinava que, *concedida medida liminar, a autoridade coatora* deveria remeter, em 48 horas, cópia autenticada do mandado notificador, assim como indicações e elementos outros necessários

5. Há que se notar que a Constituição de 1937, também totalitária, não previa o mandado de segurança.

às providências a serem tomadas *para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder*, ao Ministério ou ao órgão a que se achasse subordinada e ao Procurador-Geral da República ou a quem competisse a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade à qual ela estivesse ligada:

Art. 3º As autoridades administrativas, no prazo de (48) quarenta e oito horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao Procurador-Geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

O dispositivo se encaixava perfeitamente ao contexto dogmático vigente à época. Regularmente, as informações sobre o ato atacado seriam apresentadas pela autoridade coatora, ao passo que ao Ministério Público competia manifestar-se em defesa da pessoa jurídica, e não só como *custos legis*. Além disso, em caso de concessão de liminar, caberia à autoridade, uma vez notificada, encaminhar cópia da notificação para aquele a quem coubesse a representação judicial da mencionada pessoa jurídica.

Embora o texto impusesse à autoridade a remessa administrativa da cópia da notificação somente quando fosse concedida medida liminar, autorizados juristas já se reuniam em torno da idéia de que, sendo a pessoa jurídica o sujeito passivo do *Writ*, o dever funcional da autoridade aplicava-se sempre que ela fosse notificada pelo Judiciário acerca do ajuizamento do Mandado de Segurança, fosse concedida, ou não, a liminar. E assim deveria ocorrer porque o próprio art. 3º dispunha que tal remessa visada a adoção das medidas judiciais cabíveis para a suspensão da medida e *para a defesa do ato* impugnado judicialmente.

Esta tese tornou-se ainda mais robusta com a vigência da ordem constitucional de 1988. Retirada a representação judicial da pessoa jurídica do rol de funções institucionais do Ministério Público, não haveria mais a previsão legal de defesa do ente público, senão através da interpretação do art. 3º, da Lei n.º 4.348/64.

Dizia a doutrina:

Não se deve deixar levar pela circunstância de o dispositivo em comento só se referir à atividade administrativa interna da autoridade a partir da “notificação da liminar”. A autoridade coatora só será notificada para dar cumprimento à liminar nos casos em que ela for concedida (Lei n. 1.533/51, art. 7º, II). Com ou sem liminar, entretanto, a autoridade coatora será notificada para prestar informações no prazo de dez dias (Lei n. 1.533/51, art. 7º, I). Em um ou em outro

caso, portanto, deverão as “autoridades competentes” encaminhar cópia do ofício (quer da liminar, quer da segunda via da impetração) para quem de direito, de acordo com a organização administrativa. Seja para preparar eventual pedido de suspensão da liminar (Lei n. 4.348/64, art. 4º), seja para “defender” o ato, isto é, secundar ou elaborar as próprias informações.

(...) Tanto o art. 3º da Lei n. 4.348/64 não cuida só da liminar, embora se preocupe muito com os casos em que ela é concedida, buscando criar condições de agilidade de comunicação interna, que ele reconhece, expressamente, que o encaminhamento administrativo da notificação recebida pela autoridade se dá não só para fins de ser providenciada eventual suspensão da liminar, mas, também, para a “defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo do poder”. Essa defesa só pode ser entendida como as informações que, no sistema da Lei n. 1.533/51, podem fazer as vezes *também* de verdadeira contestação (BUENO, 2002, p. 174-175).

Embora discordemos de que a “defesa só pode ser entendida como as informações” prestadas pela autoridade (e aí voltaríamos ao debate da natureza jurídica destas *informações* – que não é a nossa preocupação neste trabalho), resta demonstrado o entendimento de que, mesmo sem a concessão da liminar, deveria a autoridade notificar administrativamente o representante judicial da pessoa jurídica, para que fosse providenciada a defesa técnico-jurídica do ato.

Ocorre que, em 15 de julho de 2004, a Lei n.º 10.910 alterou o mencionado art. 3º, mudando completamente o horizonte inicial.

Eis a nova redação:

Art. 3º. Os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão intimados pessoalmente **pelo juiz**, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, **das decisões judiciais** em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópias dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e **defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder**. (grifou-se).

Primeiramente, porque o texto anterior determinava que a autoridade teria o dever de remeter a cópia do mandado notificatório à pessoa jurídica e ao seu representante judicial ordinário, ao passo que, após a reformulação, a imposição passou a se dirigir ao juiz.

Até 2004, a omissão da autoridade quanto à mencionada remessa não provocaria qualquer nulidade processual, mas somente a aplicação de sanção administrativa, civil e/ou criminal contra o ocupante do cargo, por não cumprir um seu dever funcional. Cuidava-se de ato administrativo, cujo descumprimento representava ofensa ao interesse da pessoa jurídica à que estava ligada a autoridade.

Com a superveniência da Lei n.º 10.910/2004, o dever passou a ser do magistrado. Tornou-se ato inerente ao processo. Tendo os atos do juiz natureza de poder-dever, a falta de intimação do representante judicial da pessoa jurídica eiva o processo de nulidade absoluta, por ofensa ao interesse público, e não só ao interesse da pessoa jurídica em nome de quem a autoridade pratica o ato guerreado.

O juiz não tem ônus. Tem o poder-dever de agir nos termos da lei, conduzindo o processo a seu final, respeitando a igualdade das partes e aplicando corretamente a lei material ao caso concreto (GRECO FILHO, 2003, p. 13).

Não resta outra interpretação, senão a de que voltou a ser obrigatória a intimação, no próprio processo, daquele que vai sofrer os efeitos da decisão judicial, seja ela liminar ou sentença.

Mas há que se indagar: a obrigatoriedade da intimação se refere à simples existência do *mandamus*, a qualquer decisão judicial ou somente à concessão liminar da segurança?

Como já expusemos acima, o debate já existia quando da vigência da antiga redação do comando legal.

Afastamos, de logo, a última hipótese. Dada a literalidade do dispositivo, que fala em “decisões judiciais”, não podemos entender que se refira somente à liminar.

Se o entendimento que passou a prevalecer após a promulgação da Constituição de 1988 era de que, mesmo sem a concessão da liminar, o representante judicial da pessoa jurídica deveria ser notificado (àquela época, pela autoridade apontada como coatora, através da remessa administrativa; agora, pelo próprio magistrado), para que fosse providenciada a defesa técnico-jurídica do ato, ele está reforçado com a nova dicção legal, vez que o dispositivo não fala somente em *concessão da medida liminar*, mas em *decisões judiciais*, locução cujo significado é bem mais amplo do que o anterior.

Além disso, o legislador manteve a finalidade da intimação, doravante realizada pelo magistrado: eventual suspensão da decisão e *defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder*.

Caminha o legislador, portanto, no sentido de prover à pessoa jurídica a oportunidade de defender-se no *mandamus* ajuizado em face de ato, ou omissão, considerado ilegal e/ou abusivo praticado por autoridade que componha os seus quadros, a ponto de tornar processualmente obrigatória a sua intimação para que presente defesa.

Todos estas circunstâncias, aliadas ao contexto histórico da legislação e aos fundamentos expostos no item 3, supra, demonstram que o sujeito passivo no mandado de segurança é a pessoa jurídica, que suportará os efeitos da sentença, e não a autoridade.

## 7. CONCLUSÃO

Como se expôs, a legitimidade passiva no mandado de segurança é tema realmente controvertido. A dificuldade que lhe é inerente decorre da necessidade de conciliar a sua função constitucional com a teoria geral do processo, dadas as especificidades tanto num prisma como no outro.

Além disso, é tema que está diretamente vinculado à perquirição da natureza jurídica das informações prestadas pela autoridade, e que apresenta repercussões práticas, a exemplo das conseqüências advindas da indicação errônea do agente coator no *mandamus*.

De um lado, há corrente doutrinária e jurisprudencial para a qual o sujeito passivo é a autoridade pública que praticou o ato ou omitiu-se de maneira ilegal ou abusiva (ou do particular que lhe faça as vezes, por delegação), ofendendo direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou por *habeas data*, tendo em vista que a finalidade do *writ* não é outra senão a de coibir os abusos ou a ilicitude perpetrada pelo Estado contra o cidadão.

Neste passo, a indicação equivocada do agente coator implicaria ilegitimidade passiva, provocando a extinção do processo sem exame do mérito, a teor do art. 267, VI, do CPC.

De outro lado, existe forte entendimento doutrinário e jurisprudencial que atribui a legitimidade passiva à pessoa jurídica de direito público, com espeque nos fundamentos de que (i) o ato acoimado de ilegal é da entidade pública, e não da autoridade; (ii) os efeitos do ato repercutem a relação jurídico-material existente entre o impetrante e a pessoa jurídica de direito público; (iii) a pessoa jurídica de direito público é quem tem capacidade de ser parte no nosso direito processual civil; e (iv) a condenação no processo judicial é contra a entidade de direito público.

Dos mencionados entendimentos decorrem outros dois: o de que a autoridade coatora teria apenas legitimidade formal, sendo representante da pessoa jurídica em caráter excepcional e o de que haveria um litisconsórcio necessário entre o agente coator e a pessoa aos quadros de quem ele está vinculado.

Para o estudo do tema, parece-nos fundamental uma análise histórica das funções institucionais do Ministério Público e a análise de sua intervenção no *writ*, aliada a um estudo retrospectivo do procedimento mandamental em si mesmo.

De um lado, ficou demonstrado que, tanto a Lei n.º 191/1936, como o Código de Processo Civil de 1939, sempre previram a citação da autoridade coatora, para que apresentasse informações, e a citação da pessoa jurídica de direito público, através de seu representante judicial ou legal, para que providenciasse a sua defesa.

Até que, em 1951, a Lei n.º 1.533/51 deixou de prever a citação da pessoa jurídica, referindo-se somente à notificação da autoridade coatora, com a posterior intervenção do Ministério Público.

Ocorre que àquela época e até a promulgação da Constituição de 1988, ao *Parquet* cabia não só a atuação como *custos legis*, mas também lhe tocava a função de representante judicial da Administração Pública.

Portanto, parece-nos que, historicamente, o legislador sempre previu um esquema lógico-procedimental em que a autoridade prestava informações e o representante judicial da pessoa jurídica apresentava a sua defesa.

O debate se acirrou com a entrada em vigor da atual ordem constitucional, que, vedando ao Ministério Público a representação judicial da Administração Pública, criou uma lacuna no procedimento.

Esta vaga vinha sendo corrigida através da interpretação dada pela doutrina ao art. 3º, da Lei n.º 4.348/64, que determinava que, uma vez concedida liminar no *mandamus*, a autoridade coatora deveria remeter, administrativamente, ao representante judicial da pessoa jurídica de direito público, a cópia da notificação recebida do Judiciário, para que fosse providenciada a suspensão da segurança, bem como a defesa do ato impugnado.

Existiam também entendimentos no sentido de que, independentemente da concessão da liminar, a autoridade deveria proceder a comunicação administrativa.

Ainda assim travavam-se debates acerca do tema.

Ocorre que a redação do mencionado dispositivo foi alterada pela Lei n.º 10.910/2004, que, agora, determina ao juiz que intime os representantes judiciais da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações, acerca das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, para a eventual suspensão da decisão, bem como para a defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

A referida comunicação, portanto, deixou de ser um ato administrativo, de atribuição da autoridade coatora e que nenhum prejuízo provocava ao procedimento mandamental, passando a integrá-lo e a ser de atribuição do magistrado.

Após a mudança, o desrespeito ao mencionado dispositivo provoca nulidade absoluta no mandado de segurança, tendo em vista que os atos do juiz têm natureza de poder-dever no sistema processual civil brasileiro.

Desta forma, a intimação da pessoa jurídica de direito público voltou a ser obrigatória, reforçando a tese de que é ela realmente quem ocupa o pólo passivo da relação processual, e não a autoridade apontada como coatora.

## 8. BIBLIOGRAFIA

AURÉLIO, Júlio e LOPES, Vianna. *Democracia e Cidadania: o novo Ministério Público Brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2000.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de Segurança – comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre Mandado de Segurança*. São Paulo, Saraiva, 2002.

BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*. São Paulo, Saraiva, 1989.

CALMON FILHO, Petrônio (org.). *Reformas legislativas – Constituição Federal; Código de Processo Civil; Código de Processo Penal*. In: Cadernos IBDP – Série Propostas Legislativas. Vol. 02. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Processual, Agosto de 2001.

CASTILHO, Ela Wiecko de. *O Ministério Público Federal e a Administração da Justiça no Brasil*. São Paulo, IDESP, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. *Mandado de segurança contra ato judicial nos Juizados Especiais Cíveis: competência*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4000>>. Acesso em: 17 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. *Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo*. Tese de doutoramento. São Paulo, Saraiva, 2005, no prelo.

FACCI, Lúcio Picanço. *Evolução Histórica do Mandado de Segurança*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto334.doc>>. Acesso em 17/07/2005.



GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 2. vol. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3. vol. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2003a.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Funções institucionais do Ministério Público*. Série Cadernos Informativos APMP. São Paulo, APMP, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo, Atlas, 2000.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1967.

\_\_\_\_\_. *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 8. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

*Revista Jurídica dos Formando em Direito da UFBA – Estudos em Homenagem ao Professor João Sento Sé*. Ano IV. Vol. VI. Salvador, UFBA, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13 ed. São Paulo, Malheiros, 1997.

SODRÉ, Eduardo Lima. *Breves considerações acerca da legitimidade passiva na ação mandamental*. In: *Revista Jurídica dos Formando em Direito da UFBA – Estudos em Homenagem ao Professor João Sento Sé*. Ano IV. Vol. VI. Salvador, UFBA, 1999. pp. 385-396.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança – plano de aula*. Inédito.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 3. vol. 34. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005.

TOURINHO, Arx da Costa. *O sujeito passivo no mandado de segurança e a quadratura processualística*. In: *Revista Jurídica dos Formando em Direito da UFBA – Estudos em Homenagem ao Professor João Sento Sé*. Ano IV. Vol. VI. Salvador, UFBA, 1999. pp. 47-60.

WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 3. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1968.





## V

# HERMENÊUTICA JURÍDICA: A LINGUAGEM COMO PRESSUPOSTO FUNDAMENTAL<sup>1</sup>

*Joseane Suzart Lopes da Silva*

Mestranda em Direito pela UFBA.

**RESUMO:** O presente trabalho versa sobre a importância da linguagem para a Hermenêutica Jurídica. Inicialmente, traça-se uma digressão sobre a evolução da hermenêutica, no plano geral, e no campo jurídico, transpondo-se, em seguida, para a elaboração de um esboço histórico sobre a linguagem. Com o objetivo de salientar a importância da linguagem para o ingresso no universo jurídico, expõem-se os aspectos principais da Teoria da Competência Comunicativa, elaborada por Jüngen Habermas. Após, ingressa-se no campo da linguagem como pressuposto fundamental para que a interpretação dos instrumentos normativos seja concretizada de forma produtiva e saudável, utilizando-se dos pressupostos da hermenêutica filosófica. A “pré-compreensão”, a “pertença mútua” e o “círculo hermenêutico”, expressões cunhadas do pensamento de Hans-Georg Gadamer, embasado em Heidegger, são conceitos fundamentais trabalhados, com o escopo de demonstrar a importância da intersubjetividade e, conseqüentemente, da linguagem para a compreensão jurídica. Valorizar a linguagem jurídica significa reconhecer que, ao interpretar os textos normativos, não se deve apegar ao seu teor literal, mas, sim analisá-lo sob o prisma dos seres humanos em sua existência real, o ser e o está (Dasein) numa realidade complexa, constituída por elementos diversificados.

**ABSTRACT:** The present work turns on the importance of the language for the Legal Hermeneutics.

Initially, a digression is traced on the evolution of the hermeneutics, in the general plan, and also, in the legal field, transposing, then, for the elaboration of a historical development of the language. In order to point out the importance of the language for the entrance in the legal universe, the main aspects of Jüngen Habermas's Theory of Communicative Action are exposed. After that, the field of language as the estimated basic to the productive and healthful interpretation of the normative instruments is analyzed, using the estimated ones of the philosophical hermeneutics. The “pre-comprehension”, the “mutual understanding” and the “hermeneutic circle”, characteristic expressions of Hans-Georg Gadamer's thought, based in Heidegger, are basic concepts worked, with the target to demonstrate the importance of the intersubjectivity and, consequently, of the language for the legal comprehension. To value the legal language means recognize that, when interpreting the normative texts, it shouldn't be attached to their literal aspect, but, analyze it under the prism of the human beings on their real existence, the “being and time” (Dasein) in a complex reality, constituted by diversified elements.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica; Direito; Linguagem; Ética.

**KEYWORDS:** Hermeneutic; Law; Language; Ethics.

1. Monografia apresentada ao Mestrado em Direito, da Universidade Federal da Bahia, na área de concentração em Direito Privado, como requisito para aprovação na Disciplina Hermenêutica Jurídica, sob a orientação dos Drs. Paulo Roberto Lyrio Pimenta e Saulo Casali Bahia.



**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 1.1. Digressão histórico-filosófica sobre a Hermenêutica Jurídica; 1.2. A Hermenêutica como compreensão de objetivos gerais; 2. A linguagem jurídica como instrumento fundamental para a Hermenêutica; 2.1. Escorço histórico sobre a linguagem; 2.2. A Teoria da Competência Comunicativa; 3. A importância da linguagem para a Hermenêutica Jurídica; 3.1. Hermenêutica Jurídica, Comunicação e Ética; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

### Consagração dogmática da lei

“... Os textos legislativos fornecem ao espírito fórmulas geralmente claras e precisas, cuja rigidez, impondo-se ao respeito do jurista, deve necessariamente deformar para ele o aspecto verdadeiro das coisas, não ousando sair fora dos textos, para compreender o mundo social em toda a sua extensão, em toda a sua complexidade e em todo o seu movimento, acontece-lhe procurar a origem única do direito, não na sociedade, organizando-se por si própria, mas na engrenagem do Estado, especialmente investido, com um monopólio teoricamente exclusivo, da alta missão de estabelecer as regras oficiais do direito consagrado.

Desta visão profissional das relações sociais, e, por assim dizer, duma ilusão de ótica, nasceu a concepção dogmática do direito e da lei...”. (CRUET, Jean. *Vida do Direito e a Inutilidade das Leis*. São Paulo: EDIJUR, 2003, p. 15).

## 1. INTRODUÇÃO

Conhecer o mundo, desvendar os mistérios da natureza e os diversos acontecimentos, enfim, pois, investigar, são empreendimentos que sempre encantaram e seduziram o homem no decorrer da sua existência e da evolução sócio-econômica, cultural e política demonstradas pelos períodos históricos que se sucedem.

Para se inteirar das coisas que os cercam, os seres humanos utilizam-se da sua inteligência, ou seja da sua racionalidade, mas a tarefa destes não se esgota na mera observação e constatação. Urge, pois, que os indivíduos penetrem no campo onde encontram-se situados, mediante uma interpretação dos elementos relativos ao que se predispõem apreender. Compreender torna-se, desta forma, uma atividade de essencial importância para que a humanidade possa desenvolver-se nos vários campos, pois, sem este procedimento, não seria possível adentrar, de forma mais aprofundada, na essência dos seres.

Dada a importância da interpretação para a concretização do conhecimento humano, iniciou-se o estudo desta atividade através do que se denomina Hermenêutica. Surge, assim, um ramo específico do conhecimento destinado a tratar da forma pela qual os indivíduos orientam o conhecer e o compreender dos eventos, quer naturais ou humanos, e os múltiplos entes que os rodeiam, tentando-se

analisar os critérios, métodos e técnicas disponíveis e os que poderão vir a se desenvolverem.

Inicialmente, a hermenêutica teve o seu florescimento na seara religiosa, constituindo-se um instrumento de conhecimento das escrituras sagradas e dos textos sobre estas redigidos. Necessitando-se empreender uma compreensão da Bíblia sob os auspícios da postura reformista, a hermenêutica ganha os seus impulsos iniciais, objetivando-se, principalmente, evitar os questionamentos dos teólogos tridentinos. Instaura-se, assim, a fase da “Nova Hermenêutica”<sup>2</sup>. Com o evoluir do período humanista, inicia-se a hermenêutica filológica como sustentáculo para um retorno à literatura clássica, redescobrimo-a. Nesta fase, a hermenêutica não era utilizada para a obtenção de uma universalização dos diversos ramos do conhecimento, ficando adstrita aos âmbitos religioso e filológico.

À medida que os homens foram organizando-se em termos sociais e econômicos, substituindo a vida nômade por uma convivência com os seus semelhantes, tornou-se imperioso o estabelecimento de regras que possibilitassem o relacionamento entre os mesmos, viabilizando a busca de paz e harmonia. A partir do momento em que normas foram sendo elaboradas, ainda que por via da oralidade, a interpretação tornou-se um instrumento fundamental para a identificação do verdadeiro teor daquelas. No universo jurídico, a hermenêutica ingressa como um telescópio a partir do qual seria possível desvendar o teor dos diversos corpos normativos que naquele figuram. Hodiernamente, na área jurídica, a importância da hermenêutica apresenta-se patente para o conhecimento e aplicação de todo e qualquer ramo do Direito. Interpretar bem as fontes jurídicas é algo de extrema importância, para que os conflitos, que nascem no seio da sociedade, possam ser solucionados de forma justa.

Almeja-se, com o presente trabalho, delinear, inicialmente, um breve esboço histórico-filosófico sobre a evolução da hermenêutica no âmbito do Direito, para, *a posteriori*, discutir-se qual o objeto que deverá lidar, indagando-se: No campo jurídico, interpreta-se a norma, a conduta humana ou a linguagem? Qual o papel da razão comunicativa na busca do sentido das normas? Sendo a linguagem o meio através do qual se estabelece o teor e o conteúdo das normas jurídicas, existem limites a esta tarefa? Com o intuito de tratar de um tema atual e que abala a estrutura do pensamento jurídico-hermenêutico tradicional, propõe-se, aqui, uma abordagem da linguagem como o verdadeiro “manto” por meio do qual os profissionais do Direito sempre estabeleceram contatos com o mundo jurídico, mas que a maioria destes jamais admitiu, reconheceu ou deu-se conta.

2. PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. São Paulo: Edições 70, 1996, p. 21.

### 1.1. Digressão histórico-filosófica sobre a Hermenêutica Jurídica

O conceito de interpretação e, *ipso facto*, de Hermenêutica, adquire um tom diversificado *pari passu* com a evolução histórica. O vocábulo teve o seu uso, originalmente, na obra aristotélica intitulada *Organon*, traduzida, em 1844, por Theodor Waitz, advindo do verbo *hermeneuein*, proveniente da língua grega e que significa ‘interpretar’, bem como do substantivo *hermeneia*, que equivale a ‘interpretação’. A palavra grega *hermeios* refere-se ao sacerdote **p**ertencente ao oráculo de Delfos, sendo concernente, assim como os mencionados termos, ao “deus-mensageiro-alado Hermes”. O Deus Hermes desempenharia uma “função de transmutação”, ou seja “transformar aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender”<sup>3</sup>.

Na Antiguidade, diversas escolas jurídicas trataram dos problemas de natureza hermenêutica. No mundo árabe, destacam-se a Escola Hanifita, a Malequita, a Chafeíta e a Hambalita, desenvolvidas, respectivamente, na Pérsia, na Espanha árabe (norte da África, mais precisamente, na Tunísia, Argélia, Marrocos e Alto Egito), África interior muçulmana e na Síria (alcançando-se, também, a Mesopotâmia e Arábia). As três primeiras Escolas apegavam-se à interpretação da lei, mas admitiam a equidade e a interpretação analógica. Entretanto, a Escola Hambalita defendia que a interpretação deveria caminhar jungida à letra da lei, repudiando o recurso à equidade.<sup>4</sup>

Examinando-se a época monárquica da antiga Roma, verifica-se que as normas jurídicas vão constituindo-se acompanhando a estruturação do Estado, sendo transmitidas às gerações por intermédio dos costumes. Na fase republicana, os Comícios Centurianos demonstravam interesse em organizar uma legislação escrita. Os magistrados romanos não poderiam elaborar leis, mas, ao aplicá-las, tinham a possibilidade de ‘ajudar, suprir, emendar o *ius civile*’<sup>5</sup>.

No evolver da Idade Média, incrementada após a invasão bárbara, com a releitura do *Corpus Juris Civilis*, intensifica-se uma interessante atividade de exegese, passando esta tarefa a identificar-se com o ato de interpretar. Os que exerciam a arte exegeta examinavam o teor das regras, das palavras que as compunham, objetivando alcançar o seu sentido, registrando-se os seus comentários em glosas marginais. Todavia, os exegetas, na condição de admiradores da obra romana antiga, não ousavam inovar na interpretação, nada acrescentando ao que

3. PALMER, Richard E. *Op. cit.* p. 23.

4. HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 31.

5. SCHNAID, David. *Filosofia do Direito e Interpretação*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2004, p. 281.

dispunham. Interpretar e aplicar o Direito resumiam-se à meta subsunção das situações concretas às normas jurídicas.

No século XVI, os estudiosos interessam-se pela Hermenêutica como um procedimento destinado à interpretação das Sagradas Escrituras, como se depreende da atuação de Mathias Flacius Illyricus.

Em 1756, a Hermenêutica impõe-se na condição de disciplina filosófica, quando Geor Friedrich Maier elabora uma obra, argumentando a sua importância na área da especulação. O Código Napoleônico, respeitado como uma grande e perfeita obra jurídica, resultante do Direito natural e da razão, não admitia, também, qualquer questionamento ou interpretação criativa. Competia, assim, ao intérprete encaixar os fatos à moldura das normas, sem quaisquer transformações. Em 1790, na França, o único órgão que dispunha da competência para interpretar as leis era a Assembléia Legislativa, sendo criado um Tribunal de Cassação que tinha o condão de declarar nulos os julgamentos que se desviassem do cumprimento da lei, nem sendo, para tal mister, necessário o exame do aspecto material da problemática<sup>6</sup>.

Antes do alvorecer do século XIX, diversas escolas trataram de problemas hermenêuticos, porém, apenas, em caráter incidental, de forma não tão aprofundada. A Escola dos Glosadores, também, denominada de Escola de Bolonha, fundada por Irnério, (séculos XI a XIII), versava sobre a interpretação gramatical do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, sem menção a quaisquer críticas. A Escola dos Comentaristas, ou dos Pós-Glosadores, Tradadistas, Escolásticos ou Bartolistas (século XIII a XV), teve como escopo adaptar o Direito Romano à nova realidade econômica e social da sociedade feudal. A Escola da Culta Jurisprudência, ou Escola Culta, ou Escola dos Humanistas (séculos XVI a XVIII) dedicou-se ao estudo do Direito Romano de forma erudita, transformando-o em direito histórico. A Escola dos Feudistas (século XVI), surgida na França, sob a direção de Charles Dumoulin, visou unificar o direito comum, liberando-o da influência feudal. Já a Escola Holandesa (sécs. XVII e XVIII), nascida nos Países Baixos, tinha por objetivo estudar o Direito Romano como direito histórico.<sup>7</sup>

No século XIX, grandes codificações foram edificadas. Na Áustria, vislumbra-se a instituída por José II, na Prússia, a encetada por Frederico II e, em 1683, termina sendo erigido o Código Dinarmaquês. A idéia de que o Direito encontra-se inserido, de forma completa, no corpo normativo, resulta, nesta

6. HERKENHOFF, João Baptista. *Op. cit.* p. 31.

7. *Op. cit.* p. 41

fase, do predomínio do pensamento racional que emerge em contradição com as concepções religiosas de outrora.

As reações contra o dogmatismo exegético surgem, ainda, no desenrolar daquele século. O Direito passa a ser visto não como um fim em si mesmo, mas, sim, na condição de um instrumento destinado a concretização de valores, havendo uma preocupação com os fins esculpido na lei e as conseqüências que, com a sua aplicação, poderão advir para a sociedade. Constata-se uma orientação teleológica e sociológica, tendo como precursores Ihering, na Alemanha, e François Geny, na França, sendo notável a influência das suas concepções no campo jurídico. Foram, então, constituindo-se Escolas, após tal matiz atribuído a interpretação do Direito<sup>8</sup>.

Tais escolas podem ser congregadas em dois grandes grupos: as de estrito legalismo ou dogmatismo e as de reação a este. No primeiro conjunto de pensadores, enquadram-se as Escolas da Exegese, dos Pandectistas e a Analítica da Jurisprudência, resultando do posicionamento asseverado pelo positivismo jurídico. No grupo questionador da postura exegética, vislumbram-se a Escola Histórica do Direito, desdobrando-se nas Escolas Histórico-Dogmática e Histórico-Evolutiva, e a Teleológica, como reações ao estrito legalismo ou dogmatismo pregados pelo pensamento positivista.

Com a evolução dos tempos, outras escolas foram se formando, com o escopo de implementar uma interpretação mais livre do Direito. Destacam-se as seguintes: Escola da Livre Pesquisa Científica, do Direito Livre, a Sociológica Americana, a da Jurisprudência de Interesses, a Realista Americana, a Ecológica e a Vitalista do Direito. Em consonância com a Escola da Livre Pesquisa Jurídica, tendo como corifeu, François Geny, a interpretação e a aplicação do Direito não deveria ficar adstrita a mera análise da lei, sendo necessária a investigação de outros campos, para a solução dos problemas. O lema da Escola do Direito Livre correspondia à defesa de que a aplicação do Direito deverá estar pautada em um posicionamento axiológico. A Escola Sociológica Americana argumentou que o Direito resulta do desenvolvimento dos fatos sociais e não de fórmulas eternas, não sendo fruto de uma simples lógica, mas, sim da experiência social. Primando pela investigação dos interesses em discussão nos litígios, a Escola da Jurisprudência dos Interesses afirma que a Hermenêutica não poderá ficar adstrita, apenas, à lógica. A crítica a uma justiça neutra, ou seja impessoal, e a defesa de que o juiz é um ser humano, que, ao decidir, coloca em prática, sua personalidade e idéias, corresponde ao

8. SCHNAID, David. *Op. cit.* p. 281.



cerne da Escola Realista Americana. Considerando que o objeto da interpretação jurídica é a conduta e não a norma, devendo, pois, o juiz voltar-se para os aspectos axiológicos das questões que estão sob o seu crivo de análise, a Escola Ecológica inova de forma intensa. A Escola Vitalista do Direito aduz que a função jurisdicional não pode ficar adstrita aos arcabouços legislativos, desapegando-se de uma avaliação lógico-formal do fenômeno jurídico, transpondo-se para a lógica do humano ou do razoável.

## 1.2. A Hermenêutica como compreensão de objetivos gerais

Percorrendo os meandros históricos, a Hermenêutica fora tratada de forma singular por determinados grupos de pensadores, identificando-se fases fundamentais pelas quais transitou e adquiriu conotação diversificada. Segundo Richard Palmer<sup>9</sup>, pode-se agrupar tais etapas em seis momentos: **teoria da exegese bíblica, metodologia filológica geral, ciência de toda a compreensão linguística, base metodológica dos *Geisteswissenschaften*, fenomenologia da existência e da compreensão existencial e sistemas de interpretação**, simultaneamente recolectivos e iconoclásticos.

Nas duas primeiras fases mencionadas acima, a Hermenêutica, ainda, manteve-se adstrita a tarefas específicas que não lhe possibilitaram uma expansão maior e nem viabilizou o uso da linguagem como instrumento fundamental para a sua realização. É com **Schleiermacher** que, reexaminando a hermenêutica como “**ciência’ ou ‘arte’ da compreensão**”, instaura-se uma profunda crítica à filologia, defendendo-a como “**conjunto de regras**”, “**sistematicamente coerente**”, uma “**ciência que descreve as condições da compreensão**”, a serem aplicadas em qualquer interpretação de texto. A hermenêutica seria, conseqüentemente, geral. Para Schleiermacher ‘**compreender significa, de princípio, entender-se uns aos outros**’. Isto significa que toda compreensão pressupõe um entendimento sobre determinada coisa ou algo, ocorrendo um verdadeiro acordo. A linguagem recebe o seu primeiro enfoque especial dentro do campo hermenêutico. Todavia, a nota essencial dos ensinamentos de Schleiermacher corresponde a interpretação psicológica, cujo objetivo primordial era ingressar na seara interna do autor do texto.

**Wilhelm Dilthey** entendia ser a hermenêutica a “**disciplina central**” a ser utilizada como sustentáculo de todas as *Geisteswissenschaften*, ou seja as disciplinas têm por enfoque principal a “**compreensão da arte, comportamento e escrita do homem**”. Nesta etapa, também, a linguagem não ocupa um espaço definido e de destaque para proporcionar o desenvolvimento da tarefa hermenêutica.

9. *Op. cit.* p. 43.

Tendo como ponto de partida o pensamento de **Martin Heidegger**, principalmente na sua principal obra *Ser e Tempo*, de 1927, a Hermenêutica pode ser vislumbrada como **fenomenologia do Daisen e da compreensão existencial**. Aquele, embasado no **método fenomenológico** de **Edmund Husserl**, considerado seu mentor, defende que a “**compreensão**” e a “**interpretação**” **“são modos fundantes da existência humana”**.

**Hans-Georg Gadamer**, adotando a mesma linha de pensamento de Heidegger, tratou da “**hermenêutica filosófica**” em sua obra *Wahrheit und Methode*, datada de 1960, versando, principalmente, sobre temas que foram criticados por **Emílio Betti**, na obra intitulada *Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, publicada em 1955. De fato, neste período, Gadamer, ao afirmar que “um ser que pode ser compreendido é linguagem”, contribuiu, de modo fundamental, para que a Hermenêutica iniciasse a sua fase lingüística<sup>10</sup>.

Em 1965, **Paul Ricoeur**, através da sua obra *De l'Interpretation*, define hermenêutica como “**a teoria das regras que governam uma exegese, quer dizer a interpretação de um determinado texto ou conjunto de sinais susceptíveis de serem considerados como textos**”<sup>11</sup>. Ricoeur, também, valoriza a linguagem como instrumento que viabiliza o entendimento e o desvendamento dos mitos e dos símbolos.

Nos dias atuais, as seis definições de hermenêutica tratadas nas linhas precedentes, ainda, existem, mesmo que relacionadas entre si e até mesmo “sobrepostas”. Entretanto, os posicionamentos tendem a se dividir em dois grupos fundamentais liderados, de um lado, por **Schleiermacher e Dilthey** e, no outro pólo, temos os seguidores de **Heidegger**. Os seguidores do primeiro grupo consideram a “**hermenêutica como um corpo geral de princípios metodológicos que subjazem à interpretação**”, enquanto o segundo a enxergam “**exploração filosófica das características e dos requisitos necessários a toda compreensão**.”<sup>12</sup>

A **hermenêutica filosófica** difere-se da **hermenêutica clássica**, uma vez que a primeira constitui “pura técnica de interpretação”, enquanto a segunda objetiva ‘dar sentido’ (*Sinngebung*) ao que tentamos compreender. O **pensamento gadameriano** corresponde ao vértice da hermenêutica filosófica, embasado na **autocompreensão do sujeito**, ou seja, na sua dimensão lingüística. A hermenêutica, pois, estaria vinculada à “totalidade de nosso acesso ao mundo” por meio da

10. PALMER, Richard E. *Op. cit.* p. 51

11. Idem, p. 52

12. Idem, p. 53

linguagem, que propicia o diálogo, em contraposição à **teoria do conhecimento** que coloca aquela em uma posição inferior. A “nova hermenêutica” objetiva tratar da **“totalidade do existente humano”** e da sua **“inserção no mundo”** e, para tal tarefa, deverá necessariamente lidar com o *“Dasein (ser-aí)”*. Desta forma, na tarefa hermenêutica, devemos ter a compreensão da “existência humana”, sua “finitude”, “mobilidade”, “projeção para o futuro”, ou seja, a sua “precariedade”.<sup>13</sup>

Hodiernamente, no campo hermenêutico-jurídico, a importância da linguagem é premente. Questionamentos anteriores sobre o objeto a que o intérprete deve direcionar o seus esforços, ou seja, se seria a norma jurídica em si ou a conduta humana, perdem o seu vigor diante da evolução do pensamento centrado no fenômeno lingüístico. Compreender o universo jurídico não pode consistir em algo isolado, preso ao que os instrumentos normativos informam, à mera subjetividade de quem tenta interpretar ou às idéias reveladas pelo autor. Prima-se pelo exame da linguagem jurídica e esta somente poderá ser apreendida levando-se em consideração a intersubjetividade, travada entre aqueles que se encontram a transitar em um campo determinado.

Dada a importância da linguagem como ponto essencial da Hermenêutica Filosófica e o reconhecimento de que, sem respeitá-la como fator essencial, a compreensão, entre os seres humanos, dificilmente, será obtida de forma sadia, urge que se elucubre sobre a mesma, inicialmente, acerca do seu desenvolvimento histórico, abordando-se sobre as principais teorias, para, após, delinear-se o seu contato com o mundo jurídico.

## **2. A LINGUAGEM COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL PARA A HERMENÊUTICA**

### **2.1. Escorço Histórico sobre a Linguagem**

No início da Filosofia, por meio da mitologia grega, não se observa o desenvolvimento de estudos sobre a linguagem e a preocupação do homem era com a sua auto-organização, o controle da natureza e não o intercâmbio com os demais<sup>14</sup>.

Do período clássico ao grego-romano, a linguagem fora tratada por meio de um **pensamento objetivista**, segundo o qual a sua tarefa **“consiste, pois, na expressão adequada da ordem objetiva das coisas”**.<sup>15</sup> A obra de Platão

13. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise (Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito)*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 175.

14. COTRIM, Gilberto. *Fundamentos da Filosofia*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.69.

15. OLIVEIRA, Manfredo. *Reviravolta Linguístico-Pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 19.

intitulada *Crátilo* constitui a estrutura do pensamento grego sobre a linguagem, versando sobre as duas teorias acerca da relação entre palavra e coisa. **Segundo a teoria convencionalista**, os significados das palavras eram alcançados por meio de **convenção** e **exercício**. Já, para a **teoria contrária**, havia uma coincidência normal entre palavra e coisa, que seria verificada por meio do conceito de **correção** (*ortotés*). Aristóteles, mesmo na condição de discípulo de Platão, rompeu com a ligação imediata entre palavra e coisa, tentando elaborar uma **teoria da significação**. Considerava o mesmo que há uma distância entre linguagem e ser, mas, ao contrário de Platão, entendia que os homens não conseguiriam ter acesso ao ser, sem a mediação lingüística. Enquanto Platão concebia que a linguagem constituía a mera reprodução do real, Aristóteles a entendia como um símbolo, que não manifestava o real, mas o significava, sendo, assim, um **instrumento convencional** e não **natural**, ou seja, seria uma forma estipulada pelos homens para significar os seres em geral. Apesar do posicionamento um pouco diferenciado de Platão, o Aristóteles que, de fato, influenciou o mundo ocidental foi o da concepção designativa da linguagem<sup>16</sup>.

O **pensamento cristão**, caracterizado pelos conflitos entre fé e razão, imprimiu um sentido diferenciado para a linguagem, sendo esta analisada, principalmente, pela **Escolástica**. A linguagem, ainda, permaneceu como um simples instrumento para a designação das coisas, sendo tratada como *verbum* que viabilizava uma verdadeira encarnação, ou seja, a unidade da palavra humana com a de “Deus-Pai-Filho”, dando origem ao *verbum dei*. Com Nicolau de Cusa, houve uma reunião do pensamento escolástico e os ensinamentos aristotélicos.

No bojo da Filosofia Moderna, iniciada pelos novos valores atribuídos à ciência, transpondo-se, após, para o **empirismo** e o **iluminismo**, verifica-se que a razão e a linguagem adquirem uma conotação diferenciada em repúdio à supervalorização da fé cristã (teocentrismo), o homem é visto como centro do universo (antropocentrismo). Immanuel Kant não assinalou à linguagem uma função específica nos processos de conhecimento, a não ser como instrumento de designação de tais processos, apresentando um caráter subsidiário. Contudo, a linguagem, ao menos na etapa inicial da filosofia moderna, ainda, continua num segundo plano e adstrita ao individualismo.

Até o século XVIII e princípios do XIX, vislumbra-se a inexistência de uma visão unitária e originária sobre a linguagem. O início da concepção orgânica da linguagem iniciou-se com Giambattista Vico, sendo desenvolvida por Johann

16. Idem, p. 33.

Georg Hamann, John Gottfried Herder e Wilhelm von Humboldt, na condição de precursores do rompimento com o paradigma instituído pela filosofia da consciência, cujo estandarte era considerar a linguagem como um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-lingüísticos. A linguagem passa a exercer um papel constitutivo na nossa relação com o mundo. Para W. Humboldt, considerado o pai da moderna filosofia da linguagem, não era somente uma das qualidades/instrumento que possui o homem para estar no mundo, senão que para está no mundo, decorre da sua condição lingüística.

Na primeira fase da chamada Filosofia contemporânea, constituída pelo romantismo, idealismo e positivismo, a linguagem, também, não fora analisada como instrumento diferenciado. No século XX, através da segunda fase daquela Filosofia, a linguagem passou a ocupar o centro do pensamento filosófico, deixando de ser um objeto para ocupar a ‘esfera de fundamentos’ de todo e qualquer pensar. Isto significa afirmar que seria impossível tratar de qualquer questão no campo da filosofia sem se ater à linguagem, ou seja “não existe mundo que não seja exprimível na linguagem”<sup>17</sup>.

Denominada de **reviravolta lingüística**, o novo tratamento dado à linguagem pode ser analisado sob o exame de três períodos <sup>18</sup>:

a) **Neopositivismo lógico ou empirismo lógico**. Iniciado na década de 20, através da atuação do Círculo de Viena, integrado, principalmente, por Schlick, Carnap, Nagel, Morris, Quine, Pierce, Frege e Wittgenstein, através da sua primeira obra denominada *Tractatus lógico-philosophicus*, apresentava como meta tratar do rigor discursivo como o paradigma da ciência. Estruturou-se, assim, a filosofia analítica do início do século XX, que, a despeito de considerar a importância da linguagem para o conhecimento do mundo, concentrou-se na consideração das qualidades sintáticas e semânticas das expressões lingüísticas, não avançando para considerá-la como um instrumento fundamental para o homem. No campo do Direito, neste período, resultando da importância dada ao pensamento lógico, desenvolveram-se o **normativismo** de **Hans Kelsen** e o **realismo** de **Alf Ross**. Valorizava-se a análise semântica dos textos jurídicos e a obtenção dos significados destes dar-se-ia no âmbito do próprio sistema. Os resultados podem ser considerados produtivos para as ciências exatas, mas não para as humanas.

b) A segunda fase inicia-se com a obra *Investigações Filosóficas*, publicada em 1953, de Wittgenstein. A linguagem deixou de ser instrumento para a transmissão

17. MANFREDO, Oliveira. *Op. cit.* p. 67.

18. STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.* p. 120.

do conhecimento, sendo fundamental para a constituição deste. A linguagem não teria, apenas, uma função meramente designativa, mas uma **meta a cumprir nas relações intersubjetivas**. Wittgenstein empreendeu o que se denomina de **Pragmática Analítica**, criticando a tradição filosófica ocidental da linguagem, segundo a qual, conforme já abordado, a linguagem seria um **instrumento secundário** do conhecimento humano, em que as palavras somente têm sentido na medida em que há objetos que elas designam. A tradição filosófica concebia a linguagem como algo **subjetivista e individualista**, já que as convenções e as regras lingüísticas eram dados que resultam da intuição do sujeito e não de um processo de socialização. O referido multicitado filósofo termina por situar o homem e seu conhecimento no processo de relacionamento social, primando pela consideração da interação entre ação, linguagem e práxis humana, ressaltando o papel da comunidade na constituição do conhecimento e da linguagem humana.

c) Na terceira frente, há o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária, destinando-se a tratar da dimensão pragmática do discurso. Duas grandes correntes surgem, sendo uma guiada pelas idéias de Wittgenstein, tendo Malcom e Waismann como seguidores, e a Escola de Oxford, com a presença de Ryle, Austin, Strawson, Hart e Hare. As discussões metodológicas gerais cedem espaço para o desenvolvimento da ciência lingüística. A reflexão sobre a linguagem, iniciada por Wittgenstein, fora aprofundada pela Escola de Oxford, elaborando-se uma ‘teoria dos atos da fala’ (Austin), na qualidade de unidades pragmáticas. As diferentes fases que constituem a linguagem, na condição de ação humana, foram tratadas por Austin.

A **Reviravolta Hermenêutica da Ontologia** iniciou-se com **Hans Georg Gadamer**, desenvolvida por **Karl Otto Apel**, com a sua **pragmática transcendental**, e por **Jürgen Habermas**, através da **pragmática universal** e da **teoria da ação comunicativa**. Para Apel, o pensamento ocidental encontra-se estigmatizado pelo solipsismo epistemológico, segundo o qual o desenvolvimento do pensamento ocorre de forma interiorizada, sendo exposto, a seguir, de forma já criada. A linguagem seria, desta forma, um *ato privado*, e, apenas, o seu uso realizar-se-ia de modo *intersubjetivo* e a comunidade não desempenharia nenhuma função na sua constituição. Os homens são concebidos como unidades que entram em comunicação com outras unidades isoladas e a eles semelhantes. A **Escola de Frankfurt**, constituída por um grupo de pensadores alemães, dentre os quais Theodor Adorno, Max Horkheimer, Walter Benjamin, Hebert Marcuse, Erich Fromm e Jürgen Habermas, contribuiu para a difusão do giro lingüístico.

A viragem lingüística da filosofia e o rompimento com a metafísica teve, também, o contributo de **Humberto Eco** e **Richard Rorty**, referindo-se este

último ao *linguistic turn* – fenômeno pelo qual os filósofos passaram a tratar do tema da linguagem em substituição à experiência. O **movimento antimetafísico/antiessencialista** pode ser identificado no **existencialismo, desconstrucionismo (Derrida), holismo, pragmatismo, pós-estruturalismo (Foucault), pós-modernismo e hermenêutica**, tendo como embasamentos os lemas: ‘tudo é uma questão de construção social’ e ‘toda apreensão é uma questão lingüística’<sup>19</sup>

Observa-se que, no campo jurídico, o desenvolvimento da semiótica apresenta-se recente. Apesar das importantes contribuições trazidas pelo pensamento de Saussure e Peirce, somente na década de 40, com o pensamento de Felix Oppenheim, resultando na publicação de “*Outline of a Logical Analysis of Law*”, a semiótica ingressa no âmbito do Direito, passando este a ser tratado como “fenômeno social”. A semiótica jurídica prega que, para a análise da validade dos enunciados jurídicos, não se deve averiguar apenas os aspectos semântico e sintático, mas, sim alcançar o espectro pragmático. **J. Greimas** e um grupo de pesquisadores, liderados por E. Landowski, analisaram o discurso jurídico legislativo sob o prisma semiótico.

No Brasil, vislumbra-se o desenvolvimento da semiótica jurídica por determinados jusfilósofos, dentre estes **Lourival Vilanova** (influenciado por **Miguel Reale**), **Paulo de Barros Carvalho**, **Tércio Sampaio Ferraz Jr.** e **Luís Alberto Warat**.

Observam-se os seguintes pressupostos de acordo com a análise inicial da semiótica jurídica:

- a) o Direito é considerado como uma linguagem de signo lingüístico ou não;
- b) a linguagem a ser apreciada constitui a “classe dos enunciados” a serem examinados;
- c) a ciência do Direito corresponde às proposições sobre o enunciado jurídico<sup>20</sup>.

Ao tratar da linguagem, **Lenio Streck**<sup>21</sup> assevera que:

- a) O conhecimento ocorre na linguagem. Qualquer discurso científico possui em comum com os demais a sua natureza lingüística;

19. Idem, p. 158.

20. STRECK, Lenio. *Op. cit.* p. 170

21. Idem, p. 171.

- b) é na linguagem que há a surgência do mundo. É na linguagem que o mundo se desvela. Pela linguagem o mundo nos aparece e se dá enquanto mundo. Está-se, pois, longe das posições nominalistas, nas quais pensar em linguagem era só questão de palavras. Não é que o mundo esteja atrás na linguagem, mas, sim, que está *na linguagem*. (...);
- c) é na linguagem que o sujeito surge-aparece-ocorre: como o sujeito que fala, como sujeito da enunciação, e como sujeito que entende a linguagem dos outros;
- d) é na linguagem que ocorre a ação. Não só a linguagem tem vocação representativa, declarativa ou constativa; também existe a vocação realizativa da linguagem, que conecta a linguagem com a prática, assim como com as práticas e os interesses com a linguagem;
- e) é na linguagem que se dá o sentido. O sentido do que há, em primeiro lugar, porque a linguagem tem necessariamente um componente significativo para uma comunidade de usuários e sem ela não funciona; em segundo lugar, porque a linguagem pode criar novos mundos na medida em que abre novos caminhos ao sentido. Nomear, adjetivar é, em certo sentido, criar.”

Dada a importância da linguagem para a apreensão e a interpretação do fenômeno jurídico, a análise, ainda que perfunctória, da teoria da competência comunicativa torna-se interessante.

## 2.2. A Teoria da Competência Comunicativa

Considerando a razão como uma categoria fundamental para o conhecimento humano e a linguagem o instrumento principal para colocá-la em prática, posto que o homem, mesmo sendo um ser inteligente, caso vivesse isolado e não se comunicasse com os outros, não empreenderia tantas descobertas e realizações, Habermas questiona os fundamentos do pensamento filosófico tradicional, dando-lhe uma interpretação distinta.

Dada a importância da linguagem para o conhecimento do mundo pelo homem, sendo denominada, inclusive, como o *medium* por meio do qual ele certifica-se de algo, Habermas aduz que a “**filosofia da consciência**” deverá ser substituída pela “**filosofia lingüística**”, rompendo-se com aquela, visto que se vincula ao modelo de conhecimento orientado na percepção e na representação de objetos.

Dentro da perspectiva da filosofia lingüística, os indivíduos, para a devida compreensão do mundo que os cerca, não poderão ficar limitados a uma **análise**



**formal das frases**, conforme defendido pelo **semanticismo**, sendo fundamental a consideração do **uso que se faz da linguagem**, ou seja, sua **pragmática**, isto é a relação que se estabelece entre falantes e ouvintes, no momento que se comunicam sobre algo no mundo. Enquanto a semântica tradicional limitava-se à análise da relação entre sentença (linguagem) e estado-de-coisas (mundo), a pragmática apoia-se em uma **tríade: linguagem, participantes e mundo**, fazendo com que a relação entre sujeito e objeto, antes, notadamente, **monológica e solitária**, venha a tornar-se **dialógica e intersubjetiva**<sup>22</sup>. Em contraposição ao pensamento objetivista, a linguagem não poderá mais ser considerada como “um conjunto amorfo de nomes isolados para a designação de coisas, qualidades, diferenças, relações, etc, mas uma estrutura com a qual podemos formar uma infinidade de frases”<sup>23</sup>

A razão não é mais considerada como algo absoluto, que predomina de forma subjetiva e que se apresenta como um fator pronto e acabado. Há a substituição da “**racionalidade substancial**” pela “**racionalidade procedurística**”. Os caracteres clássicos da razão são substituídos pela **finitude, temporalidade e historicidade**. Habermas defende a “**destranscendentalização**” dos aspectos tradicionais inerentes à razão por meio da **intersubjetividade**<sup>24</sup>.

Na sua obra *O Discurso Filosófico da Modernidade*<sup>25</sup>, aduz Habermas:

Se pudermos pressupor por um momento o modelo da ação orientada ao entendimento, que desenvolvi em um outro estudo, deixa de ser privilegiada aquela atitude objetivante em que o sujeito cognoscente se dirige a si mesmo como a entidades no mundo. Ao contrário, no paradigma do entendimento recíproco é fundamental a atitude performativa dos participantes da interação que coordenam seus planos de ação ao se entenderem entre si sobre algo no mundo. O ego ao realizar um ato de fala, e o álter ao tomar posição sobre este, contraem uma relação interpessoal. Esta é estruturada pelo sistema de perspectivas de falantes, ouvintes e presentes não participantes no momento. [...]

O **conceito de verdade**, também, veio a ser trabalhado, passando aquela a ser vista não mais como uma adequação do pensamento à realidade, resultando, portanto, da ação comunicativa. A verdade deixa de possuir uma natureza **subjetiva**, para caracterizar-se como **intersubjetiva**, orientada por determinadas regras, dentre a quais a **não-contradição**, a **clareza de argumentação** e a **falta de constrangimento**.

22. ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e Teoria Social Crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 28.

23. MANFREDO, Oliveira de Araújo. *Op. cit.* p. 87.

24. *Idem*, p. 415.

25. São Paulo: Martins Fontes, p. 414.

A hermenêutica, de acordo com a concepção de Habermas, constitui a “**capacidade’ que adquirimos na medida em que aprendemos a ‘dominar’ uma linguagem natural**”, constituindo-se, pois, na “**arte de compreender o sentido comunicável em termos lingüísticos e torná-lo compreensível nos casos de comunicação distorcida**”<sup>26</sup>.

Valorizando a linguagem como o cerne da sua teoria, Habermas desenvolve a **Teoria da Competência Comunicativa** fundamentada em posicionamentos de Chomsky. A **competência** seria a capacidade humana de dominar um sistema abstrato de regras que geram a linguagem, mas, ter-se-ia, em cada situação, a incidência de **condições concretas**. Habermas, porém, não se atém tão-somente a estes dois aspectos, diferenciando **sentenças** de **proferimentos**, sendo que aquelas estariam situadas no campo das unidades lingüísticas, enquanto estes seriam unidades pragmáticas da fala.

A linguagem pode ser submetida a um **uso analítico e pragmático**. Na primeira hipótese, objetiva-se alcançar o entendimento sobre um objeto, enquanto, na segunda, a análise de um dado objeto servirá para compreender-se o uso de uma sentença. Por exemplo, quando se afirma que “aquela cadeira é preta”, estar-se usando a linguagem de modo analítico. Já, na medida em que se trata das características daquela cadeira para compreender a forma pela qual esta fora produzida, objetiva-se entender alguma afirmação sobre os processos pelos quais os materiais humanos foram submetidos para a sua confecção.

Para o pensamento habermasiano, no ato da fala, o mais importante é o **enfoque performativo**. Isto significa afirmar que, na medida em que um indivíduo comunica-se com outro, faz uso de pronomes pessoais, onde o seu *ego* defronta-se com outro, na forma de *alter ego*, apresentando características diferenciadas, buscando-se um determinar a veracidade do seu posicionamento diante do outro, visando um entendimento. Pode haver uma concordância ou discordância entre os sujeitos e é, exatamente, esta tentativa de alcance de um entendimento que, para Habermas, constitui o *telos* inerente à fala humana, ou seja o ato-de-fala de uma pessoa somente tem sucesso quando a outra o aceita.

Habermas, entretanto, salienta que os atos-de-fala podem ser utilizados para a obtenção de um entendimento de acordo com os interesses das partes, mas, também pode haver um **uso parasitário** dos mesmos pelo qual o objetivo não é o consenso, mas, sim uma indução do outro (a ideologia consiste na “**limitação sistemática da comunicação formadora do consenso**”)<sup>27</sup>. O **modo original**

26. HABERMAS, Jürgen. *A Pretensão da Hermenêutica à Universalidade*. P. 262

27. *Op. cit.* p. 285.

do uso da linguagem seria a busca do entendimento, constituindo-se os demais **formas derivativas**. Para a averiguação da verdade de uma sentença, Habermas desenvolveu a “**teoria consensual da verdade**” baseada na intersubjetividade, ou seja, para afirmar que a denotação de uma sentença como verdadeira pressupõe-se que os outros, também, a encaram desta maneira, devendo haver, assim, um acordo potencial entre quem pretende captar a veracidade e os outros. A racionalidade humana não estaria vinculada, apenas, ao próprio pensar, mas, sim ao dos demais. O consenso, então, sobre determinada proposição não será obtido mediante um “fenômeno empírico” e nem por meio da “pura construção do espírito”.

Para demonstrar sua tese de que o modo original da linguagem é o uso comunicativo, Habermas utiliza-se da distinção de **Austin** entre atos **locucionários**, **ilocucionários** e **perlocucionários**. Os primeiros seriam aqueles caracterizados pelo fato do falante dizer algo ou expressar um estado-de-coisas, como, v.g. “Esta sala é pouco iluminada”. Por meio dos atos ilocucionários, o falante realiza uma ação enquanto diz algo; corresponderia, por exemplo, ao fato de quando se afirma que esta sala é pouco iluminada, alguém se direciona para o interruptor e tenta acender uma outra lâmpada que não funciona. Já por meio dos atos perlocucionários, o falante, ao falar, produz algo no mundo, ou seja, fazendo uso deste exemplo, ao fazer referência sobre a má iluminação desta sala, alguém poderia fazer com que os outros desenvolvessem uma atitude crítica quanto ao tratamento que certa entidade tem dado aos seus aspectos físicos, conduzindo aqueles a pensarem em questionar tal situação. Para Habermas, o **modo original** da linguagem realiza-se por meio dos atos **ilocucionários**, visto que estes não têm o condão de provocar um efeito direto nos outros, mas, sim a busca de um entendimento.

Há a distinção de duas **formas de comunicação: a ação comunicativa ordinária** e o **discurso**. Na ação comunicativa, os participantes tentam transmitir informações, como ocorre, por exemplo, num diálogo entre profissionais de uma determinada área sobre um assunto trabalhado. Já o **discurso** não pressupõe a troca de informações e, nele, há uma problemática quanto a pretensão de validade de determinados aspectos. Veja-se, v.g., a forma como os políticos argumentam as suas idéias. A teoria da racionalidade habermasiana está intimamente ligada a uma **prática da argumentação**, porque esta permite continuar a ação comunicativa, quando há desacordo e as práticas comunicativas rotineiras não permitem chegar a um consenso. Significa asseverar que, quando pelas **práticas convencionais de atividade comunicativa corriqueira**, não se obtém um consenso, deve-se partir para a argumentação e não para o uso da força ou coerção. A argumentação consiste em um discurso em que os participantes tratam dos posicionamentos sem fazer uso de procedimentos coercitivos. Daí a importância da argumentação na tentativa legítima de obtenção de consenso.

Face ao quanto exposto *supra*, além da função **assertórica ou cognitiva** de representar um estado-de-coisas que poderá ser realizada pela linguagem, esta, também, poderá desempenhar uma **função apelativa**, pela qual dirigimos solicitações aos destinatários, podendo ser desmembrada na função **regulativa** ou **imperativa**, ou, ainda, **expressiva**, através da qual o falante externa as suas experiências de vida. Desta forma, os atos-de-fala correspondentes a tais funções são classificados, respectivamente, como **constatativos, regulativos** (as perlocuções e imperativos) e **expressivos**.

Habermas cria o conceito de “mundo da vida” em virtude de considerar que a linguagem não pode serve somente para a construção de **frases assertóricas** ou **representativas** de estados-de-coisas que acontecem no mundo, apresentando uma função muito mais ampla. A linguagem possibilita aos indivíduos fazerem uso de **sentenças apelativas**, visando dirigir solicitações a destinatários, e **sentenças expressivas**, através das quais os falantes tentam tornar conhecidas as suas experiências pessoais. Ora, a restrição do conceito de mundo, meramente, a sua estrutura ontológica, seria desconsiderar as suas nuances como mundo social e subjetivo, através dos quais, respectivamente, as pessoas dirigem-se às demais e expõem as suas experiências pessoais<sup>28</sup>. O conceito de “mundo da vida” não constitui algo que possa ser averiguado em caráter empírico, paupável, sensível, correspondendo a algo “meramente suposto”. Intuí-se tal mundo como uma totalidade composta por entidades que somente torna-se concebível pelas estruturas que o compõem, quais sejam: **cultura, sociedade e personalidade**.

Assim, Habermas desenvolve o que se denomina de “**pragmática universal**”, programa de pesquisa que pretende reconstruir a base de validade universal da fala com fundamento em uma “situação ideal”, ou seja aquela em que dois sujeitos, que visam manter entre si uma comunicação sobre algo, buscando um consenso sobre a verdade, não agem um contra o outro com base em corrupção (bloqueio). Desta maneira, prima-se, no bojo da teoria habermasiana, pela adoção de uma “ação comunicativa pura”, onde os valores de “verdade, liberdade e justiça” estejam presentes.

### 3. A IMPORTÂNCIA DA LINGUAGEM PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA

O fenômeno jurídico, no decorrer da vigência da concepção metafísica, era apreendido através de um raciocínio intuitivo que buscava desvendar um

28. Na obra *Consciência Moral e Agir Comunicativo*, Habermas aduz que “(...) O mundo-da-vida é, por assim dizer, o lugar transcendental onde se encontram falantes e ouvintes, onde podem erguer reciprocamente pretensões de que suas asserções se adequam ao mundo (objetivo, social, ou subjetivo) e onde eles podem criticar e confirmar essas pretensões de validade, acertar seus desacordos e chegar a acordos. (...)”

**significado único**, dando origem a uma **teoria objetivadora e entificante do ser**, estigmatizada pelo predomínio da subjetividade do intérprete e a tentativa de acesso ao autor. O modelo anterior de interpretação do Direito apresentava-se sob a forma **objetivista e reprodutiva**, almejando-se o exame de “conceitos ensimesmados das palavras da lei”<sup>29</sup>.

A Semiótica, através da sua estrutura pragmática, e a hermenêutica filosófica, por meio de Gadamer, são consideradas as bandeiras levantadas contra o pensamento jurídico-tradicional. A importância da linguagem torna-se premente para o questionamento da concepção dogmática-jurídica.<sup>30</sup> Manfredo Araújo Oliveira, na obra *Reviravolta Linguístico-Pragmática*<sup>31</sup> adverte que a linguagem tornou-se, em nosso século, a questão central da filosofia.

A presença da linguagem no emaranhado de relações travadas pelos homens é destacada por Humberto Maturana<sup>32</sup>, ao esculpir a observação abaixo:

A linguagem é um modo de viver juntos num fluir de comportamentos, e é como tal um domínio de coordenações de ações. Assim, tudo o que nós seres humanos fazemos, nós fazemos na linguagem. Então, os objetos surgem na linguagem como modos de coordenação de nossos afazeres na linguagem; os diferentes mundos que vivemos surgem na linguagem como diferentes domínios de afazeres nas coordenações de nossos afazeres na linguagem [...]

De acordo com as idéias desenvolvidas por Heidegger, a hermenêutica não mais seria normativa e sim filosófica, sendo a compreensão considerada como “estrutura ontológica do *Dasein* (ser-aí ou presença)”. A idéia de representação das coisas, fatos e fenômenos que cercam os indivíduos, não pode mais subsistir face ao *Dasein*, já que nele se estabelece uma “**relação circular entre afecção e compreensão**”, valorizando-se a temporalidade. A verdade apresenta-se como “dês-velamento”, “desocultação”, possibilitando o conhecimento do ente, ou seja, a sua revelação em face de uma “clareira”.<sup>33</sup> Para a apreensão dos seres

29. STRECK, Lenio Luiz., p. 198.

30. **Lourival Vilanova**, em *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 65, “O direito é um fato cultural, um de cujos componentes é a linguagem. A linguagem jurídica é o suporte material das formas. Mas a expressão linguagem jurídica é ambígua. Refere-se a dois níveis de linguagem: a do direito positivo e a da Ciência-do-Direito que tem o direito positivo com o objeto de conhecimento (dogmático).”

31. São Paulo: Loyola, 1996, p. 11

32. *Cognição, Ciência e Vida Cotidiana*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001, p. 20.

33. HEIDEGGER, na obra *SER E TEMPO* trabalha com as noções de distanciamento e direcionamento. O distanciamento não significa afastar os seres do nosso encontro, mas, *a contrario sensu*, aproximá-lo da nossa visão, dos nossos sentidos, enfim, do nosso conhecimento. É afastar as obscuridades que o acompanham para a devida compreensão. Já o direcionamento pode ser definido como a sentido a ser percorrido pelo ser para que possa ser distanciado e, portanto, apreendido.

que compõem os entes, a linguagem, necessariamente, apresentar-se-ia como pressuposto essencial.

Heidegger, em *A Caminho da Linguagem*<sup>34</sup> afirma que:

Para sermos o que somos, nós humanos permanecemos entregues ao vigor da linguagem, sem dele nunca podermos sair de maneira que pudéssemos vislumbrar esse vigor sob um outro prisma. E é por isso que só vislumbramos o vigor da linguagem à medida que a linguagem nos olha, nos guarda e de nós se apropria. O conceito tradicional de saber como representação não nos possibilita saber nada sobre o vigor da linguagem. Isso não é, contudo, de maneira alguma uma privação, sendo, ao contrário, o que favorece um âmbito privilegiado no qual nós, recomendados para a fala da linguagem, habitamos como *mortais*.

Tendo a hermenêutica jurídica como objeto o exame da linguagem contida nos textos normativos, esta não poderia ser captada como algo abstrato, isolado e subjetivo, mas, sim dentro da esfera da estrutura do próprio indivíduo interessado em compreender e os dos demais que o circundam, revelando uma necessária intersubjetividade. A compreensão somente será possível caso o homem seja um “ser-no-mundo” e, para ingressar neste, deve-se ter acesso à linguagem, considerada como “a casa do ser”<sup>35</sup>. Para Heidegger, na compreensão, há o que se denomina de “pertença mútua”, que significa o envolvimento entre aquilo que é apresentado aos indivíduos e o que se pretende interpretar. Inexiste compreensão ou interpretação que não seja marcada por essa “totalidade dessa estrutura existencial”, ainda que o interprete almeje uma leitura superficial.

Seguindo a linha do raciocínio heideggeriano, embasado na importância do homem, não na sua individualidade, mas, sim no contato com o mundo que o cerca e os seus semelhantes, afirma **Emanuel Carneiro Leão**<sup>36</sup>:

Já não vivemos o tempo individual do eu. Vivemos o tempo social dos eus. Está de moda a comunidade e o comunitário. Por toda a parte se descobre sempre mais a voga do social e da sociedade. O objetivo de um fazer já não se determina em nível de consciência pela singularidade de um eu – seria idealismo, subjetivismo e individualismo capitalista-burguês – mas se sobredetermina em nível de estrutura inconsciente pela pluralidade de muitos eus, para ser materialismo, objetivismo e socialismo científico-progressista. Assim não é a partir das necessidades de eu, mas das necessidades sociais da história, da humanidade, do mundo, dos sistemas de produção que se há de determinar o objetivo de uma investigação.

A assertiva gadameriana ‘ser que pode ser compreendido é linguagem’ significa afirmar que quem não dispõe da linguagem ou a possibilidade de nomear algo, não

34. São Paulo: Vozes, 2003, p. 214.

35. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*, p. 178.

36. *Aprendendo a Pensar*, vol. II. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2000, p. 165.

poderá acessá-lo, uma vez que não tem condições de compreendê-lo. Tudo deverá ser simbolizado pela linguagem, determinando esta a compreensão e o objeto hermenêutico<sup>37</sup>, já que, para Gadamer, não há interpretação sem relação social. A Hermenêutica deve, necessariamente, lidar com o fenômeno da linguagem, uma vez que, por meio desta, há uma “revelação *do* íntimo do ser humano e também desvendamento *no* íntimo do ser humano”. Pela linguagem, o homem consegue unir-se ao mundo e aos semelhantes<sup>38</sup>. Assim, o mesmo elucubra que:<sup>39</sup>

Graças à sua lingüisticidade, toda interpretação contém igualmente uma possível referência aos outros. Não existe fala que não envolva, simultaneamente, aquele que fala e o seu interlocutor. E isso também vale para o processo hermenêutico.

Na medida em que a Hermenêutica Jurídica não deve ter como finalidade precípua a descoberta da opinião ou intenção do autor, partindo-se para uma avaliação da linguagem em si contida no instrumento normativo, o intérprete deve voltar-se para uma compreensão existencial, calcada nos aspectos sociais, econômicos, históricos, políticos e culturais, ou seja na tradição como um todo<sup>40</sup>. Para **Ernildo Stein**, há uma diferença fundamental em interpretar um texto como algo independente de complementação e de avaliação crítica e examiná-lo sob o prisma lingüístico<sup>41</sup>:

Uma coisa é estabelecer uma páxis de interpretação opaca como princípio e outra coisa, bem diferente, é inserir a interpretação num contexto, ou de caráter existencial, ou com características do acontecer da tradição na história do ser, onde interpretar permite ser compreendido, progressivamente, como uma autocompreensão de quem interpreta. Essa lição Gadamer nos deu com sua hermenêutica filosófica.

No âmbito jurídico, a valorização da realidade onde o intérprete esteja inserido, a ser aquilatada por meio da linguagem, vem sendo salientada como fator primordial para a realização de compreensão produtiva e que, de fato, esteja fundamentada em fatores inerentes à realidade como um todo e não, apenas, os

37. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 4ª ed. Vols. I e II. Trad. São Paulo: Vozes, 2002.

38. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 93.

39. GADAMER, Hans-Georg. *Op. cit.* p. 401.

40. PASQUALINI, Alexandre in *Hermenêutica e Sistema Jurídica: Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999, aduz que:

*“Como caminho mediador da existência, a linguagem fala de um cenário do qual, direta ou indiretamente, constitui dicção e exegese. O pensamento já sempre se move no espaço lingüístico da pré-compreensão. Nessa perspectiva, o iter lingüisticamente hermenêutico representa um véu antepredicativo que pontua e cadencia a reflexão do homem no mundo, pondo em realce que a realidade só vem à consciência pela palavra. “*

41. *A Caminho de uma Fundamentação Pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 159.

interesses e perspectivas de determinado segmento dominante. **Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa**, ao reconhecer a importância da realidade para a execução da atividade hermenêutica, aduz<sup>42</sup>:

O simbólico para o qual a Hermenêutica está voltada, no que diz respeito a sua vertente jurídica, constitui-se de palavras ou, mais propriamente, de signos de caráter lingüístico. O que se busca bem entender são entes que se caracterizam por sua base fonética e que, como signos, têm por função um ‘apontar para algo ou estar em lugar de algo’. O funcionamento das palavras, no entanto, não é decorrente de sua base fonética; esta constitui apenas a base material do signo lingüístico, e não apenas nas bases diferentes [...] A função significativa das palavras envolve a concepção da língua no seu relacionamento com a realidade.

Para que se possa compreender uma norma jurídica, urge que o intérprete analise o seu teor com vistas ao que se processou em períodos anteriores, o que vem ocorrendo no presente e os aspectos inerentes à realidade atual. Agindo desta forma, aquele estará possibilitando a “fusão de horizontes” ou “a consciência histórico-efetual”, utilizando-se o vocabulário gadameriano. Contudo, tal tarefa somente poderá ser viável se o hermeneuta lançar mão dos instrumentos lingüísticos de que dispõe, bem como do chamado círculo hermenêutico.

Interessante abordagem expõe **Raimundo Bezerra Falcão**<sup>43</sup> sobre aquele círculo como meio proporcionador do entendimento no campo jurídico:

Em razão disso, ousamos afirmar que a expressão ‘círculo do entendimento’, timbrada por Gadamer e trazida para o Direito por Friedrich Müller e Josef Esser, há que ser entendida, para ser correta, mais em seu apelo ao dinamismo circulante – não apenas circular – do movimento e da vivificação interpretativa, e menos na acepção de algo fechado sobre si mesmo, voltando sempre ao ponto inicial. No sentido de espiral hermenêutica, tendendo ao infinito da significação, como infinitos são os destinos do homem e sua capacidade de altear-se.

Corroborando com o posicionamento de que a compreensão implica uma visão muito mais ampla do que o exame do que se encontra estritamente na lei, **Karl Otto Apel** argumenta<sup>44</sup>:

[...] o Compreender não consoma apenas uma apreensão imediata dos teores de sentido mentais e das suas relações lógicas (no mais amplo sentido, inclusive das relações de campo dos conteúdos vocabulares imanentes à linguagem), mas comum também a mediação da apreensão intuitiva das palavras de outro

42. *A hermenêutica como dogmática: anotações sobre a Hermenêutica Jurídica no enfoque de Tercio Sampaio Ferraz Jr.* In *Hermenêutica Plural*, p. 250.

43. *Op. cit.*, p. 70.

44. *Transformações da Filosofia II. O Apriori da Comunidade de Comunicação*. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p. 17.



através do seu ‘uso factual da linguagem’ em sentido amplo, ou seja, através do comportamento prático face ao mundo [...]

[...] Outra coisa de comum no que há de positivo é a nova orientação pela linguagem como meio de acordo mútuo intersubjetivo e de interpretação do mundo. Com essa reorientação, a hermenêutica deixa de ser uma disciplina complementar secundária da epistemologia: tanto em Winch quanto em Heidegger, toda cognição já pressupõe uma intelecção de mundo determinada e publicamente garantida na convivência.

A experiência jurídico-hermenêutica não poderá ser reduzida, apenas, na busca do sentido literal daquilo que se interpreta, como se, na letra da lei, tudo fosse possível antever e alcançar, sem maiores esforços. Além de superar as barreiras históricas e temporais existentes, o intérprete terá que assentar a sua tarefa na **“intersubjetividade da comunicação cotidiana ilimitada e restrita”**<sup>45</sup>. Aduz-se como ilimitada em virtude de poder ser “alargada *ad libitum*”, ou seja, os indivíduos mantêm contatos com diversas pessoas e em épocas diferenciadas sobre o conhecimento de determinado assunto. Caracteriza-se a intersubjetividade como **restrita** devido à impossibilidade de ser “completamente alcançada”; o que significa reconhecer que enquanto existir humanidade, os homens vão continuar travando contatos e tratando do conhecimento e interpretação das coisas e fatos<sup>46</sup>.

Para **Alexandre Pasqualini**<sup>47</sup>, urge que a Hermenêutica Jurídica penetre em novos ares e aspire novos ventos que a conduzam a uma estrutura orgânica lastreada na linguagem, onde o jurista, ao tentar interpretar uma norma, tenha em mente que esta faz parte de um mundo concreto, composto por diversos seres humanos, com anseios e necessidades diversificadas, que reclamam o respeito às suas particularidades e não uma postura reducionista e abstracionista à literalidade dos textos jurídicos. Veja-se o seu posicionamento:

Longe de ser tão-só uma técnica à procura de um assunto (talvez fosse o caso de dizer, uma vítima), a hermenêutica conduz à alteridade. O maior impacto causado pela hermenêutica é, quem sabe, a surpreendente e inesperada descoberta, na linguagem de si mesmo no outro. Toda interpretação confronta-se com o outro. ‘Não há um falar que não junte o falante e o interlocutor. E isso vale também para o processo hermenêutico. Quem interpreta, ultrapassa-se, sobrevoa

45. HABERMAS, Jürgen. *A Pretensão da Hermenêutica à Universalidade*, p. 268.

46. **Ricouer** afirma que: “Para concluir a discussão da dialética de evento e significação, podemos dizer que a própria linguagem é o processo pelo qual a experiência privada se faz pública. A linguagem é a exteriorização graças à qual uma impressão é transcendida e se torna uma expressão ou, por outras palavras, a transformação do psíquico em noético. (...)”

47. *Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível*. In *Hermenêutica Plural*. Boucault, Carlos E. e Rodriguez, José Rodrigo (orgs.). São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 174.

o isolamento do ser para si. Este ponto é vital: aquele que imagina interpretar somente para si mesmo na verdade não interpreta, apenas esbulha, ultraja [...] Se pela mão originária e social da palavra os outros nos circundam, a linguagem, ela mesma, manifesta, então, um implícito brado ético de responsabilidade, motivo pelo qual, por detrás de cada dúvida hermenêutica, quase sempre – para não dizer sempre – agita-se uma disputa ético-axiológica. Quem interpreta já sempre se vê integrado em um acontecimento comunicativo em que faz valer um sentido para o eu e para o tu. A atmosfera da hermenêutica será, invariavelmente, a atmosfera lingüisticamente comunitária, que implica a perpétua co-presença dos outros. Assim, a linguagem de cada intérprete configura, em alguma escala e intensidade, uma projeção tópica do caráter intersubjetivo e valorativo da lingüisticidade em geral.

A idéia arcaica e tradicional, que vigorava no campo jurídico, no sentido de que, na aplicação da lei, somente haveria necessidade de uma apreensão do seu conteúdo literal, vem sendo questionada por diversos pensadores que acatam a imprescindibilidade da linguagem e da intersubjetividade na consecução da atividade interpretativa. Nesta senda, **Eduardo C. B. Bittar**<sup>48</sup> defende o seguinte posicionamento:

Sendo a interpretação o resultado cognitivo do confronto do exegeta com o texto – não do *texto-em-si*, mas do texto como ponto de partida para o sentido-, decorre ser este, necessariamente, um exercício que não prescinde da participação subjetiva, e, nesse sentido, interpretar para aplicar é um problema *pragmático*. Antes de querer ver a atividade interpretativa uma atividade de busca de vontade, quer-se sim constituir por meio de atividade interpretativa o espaço de liberdade do intérprete. Trata-se de um problema pragmático no sentido de que, para uma teoria crítico-constitutiva de sentido de práticas de sentido jurídicas, o foco de interesses não se concentra nem na essencialidade da *linguagem-em-si (texto-em-si)*, nem na intenção do elocutor (*intentio auctoris*), fazendo-se sim apelo à interação e ao uso da linguagem.

Apesar da reconhecida importância da linguagem para a compreensão dos instrumentos normativos por vários juristas, jus-filósofos e estudiosos da semiótica jurídica, no campo jurídico brasileiro, ainda, continua sendo como uma “terceira coisa”<sup>49</sup> que se interpõe entre o sujeito e o objeto. A obra de Hart, v.g. apresenta uma grande contribuição para esta nova visão do Direito como fenômeno lingüístico, visto que o entende como um âmbito de “textura aberta”, viabilizando uma “atuação discricionária” do magistrado. Contudo, na prática, no meio jurídico, os sujeitos processuais, ou seja, as partes, através dos seus patronos, o Ministério Público e o Estado-Juiz, por meio das autoridades judiciárias, demonstram, ainda,

48. *Linguagem Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123.

49. STRECK, Lenio. *Op. cit.* P. 18.

um grande apego à letra fria da lei, sendo a linguagem jurídica relegada a a um plano secundário, de pouca importância.

A simples subsunção de aspectos individuais, relativos às diversas situações que emergem no cotidiano, ao conceito geral previsto nas normas vem sendo, freqüentemente, praticada pelos profissionais do Direito, sem uma preocupação com as conseqüências negativas que poderão advir para os interessados e/ou envolvidos nos litígios. Tal sistemática há que ser questionada e submetida a uma avaliação pelos que militam na área jurídica, a fim de que haja uma reversão do alarmante quadro que persiste na atualidade.

A preocupação com teor dos textos normativos e com as técnicas, regras e métodos existentes para desvendá-los denota uma peculiaridade daqueles que penetram pelos meandros do universo jurídico. O conteúdo dos instrumentos normativos não pode ser desprezado pelo intérprete, mas não pode este ser concebido como a verdade imutável, imbatível e que não admite uma digressão mais aprofundada no seio da linguagem como *medium* das experiências, das relações travadas no seio da vida humana.

Diante deste novo quadro que emerge, a antes possível dissociação dos processos de produção, interpretação e aplicação torna-se inaceitável. A linguagem constitui o meio através do qual tais etapas interligar-se-iam, devendo ser considerada como pressuposto fundamental para a realização da Hermenêutica Jurídica e não mero instrumento ou terceira coisa. Na ciência jurídica, não se pode admitir que a interpretação seja, apenas, uma nova leitura das normas jurídicas, visto que cada situação exige uma nova aplicação, revigorando-se em cada caso concreto. A hermenêutica não deve favorecer o conservadorismo, uma vez que a fusão de horizonte engendra algo sempre diferenciado. A Hermenêutica Jurídica não pode fundamentar-se no conhecimento empírico, galgando jamais uma verdade absoluta. Ernildo Stein argumenta que “É uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem”.<sup>50</sup>

Imaginar que interpretar dado ordenamento jurídico é ingressar tão-somente no âmbito das suas estruturas normativas é enxergar parte de uma realidade rica e diversificada, que exige uma busca muito mais profunda e pautada em uma investigação séria. O fenômeno jurídico é algo complexo que não pode ficar à mercê de uma apreensão unilateral, subjetiva e/ou intersubjetiva dos sujeitos processuais. Há que se respeitar a linguagem como fio condutor de uma interpretação jurídica saudável.

50. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: Edipucrs, 1996, p. 38.

### 3.1. Hermenêutica Jurídica, Comunicação e Ética

Pressupor a existência de um único significado para cada norma jurídica seria tentar sufocar um espaço complexo, onde valores e conteúdos diferenciados encontram-se em constante e infundável movimentação. No campo hermenêutico-jurídico, a **inesgotabilidade** de sentido das normas deve ser considerada como uma nota essencial, a base filosófica em que se assenta a Hermenêutica na condição de “guia de escolha do bom sentido”<sup>51</sup>.

Dado o amplo espectro que apresentam os textos normativos, de que modo proceder para que estes sejam interpretados sem desvirtuar os ideais da comunidade, nem atender interesses escusos de certa ideologia que se mascara sob as vestes do bem-comum?

Jürgen Habermas argumenta que a comunicação cotidiana “normal” apresenta determinados requisitos específicos<sup>52</sup>:

- a) Deve haver uma harmonia entre os níveis de comunicação. As expressões simbolizadas lingüisticamente, as representadas por ações e as que denotam uma expressão física complementam-se e não dão origem a contradição;
- b) Seguimento de “regras válidas intersubjetivamente”, sendo, pois, “pública”, fazendo com que os significados sejam os mesmos para todos os “membros de uma comunidade lingüística”;
- c) Os participantes reconhecem as **diferenças entre sujeitos e objetos**, bem como o “**discurso interior e exterior**” e “**existência privada as pública**”;
- d) “É na comunicação cotidiana normal que a intersubjetividade das relações, que garante a identidade dos indivíduos que se conhecem mutuamente, se forma e se mantém. Enquanto o uso analítico da linguagem permite a identificação da situação (i.e., a categorização de objetos através da identificação do específico, a subsunção dos elementos em classes e a inclusão de agregados), o uso reflexivo da linguagem garante a relação do sujeito falante com uma comunidade lingüística, que é algo que pode ser representado convenientemente pelas operações analíticas mencionadas. Um (Eu) afirma a sua não identidade absoluta com o outro (Tu); mas, simultaneamente, ambos reconhecem a sua própria identidade, aceitando-

51. FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. *Op. cit.* p. 84.

52. HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. P. 45.

se como indivíduos que comungam (Nós), i.e. um grupo que afirma a sua individualidade perante outros grupos, para que se estabeleçam, ao nível dos coletivos unificados intersubjetivamente, as mesmas relações que existem entre os indivíduos.

Em *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*<sup>53</sup>, Habermas enumera as quatro pressuposições mais importantes da sua teoria do agir comunicativo:

- (a) **publicidade e inclusão:** ninguém que, à vista de uma exigência de validade controversa, possa trazer uma contribuição relevante, deve ser excluído;
- (b) **direitos comunicativos iguais:** a todos são dadas as mesmas chances de se expressar sobre as coisas;
- (c) **exclusão de enganos e ilusões:** os participantes devem pretender o que dizem; e
- (d) **não-coação:** a comunicação deve estar livre de restrições, que impedem que o melhor argumento venha à tona e determine a saída da discussão.

Considerando que os homens devem interagir na construção do conhecimento e na transformação da realidade, Habermas traz, à baila, importantes princípios que caracterizam um Estado Democrático de Direito, fundamentado no respeito à linguagem:

- a) Todos devem poder se expressar sobre o mundo que nos cerca;
- b) A expressividade deve, porém, ser verdadeira, devendo os participantes, de fato, almejarem o que dizem;
- c) Deve prevalecer o melhor argumento pelo consenso e não pela força;
- d) Todos aqueles que podem contribuir para a validação de uma determinada questão devem participar do processo. Prima-se pela inclusão.

Constituindo-se a linguagem o aspecto fulcral a ser tratado pela Hermenêutica Jurídica, que lógica seria melhor aplicável a sua captação e entendimento? A lógica formal e racional não pode ser considerada como instrumento hábil para a abordagem dos problemas humanos. **Recaséns Siches**, em suas obras *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, no *Tratado General de Filosofía del Derecho* e na *Introducción del Estudio del Derecho*, versa sobre a intitulada “**Lógica do razoável**”, pautada nos fatos da realidade concreta e na escala axiológica. Para o mesmo, “**Uma norma jurídica é um pedaço de vida humana objetivada, e assim resultará claro que, para compreendê-la, devemos analisá-la do ponto de vista da índole e da estrutura da vida humana**”<sup>54</sup>. A tábua de valores que

53. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, p. 67.

54. *Tratado general de filosofía del derecho*. 8a ed. México: Porrúa, 1983, p. 471.

prega Recaséns Siches como fundamental para o desenvolvimento aquela espécie de lógica orientar-se-á pelos ideais da **justiça, bem-estar coletivo, solidariedade social e dignidade humana.**

Na interpretação do Direito, o hermeneuta que fundamenta a sua tarefa no fenômeno lingüístico e na inesgotabilidade de sentido das normas jurídicas, não significa que estará a agir de forma desenfreada e desmedida. **Bittar**, na obra *Linguagem Jurídica*, enumera aspectos a serem observados pelo intérprete jurídico, dentre os quais os **princípios do ordenamento jurídico, paradigmas e umbrais interpretativos fornecidos pelo ramo jurídico-científico específico e contextualização da norma – meio jurídico, social, cultural e histórico**<sup>55</sup>.

**João Baptista Herkenhoff**<sup>56</sup> conclama os aplicadores do Direito, principalmente, os juízes para transporem as barreiras do dogmatismo jurídico e adotarem uma nova postura ao interpretarem o universo jurídico:

O novo salto que penso deva ser dado, corajosamente, pelo aplicador do Direito, sobretudo pelo juiz, impõe que este não se enclausure na sua ciência, causadora de rigidez perceptiva mas que se abra às outras ciências, à Economia, à Política, à Sociologia, à Psicologia, e que se deixe tocar pela influência das correntes fenomenológicas e existencialistas, bem como das escolas sociológicas.

Há um desafio para juízes e juristas em geral que se queiram colocar ao lado das maiorias oprimidas, como colaboradores do projeto histórico das classes populares.

Como fruto desta aliança, delineia-se um novo papel no qual se verá:

juízes e juristas aceitando a provocação de uma nova leitura da lei, de uma desmistificação de seu pretense papel de harmonia social em uma sociedade desarmônica e visceralmente opressora;

juízes e juristas recusando a suposta neutralidade da lei e de seus agentes, neutralidade que cimenta e agrava as injustiças estabelecidas;

juízes e juristas comprometidos com o futuro, não com o passado, com a busca apaixonada da Justiça, não com as cômodas abdições, com a construção de um mundo novo, não com a defesa de estruturas que devem ser sepultadas; [...]

juízes e juristas que se recusem a colocar amarras, impedir vôos, compactuar com maquinações opressivas;

juízes e juristas que abram as janelas ao Amanhã e construam, sem se deter ante martírios que lhes impuserem, o Direito da libetação.

55. P. 155 e 156.

56. *Op. cit.* p. 11.

Neste novo cenário que se tenta implantar no âmbito hermenêutico-jurídico, os conflitos entre os que pensam com base na filosofia da consciência, os fiéis da metafísica, os adeptos no pensamento filosófico-analítico engalfinham-se com os que desejam saborear as mudanças que podem ser esculpidas pela implementação da linguagem como pressuposto fundamental para o bom entender e aplicar o Direito. A despeito do predomínio da concepção tradicional nos juízos, tribunais, academias, faculdades e outros foros onde o Direito é o condutor de toda a tripulação, a esperança de que brote algo novo da semente lingüística plantada aquece as mentes dos que desejam ver que o fenômeno jurídico poder ser produzido, interpretado e aplicado como algo vivo, que nasce do intercâmbio dos homens, através da inersubjetividade que lhe é peculiar, viabilizada pela linguagem, e não como algo frio, isolado, hermético, resultante da mente de um legislador desconectado com a realidade social, econômica, política e cultural.

Espera-se que, um dia, no campo jurídico, possa-se contar com um grande número de profissionais adeptos à reviravolta lingüístico-pragmática.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Interpretar o Direito priorizando-se tão-somente a norma ou a conduta humana regulada é, simplesmente, deixar de considerar o aspecto fundamental presente em todas as ciências do espírito, qual seja a linguagem. Valorizar a linguagem jurídica não significa que os instrumentos e institutos normativos, bem como os comportamentos dos indivíduos, deixem de ser concebidos como necessários à sobrevivência do Direito, já que são essenciais à configuração e manutenção deste. Entretanto, por meio da linguagem do universo jurídico, objetiva-se imprimir ao Direito uma conotação existencial, onde o ser e está do homem não podem ser vistos como uma situação isolada e unilateral, mas, eminentemente, intersubjetiva.

Ao ser interpretada uma norma, quer seja integrante da esfera pública ou privada, deve-se ter em mente que os seus reflexos não atingem, apenas, os interessados diretamente, mas, também, muitas vezes, os seus semelhantes, razão pela qual há uma intermediação entre aqueles ramos do Direito, havendo uma publicização do espectro, antes intitulado, de essencialmente privado.

O conhecimento de uma norma jurídica não deve ser considerado como uma tarefa a ser orientada pelo objetivismo ou subjetivismo. Não será aceitável que o intérprete apegue-se, estritamente, à literalidade da lei, agindo sob o anteparo do argumento objetivista, e nem que imagine que o verdadeiro teor desta encontra-se na *intentio auctoris*, partindo-se para a descoberta desta a todo custo. Prender-se, também, o intérprete no seu próprio mundo não seria uma atividade interessante.

Ora, se o hermenauta não deve ficar adstrito à lei, à *mens legislatoris* e nem a si próprio, outra alternativa não lhe resta do que apelar para a intersubjetividade, para o *Dasein*, o seu ser e está junto com os demais sujeitos.

Conclui-se que:

1 – A tentativa de extrair, de modo absoluto, o sentido literal dos textos constitui tarefa de difícil consecução. Conforme já dito acima, a historicidade está sempre presente e, os seres humanos, ao interpretarem, não agem como máquinas e nem se baseiam tão-somente em sinônimos, mas, sim empregam o conjunto de informações, que compõe a sua experiência de vida, na busca do significado do que estamos analisando;

2 – A autonomia do objeto de interpretação face ao intérprete termina, na prática, tornando-se inviável. O homem, ao interpretar dado elemento textual, tende a o fazer com base nas suas experiências pessoais e concretas, terminando por imprimir uma conotação histórica;

3 – A superioridade do intérprete sobre o que se almeja compreender é, também, inadequada porque este não deverá impor suas idéias, de forma arbitrária. Urge que ocorra uma “fusão de horizontes”, em que aquele, fazendo uso, *a priori*, da sua “pré-compreensão”, tome consciência do teor do texto analisado, incidindo o que se denomina de consciência da história efetual, para, após, de fato, entendê-lo. Passado e presente tanto do intérprete quanto de quem elaborou o material examinado fundem-se, para dar origem à interpretação;

4 – Estando o homem inserido no mundo em que pertence, ao interpretar não poderá fugir da necessária “pertença mútua” com o seu semelhante. Como poderão os indivíduos inteirar-se com os demais, para alcançar o significado dos seres que compõem os diversos entes, sem que faça uso da linguagem? Não se pode negar que, sem a linguagem, a Hermenêutica Jurídica não tem como prosseguir os seus passos e possibilitar aos intérpretes apreenderem o conteúdo as normas;

5 – A Hermenêutica Jurídica deve está voltada para possibilitar aos profissionais do Direito uma visão mais abalizada do fenômeno jurídico, enxergando-o como um fenômeno complexo que não pode ficar retido à redoma da norma, conseguindo escapar pelos poros destas que jamais podem sufocar a realidade.

Dada a importância da linguagem jurídica para a compreensão do Direito, mudanças urgentes devem ser encetadas no campo do Direito, para que as mentes dos profissionais da área sejam arejadas e possam melhor funcionar em prol da nova realidade que emerge:



1 – Nas grades curriculares dos cursos de Direito, urge que sejam inseridas três disciplinas fundamentais, quais sejam a Hermenêutica Jurídica, Lógica e Semiótica Jurídica, a fim de que o corpo discente familiarize-se com as noções propedêuticas, facilitando, posteriormente, a interpretação dos textos normativos;

2 – As instituições que congregam os diversos sujeitos que atuam no âmbito jurídico, dentre as quais o Poder Judiciário, Ministério Público, OAB, etc, devem promover a atualização destes no sentido de tomarem conhecimento da importância da linguagem para a devida interpretação jurídica;

3 – Os cidadãos, principalmente, devem ter consciência do precioso instrumento que dispõem – a linguagem – para manterem intercâmbio com os demais e exigirem dos profissionais do Direito uma postura séria, crítica e produtiva ao interpretar e aplicar as leis.

O reconhecimento da importância da linguagem, e, *ipso facto*, da intersubjetividade, no campo jurídico não será uma tarefa a ser executada em breve espaço de tempo. A semente, porém, já fora lançada e está em fase de crescimento. Que os profissionais do Direito não deixem de regar a nova planta que se desenvolve e que, a cada dia que passa, tenha consciência de que qualquer mudança requer diálogo, discussões e muito esforço. O importante é que a situação não fique estacionária, caminhando para melhores estágios. No dia em que os indivíduos atentarem que, por meio da linguagem, o Direito pode tornar-se um instrumento de transformação e não de conservação, nascerá a alvorada de um novo brilhante dia.

## 5. REFERÊNCIAS

- APEL, Karl-Otto. *Transformação da Filosofia II: o a priori da Comunidade de Comunicação* São Paulo: Loyola, 2000.
- ARAGÃO, Lúcia Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa e Teoria Social em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica* São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo (orgs.) *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECO, Humberto. *Interpretação e Superinterpretação*. Trad. São Paulo: Martins Fontes,
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAG, Bárbara (coord.) *Jürgen Habermas: 70 anos*. Revista Tempo Brasileiro, n. 138 julho-setembro de 1999. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 4a ed. Vols. I e II. Trad. São Paulo: Vozes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *A Pretensão da Hermenêutica à Universalidade*.  
\_\_\_\_\_. *Agir Comunicativo e Razão Descentralizada*. Trad.: Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, 111 p.  
\_\_\_\_\_. *O discurso Filosófico da Modernidade*. Trad.: Luiz Felipe Reza e Rodnei Nascimento São Paulo: Martins Fontes, 2002, 534 p.  
\_\_\_\_\_. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Trad.: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 236 p.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Vol. 1. São Paulo: Vozes, 2003.  
\_\_\_\_\_. *A Caminho da Linguagem* Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2003.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como Aplicar o Direito*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed., Trad. A Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- KERLINGER, Fred N. *Metodologia da Pesquisa em Ciências Sociais: um tratamento conceitual*. São Paulo: EPU, 1980.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2ª ed., Trad. De José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d.
- LEÃO, Emmanuel Carneiro. *Aprendendo a Pensar*. 5ª ed. Vol. I. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 574 p.
- MATURANA, Humberto. *Cognição, Ciência e vida Cotidiana*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.
- MONDIN, Batista. *Curso de Filosofia*. 8ª ed. vols. 2 e 3. São Paulo: Paulus, 2003, 289 p.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta Lingüístico-Pragmática*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. São Paulo: Edições 70, 1996.
- PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e Sistema Jurídica: Uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 1999.

- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6ª ed. rev. e atual. Trad. L. Cabral Monkada. Coimbra: Armênio Amado, 1997.
- RICOUER, Paul. *Outramente*. Petrópolis: Vozes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Interpretação*. Lisboa: Edições 70.
- SCHNAID, David. *Filosofia do Direito e Interpretação*. 2ª ed. rev e atual. São Paulo: Revista Atualizada, 2004.
- STEIN, Ernildo. *Diferença e Metafísica: Ensaio sobre a Desconstrução*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- \_\_\_\_\_. *A Caminho de uma fundamentação Pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Aproximações sobre hermenêutica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2004.
- VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. Coleção os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.



# VI

## DIREITO À IDENTIDADE SEXUAL: O DESENCAIXE JURÍDICO-SOCIAL DO TRANSEXUAL

*Leandro Lopes Pontes Paraense*

Mestrando em Direito Privado e Econômico pela Faculdade de Direito da UFBA, advogado e professor substituto da Faculdade de Direito da UFBA. E-mail para contato: leandrolpparaense@yahoo.com.br.

**RESUMO:** Este trabalho se propõe a analisar a situação jurídica do transexual no que concerne à possibilidade de se casar. Para tanto, pretende-se apresentar o estado social do transgênero, bem como a atual conjuntura sob a qual e dá o seu estudo. Objetiva-se, para este fim, sistematizar as noções mais importantes que se referem à sexualidade humana, a fim de explaná-las e distingui-las, com algumas alterações e inovações. Dentre os elementos estudados estão a orientação sexual, a identidade sexual, o papel de gênero e a identidade de gênero, além dos planos e esferas em que tais se apresentam. Constitui-se como principal inovação a constatação da transexualidade como um novo gênero, a fim de se possibilitar a consagração dos direitos da personalidade e dos princípios basilares da ordem constitucional pátria, especialmente o da igualdade em sua atual dimensão, para a efetivação da cidadania.

**ABSTRACT:** This work intends to analyze the legal situation of the transgender, where it concerns the possibility of getting married. So,

it purposes to present the social condition of the transgender, and the elements that affect its study as well. It aims at to systematize the most important notions about the human sexuality, to explain and distinguish them, with some modifications and innovations. Among the studied elements there are sexual orientation, sexual identity, gender part and gender identity, beside plans and spheres where those are found at. It constitutes the main innovation the establishment of the transexuality as a new gender, so it can be possible work on consecration of personality rights and Brazilian constitutional order basic principles, especially the equality in its present dimension, for the effectuation of citizenship.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transexualidade; transgênero; direitos da personalidade; direito ao nome; disponibilidade; casamento; cidadania.

**KEYWORDS:** Transexuality; transgender; personality rights; name right; availability; marriage; citizenship.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. As Diferentes Formas de Sexualidade e sua Expressão; 2.1. Gênero, Sexualidade e Orientação Sexual; 2.2. Os Diversos Sexos; 2.2.1. Orientação, Opção ou Determinação Sexual?; 2.3. A Evolução das Dimensões da Sexualidade Humana e seus Aspectos e Elementos; 2.3.1. Da Dimensão Biológica; 2.3.2. Da Dimensão Psíquica; 2.3.3. Da Dimensão Social; 2.3.3.1. Do Sexo ou Aspecto Civil; 2.3.3.2. Do Sexo ou Aspecto Social; 3. A Conformação dos Diversos Aspectos; 4. A Transexualidade; 4.1. Caracterização: Orientação Sexual ou Patologia (ou um Novo Gênero)?; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa discutir um aspecto da dimensão humana, em um tempo em que a perda da identidade do Outro vem se manifestando na “coisificação” das relações pessoais. Desta forma, o objeto deste ganha vital importância e se torna pertinente na medida em que a identificação das pessoas enquanto semelhantes tem sido bastante dificultada pela cultura de consumo a que fomos submetidos. Segundo Marilena Chauí, esta cultura se caracteriza pela importância demasiada que se dá às coisas, como uma forma de suprir a ausência tão proclamada na psicanálise. Assim, o apego à materialidade tem feito desaparecer a dimensão de subjetividade que devia guiar, como sempre guiou, o entendimento humano. Esta é a razão central, dentre outras periféricas, que tem mantido o preconceito e a não aceitação do diferente, especialmente em matéria sexual. Por isso, é ainda necessário o desenvolvimento de temas sobre a homossexualidade e a transexualidade como forma de re-humanizar o entendimento do homem sobre si mesmo e sobre o próximo.

A transexualidade é uma realidade que não pode mais ser negada. Contudo, mesmo com o aumento deste fenômeno, ainda pairam dúvidas acerca da sua caracterização e distinção de outras formas de manifestação da sexualidade humana. Portanto, é necessária uma introdução a esta realidade que se torna cada vez mais comum, definindo cada aspecto de si, limitando-a e diferenciando-a das demais dimensões da sexualidade humana.

Ultrapassada a questão da plena identificação do fenômeno com o qual se pretende trabalhar, surgem os problemas jurídicos pertinentes à matéria: a possibilidade de intervenção cirúrgica num corpo biologicamente saudável, em virtude do disposto no novo código civil; e a possibilidade de, uma vez superado este primeiro problema, proceder à alteração do registro e da identidade do transexual.

Um outro aspecto derivado deste é a possibilidade da contração de núpcias pelo transexual, tenha ele logrado êxito na mudança do registro de nascimento ou não. De modo geral, a doutrina tende à unanimidade no sentido de vetar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sendo este definido pela associação do nascimento e do registro, que comumente se atém àquele. Assim, o transexual que não obteve a alteração do seu registro possui, segundo a quase totalidade dos juristas brasileiros, a vedação constitucional do seu casamento com pessoas cujo sexo coincida com aquele que consta em sua certidão de nascimento. Bem assim, mesmo aqueles que obtêm um novo registro, não apenas com a mudança do prenome, como também do seu sexo, ainda encontram dificuldades para terem reconhecido o seu direito ao casamento. Mesmo nestes casos, a doutrina ainda não se definiu, mas mantém-se majoritária na orientação de não permitir que eles

usufruem de tal direito. Comumente, a alegação que se atribui e que provoca uma série de novos problemas teóricos, é a de que a mudança de registro induziria o nubente a erro, vez que pode ele desconhecer a situação de transexualidade de seu futuro cônjuge. Daí decorrem acirrados debates acerca da obrigatoriedade de que esta situação conste do registro alterado, ou que o transexual seja impedido de manter sigilo sobre sua condição, obrigação essa que se chocaria com o direito à intimidade, à privacidade, comumente afetando a honra do indivíduo.

Malgrado meu entendimento acerca da ausência de vedação constitucional ao casamento entre pessoas do mesmo gênero, o que de pronto solucionaria grande parte do problema esposado, a devida solução ao questionamento apresentado no parágrafo anterior requer uma extensa explanação sobre a interpretação constitucional que se faz da nossa Carta Magna, com base nos ensinamentos de Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. Ainda assim, mesmo admitindo-se o casamento entre pessoas do mesmo sexo, restaria a questão da possibilidade de sigilo e não divulgação da condição de transgenitalizado do transexual que obteve a mudança de seu registro, o que, por si só, requer uma análise monográfica que vá a fundo na teoria dos princípios, da interpretação constitucional e que contraponha os diversos princípios em colisão na hipótese apresentada.

Adianta-se que neste artigo, primou-se por uma solução diferente: a de redefinir a noção de gênero, demonstrando a inaplicabilidade da clássica distinção macho-fêmea aos dias atuais.

## 2. AS DIFERENTES FORMAS DE SEXUALIDADE E SUA EXPRESSÃO

A discussão acerca da sexualidade abrange uma série de preconceitos comuns, não apenas derivados do senso comum daqueles chamados leigos, mas mesmo oriundos das classes esclarecidas, inclusive médicas. Conforme nos ensina Edvaldo Souza Couto, “por muito tempo o sexo foi considerado como um elemento apenas fisiológico, geneticamente determinado e por natureza imutável”<sup>1</sup>, somente há pouco tempo passando-se a levar em conta outros aspectos e elementos, como o genético, anatômico, hormonal, social, jurídico e, principalmente, o psicológico.

A complexidade da dimensão sexual do indivíduo fez nascer uma intensa discussão acerca de novos conceitos surgidos, como gênero, sexualidade e orientação, preferência ou opção sexual. Tais conceitos ainda se encontram nebulosos e obscuros, havendo, contudo, uma intensa atividade intelectual no sentido de

1. COUTO, Edvaldo Souza. *Transexualidade: o corpo em mutação*. Salvador: GGB, 1999. p. 6.

destrinchar-lhes e esmiuçar-lhes. Em verdade, ocorre que esta atividade ainda se acha difusa, restando um esclarecimento satisfatório, porém sem o devido consenso nas diversas áreas que se debruçam sobre o estudo e tratamento da transexualidade, a exemplo da área médica, da jurídica e da área de assistência social.

Nesta seara, cumpre destacar os principais avanços no que tange à identificação e à distinção entre as diversas categorias de conceitos concernentes à sexualidade e ao gênero. Seu esclarecimento é vital para se evitar confusões e permitir o devido estudo do tema, com a análise pormenorizada dos institutos em voga, em especial os que tocam mais diretamente a questão da transexualidade.

### **2.1. Gênero, sexualidade e orientação sexual**

A primeira grande dificuldade ao se tratar de um tema tão complexo é encontrar uma denominação adequada para cada fenômeno passível de observação. Em inúmeras leituras ao longo de alguns anos, não havia sido possível, até então, encontrar um só autor que propusesse e distinguisse nomenclaturas para as diversas manifestações físicas e psíquicas da sexualidade. Neste sentido, busca-se aqui sintetizar todas as nomenclaturas já utilizadas e que gozam de um status de consenso, distinguindo os diversos conceitos trabalhados nos mais diversos trabalhos sobre o tema, adotando-se uma distinção própria, sintetizada de diversas leituras. Contudo, não se espera satisfazer, ao menos num sentido antropológico, todas as dimensões dos sujeitos de orientação e determinação sexuais distintas do considerado comum, especialmente porque, embora se entenda a importância desta dimensão, o presente é um trabalho eminentemente jurídico.

Comumente, noções como gênero, sexualidade, orientação, opção, determinação, papel, são confundidos e fundidos, tornando-se tal confusão causa e consequência de inúmeros preconceitos.

A sexualidade humana é considerada o conjunto de quatro fatores ou elementos distintos, que são a orientação sexual, que alguns autores também chamam de sexo, ou ainda de identidade sexual; o sexo biológico, mais conhecido atualmente como gênero; a identidade de gênero; e o papel sócio-sexual, ou papel de gênero.

Tratar-se-á, primeiramente, da orientação sexual. Em primeiro lugar, deve-se diferenciar o comportamento sexual da identidade sexual. A prática eventual de atividades eróticas ou afetivas com pessoas do mesmo sexo ou gênero – comportamento sexual homoafetivo ou homoerótico –, por exemplo, não se caracteriza como uma identidade homossexual, na medida em que estes sujeitos assim não se definem ou se sentem caracterizados. O comportamento sexual é tomado em sua individualidade, não caracterizando uma identidade sexual quando tal



comportamento não é absolutamente dominante, para não dizer exclusivo. Assim, o preconceito ditou a regra por muito tempo de que experiências ou aventuras eróticas diversas dos padrões comuns assinalam um suposto desvio de sexualidade, assim chamada tanto a homo quanto a bissexualidade. Este preconceito ainda norteia as mentes e o senso comum no sentido de se imputar dada condição àqueles que porventura se valham repetidas vezes de práticas que caracterizem as aventuras mencionadas, mesmo que com eventualidade reduzida.

Já os especialistas, sejam psicólogos, sejam antropólogos, admitem que o contato sexual com pessoas do mesmo gênero só caracteriza a homossexualidade quando se dá constantemente, ainda que não em caráter exclusivo. Ou seja, a identidade sexual homossexual pode conviver com eventuais relações carnis e afetivas com pessoas de gênero distinto, desde que estas se dêem de maneira esporádica, evidenciando tal comportamento uma mera fuga ou escape de rotina, por exemplo. Importa para a caracterização desta identidade uma identificação espontânea do indivíduo e a primazia de um comportamento sexual sobre os demais, além da **coexistência de sentimento**.

Assim, a caracterização de uma identidade sexual não se faz exclusivamente levando-se em conta as posturas puramente sexuais ou carnis, devendo-se atentar para a dimensão afetiva. Portanto, só é possível se falar em dada sexualidade, seja homo, hetero, bi, etc, quando se detectar a primazia de um determinado comportamento em virtude da esfera sentimental. Eis que a orientação sexual trata do campo da autodeterminação ou identificação e dos sentimentos que se nutre por um ou outro gênero. Esta é a regra geral, que será vista em cada caso ou cada manifestação da sexualidade mais adiante. Questão fundamental também é saber se esta identidade se trata de uma determinação, opção ou mera orientação, a qual será abordada no ponto 2.2.

O sexo biológico, hodiernamente tratado por gênero, pode ser originário ou derivado. Ele é composto por diversos aspectos: gonadal, hormonal, cromossômico, genético, fisiológico, etc. Este é o gênero com o qual se nasce, sendo feminino, masculino ou pseudo hermafrodita. Contudo, hoje em dia é possível a mudança de alguns aspectos, como o hormonal, o gonadal, enquanto que outros são inalteráveis, a exemplo do cromossômico. Daí ser possível atualmente se falar em gênero originário e derivado. O item 2.3 tratará exclusivamente desta matéria.

A identidade de gênero, por seu turno, é a construção da própria identidade. Esta noção só passou a ser admitida há pouco tempo. Surge com a inserção do discurso da psicologia na dimensão da sexualidade, com o fortalecimento da própria discussão da sexualidade. Foi assim que se deu a hegemonia da dimensão

psicológica sobre as diversas esferas da fisiologia, passando-se a admitir a dicotomia de gênero, quando o indivíduo tem um gênero biológico distinto do gênero psíquico, ou da identidade de gênero. Esta é, assim, a auto-imagem que o sujeito tem de si, como pertencente ao gênero masculino ou ao feminino, podendo estar em dissonância ao seu gênero biológico.

Já o papel de gênero é um fator associado à determinação cultural dos comportamentos masculino e feminino. Segundo Adriana Nunan<sup>2</sup>:

Este [papel de gênero] pode ser definido como uma série de características, comportamentos e interesses definidos por uma sociedade ou cultura como sendo apropriados para membros de cada sexo biológico.

Na sociedade ocidental moderna, podemos identificar como traços atribuídos à mulher a sensibilidade, a afeição aos filhos em maior grau que os homens, a afetividade, a fragilidade, uma maior identificação com a casa, a organização, a dependência, o consumismo, determinados padrões de gosto, como a cor rosa, o ímpeto pelo que se convencionou chamar de futilidades como roupas e sapatos, etc. Com relação ao homem, suas características impostas socialmente são a de guerreiro, chefe de família, insensível, forte, racional, independente, corajoso, etc. Observa-se, então, que numa sociedade machista como a nossa, os predicados mais valorizados são atribuídos aos homens, enquanto que à mulher cabem os predicados secundários.

A construção de um arcabouço cultural de agregação de valores e qualidades a homens ou a mulheres se dá desde cedo, de modo que nossa consciência nos induz a pensar que tais características e diferenças são naturais. Dita a regra que às meninas devemos dar bonecas, fogões de brinquedo, e afins. Aos homens, cabe-nos dar espadas, carrinhos, bolas. Os quartos daquelas decoramos em rosa; os destes em azul. Qualquer tentativa de fuga deste padrão é visto com desconfiança, e comumente se atribui a esta fuga uma tentativa de conduzir a criança à homossexualidade. Não raras vezes nos deparamos com tal assertiva derivada de pura crendice e ignorância.

Percebe-se facilmente, pois, que o papel de gênero costuma ser intimamente ligado à identidade sexual, na medida em que os homens mais sensíveis, menos fortes, que desprezam esportes e outros valores a este gênero associados pela sociedade, recebem a pecha de gays. O mesmo ocorre com o gênero feminino, que recebem a pecha de lésbicas, ou, no mínimo, de “machões” e “sapatões”.

2. NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003. p. 17.

Observa-se a confusão de conceitos, uma vez que o papel social de gênero não está diretamente vinculado à identidade sexual, o que acaba por gerar tais distorções, que resultam em demonstrações de homofobia que comumente ignoramos como tais.

Este equívoco é a causa de todos os estereótipos que frequentemente vemos, os quais associam aos homossexuais a imagem de efeminados, aos bissexuais o rótulo de pervertidos, etc. Isso se dá porque comumente se crê que os elementos da sexualidade humana vistos acima são indissociáveis em tal medida que, se alguém diverge do modelo padrão no tocante a qualquer deles, deve também divergir quanto aos demais. No entanto, adverte Adriana Nunan que:

...a maioria dos homossexuais não está confusa no que se refere à sua identidade de gênero: tem certeza de serem homens/mulheres, e poucos adotam um comportamento efeminado/masculinizado<sup>3</sup>.

Ainda segundo a autora:

Estereótipos freqüentemente mostram os homossexuais como indivíduos que se sentem desconfortáveis com suas identidades de gênero, querendo modificar seu sexo biológico. Como veremos adiante, imagens culturais do gay efeminado são comuns, e muitos acreditam também que em seus relacionamentos um homossexual faz o papel de esposa enquanto o outro atua como marido.<sup>4</sup>

É por esta razão que não se admite mais a inclusão do papel sexual como componente da sexualidade. O papel sexual é a participação do sujeito na relação, seja sexual, seja afetiva, como ativo ou passivo. Contudo, modernamente, entende-se que este papel é fluido e não é exclusivo de apenas um indivíduo, podendo ser exercido por um ou outro, ou mesmo por ambos simultaneamente. Portanto, a própria idéia de papel sexual já traz em si, numa visão atual, um estereótipo discriminador.

## 2.2. Os diversos sexos

As manifestações da sexualidade humana, ou identidades sexuais, serão observadas e definidas na medida da sua proximidade com a idéia de transexualidade, a fim de se evitar distorções conceituais e confusões gerais. Outro aspecto limitador é a contínua discussão acerca do que pode ser considerado sexo ou não. Sexo, hodiernamente, é toda a manifestação da identidade sexual.

3. NUNAN, op. cit. p. 18.

4. *Idem, ibidem.*

### 2.2.1. *Orientação, opção ou determinação sexual?*

O primeiro ponto a ser abordado ao se tratar da identidade sexual é a sua natureza. Até recentemente, o termo mais utilizado ao se falar de identidade sexual era opção, e as diversas formas distintas da heterossexualidade eram defendidas enquanto um direito individual decorrente da liberdade; por sermos livres, poderíamos *optar* pela identidade que quiséssemos. Este entendimento perdeu força, na medida em que foi possível constatar que não se trata de uma mera opção. A dimensão psicológica da identidade, seja sexual ou não, não deriva exclusivamente de uma mera escolha consciente. Contudo, a visão de que uma identidade nunca é uma simples manifestação da autonomia da vontade não significa que a sua origem e natureza estejam claras.

A psicologia moderna, seja qual for sua corrente de pensamento e não apenas o *behaviourismo*, admite que o indivíduo é fruto do meio em que vive. Não está claro, porém, a importância de fatores genéticos na formação da personalidade. Portanto, a origem das diversas manifestações sexuais ainda é um mistério. Alguns fatores ocupam o centro do debate sobre as influências à orientação sexual, como a genética, o ambiente familiar e social, questões hormonais não genéticas, e mesmo transtornos mentais psíquicos. É possível observar que a ausência de consenso neste campo se deve, principalmente, à multiplicidade de visões sobre a própria composição do ser humano, seja um psiquiatra ou um psicólogo, um médico ou um antropólogo a observá-lo. É evidente o reducionismo materialista que os psiquiatras ou médicos normalmente adotam; em seu ponto de vista, o ser humano sempre é, em última análise, o produto das reações químicas que ocorrem em si. Por esta razão, e em virtude da primazia do discurso médico-científico sobre os demais, as orientações sexuais divergentes da heterossexualidade foram vistas, por muito tempo, como desvios de personalidade, caracterizando-se, assim, como um transtorno mental, ou mesmo uma patologia clínica ordinária. Somente no final da década de 1940, especialmente com a publicação da obra “Sexual Behaviour of Human Male” de Alfred Kinsey, em 1948, que a sociedade e os especialistas foram forçados a admitir a normalidade das diversas formas de expressão sexual.

Mesmo com tal contribuição, por muito tempo as diversas formas de manifestação da sexualidade que fogem do padrão comum foram classificadas como doença pela medicina. Neste sentido, Berenice Dias esclarece que<sup>5</sup>:

5. DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 42.

A Classificação Internacional das Doenças – CID, que existe há pouco mais de um século, identificava o homossexualismo como um ‘desvio ou transtorno sexual’. Abandonada a idéia de ver a homossexualidade como doença, passou ela a ser encarada como uma forma de ser diferente da maioria, diferenciando-se apenas no relacionamento amoroso e sexual. Em 1993, a Organização Mundial de Saúde inseriu-a no capítulo ‘Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais’. Na 10ª. revisão do CID-10, em 1995, foi nominada de ‘Transtornos da Preferência Sexual’(F65).

Também o avanço e aceitação da psicologia em suas diversas correntes foi fundamental para que se lançasse sobre o tema um olhar mais crítico e menos preconceituoso. Seja a psicanálise, a psicologia analítica, o behaviorismo ou o gestaltismo, todas as escolas psicológicas colocam como fator determinante o psicológico, admitindo sua extrema complexidade, e variando conforme vislumbram uma co-importância de fatores genéticos ou hormonais, ou divergem quanto à origem do fator psíquico.

A identificação da manifestação da sexualidade como uma determinação, uma opção ou uma orientação ainda resta indefinida. Por isso mesmo, prefere-se o termo orientação, vez que se percebe que a sexualidade não é algo imutável e invencível, como faz parecer a palavra determinação, nem algo absolutamente flexível, cuja escolha é livre e está vinculada a uma vontade autônoma, como faz crer o termo opção. É uma orientação na medida em que estabelece um estado psíquico de identidade peculiar, cuja origem ainda é nebulosa, bem como as condições para sua mudança, não sendo, contudo, algo absoluto e pré-determinado.

A Organização Mundial de Saúde, organizadora da CID, retirou aquilo que se passou a considerar como mera orientação sexual – assim entendidas a heterossexualidade, a homossexualidade e a bissexualidade – do rol de distúrbios. Essa tradição de se considerar tudo aquilo que não fosse a heterossexualidade estrita como perversão remonta à segunda metade do século XIX, consolidada pela publicação de “*Psychopathia Sexualis*”, em 1893, por Krafft-Ebing. Para ele, e para a sociedade de então, perversão era toda a prática sexual que desviasse dos fins reprodutivos. Destarte, o coito anal, o sexo oral, ou qualquer ato que não a conjunção carnal era tido como uma perversão.

Embora influenciado pelo positivismo materialista que o levou a adotar um parâmetro biológico como critério de correção e naturalidade das relações sexuais, este autor teve papel fundamental na guinada do entendimento da sexualidade humana como um produto do biológico para um produto da psique. É Freud quem consolida definitivamente esta visão, em seu livro “Três Ensaios sobre a Sexualidade”. Nele, o pai da psicanálise afirma que “na verdade, a escolha do

nosso objeto sexual e de desejo é um enigma tão complexo quanto o próprio ser humano”<sup>6</sup>. Assim, conclui Sérgio Gomes<sup>7</sup> que:

Nem mesmo o interesse sexual do homem pela mulher ou vice-versa é algo óbvio, e sim, um problema que requer esclarecimentos, conforme pode ser visto nos ‘Três Ensaios’, tornando uma tarefa fútil a pergunta: ‘*por que alguém é homossexual?*’. A melhor pergunta a ser feita deveria ser: ‘*o que leva um ser humano a realizar uma escolha de objeto*’, ou dito de outro modo, ‘*o que leva um sujeito a desejar e amar alguém, seja este hetero ou homossexual?*’.

É essa transição que Freud consagra, pavimentando o caminho da mudança gradual acerca do foco e origem da orientação sexual. Nas palavras de Sérgio Gomes<sup>8</sup>:

Assim, o foco da sexualidade humana, que antes era da ordem biológica ou social, passará a ser da ordem da dinâmica psíquica do inconsciente, não mais estará no corpo biologizado, na reprodução humana, ou nos ditames das normas sociais ou morais burguesas.

Hoje em dia, este pensamento recrudescerá a ponto de se admitir que masculino e feminino são apenas referentes socialmente construídos, independentes do gênero biológico com que se nasce. Desta forma, socialmente construídos, estes dois sentidos da sexualidade, ou no caso, gênero, são contrapostos e caracterizados como duas categorias extremadamente opostas, de distinto valor, e extremamente estereotipadas, cumprindo assim um papel formatador dos indivíduos.

### 2.3. A evolução das dimensões da sexualidade humana e seus aspectos e elementos

Tratar-se-á neste momento do entendimento acerca da evolução e desenvolvimento do estudo dos diversos elementos que compõem a sexualidade humana. Estes elementos dividem-se em três dimensões básicas, a saber: biológica ou física, psíquica e comportamental ou social.

Segundo Elimar Szaniawski<sup>9</sup>:

6. Apud GOMES, Sérgio. *Ensaio Homoerótico III: Freud e o homoerotismo*. Disponível: <<http://www.glssite.net/colunistas/silva/psi13.htm>>.2002. p. 5.
7. Ibidem.
8. Idem, p. 4.
9. SZANIAWSKI, Elimar. *Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 34.

O sexo constitui um dos caracteres primários da identificação da pessoa e pode ser definido como o conjunto de características que distinguem o macho da fêmea, ou o conjunto de indivíduos que têm a mesma conformação física, considerada sob o aspecto da geração.

Acrescenta-se, hoje em dia, que a conformação que identifica o gênero deve se dar também nos demais âmbitos, não mais apenas no físico. Da observação do autor depreende-se que a classificação bipolar dos gêneros é cultural. Em verdade, não há impedimento para que esta seja alterada, havendo apenas a conveniência e suposta identidade em todos os demais filões animais. Neste sentido, é típica do discurso científico a caracterização e exclusão das exceções, montando-se esquemas e classificações da realidade, o que enseja o aparecimento de fenômenos ou dados que fogem deste esquema, fazendo com que o cientista tipifique estas exceções como novas formas criando adendos ao esquema, a fim de mantê-lo vigente o máximo possível.

Assim, por isso mesmo, o ser humano sempre foi dividido em macho e fêmea. Ainda hoje esta classificação não encontra críticas, embora já não mais atenda às especificidades da realidade. Contudo, esta divisão, até meados do século passado, era feita levando-se em conta apenas a conformação física de cada um, por meio da observação de suas características genitais e gonadais. Foi a partir daí que ocorreu uma mudança no sentido de observar e valorizar outros critérios. Outros elementos foram adicionados à equação da descoberta e definição da sexualidade, sendo feito, então, um novo esquema de compreensão adotado como modelo essencial hoje em dia.

Não há, obviamente, um consenso absoluto acerca deste modelo. Porém, admite-se que diversos autores desconhecem todas as dimensões envolvidas, havendo, portanto, muita ignorância acerca do assunto. O que é possível assumir é um dissenso quanto ao grau de importância, ou mesmo à existência de importância, de cada um dos elementos elencados, não sendo mais cabível que quaisquer deles sejam ignorados.

Adotar-se-á aqui o esqueleto da classificação apresentada por Elimar Szaniawski, com uma série de modificações e aprimoramentos.

Todos os elementos e características que compõem a sexualidade humana podem ser divididos em três dimensões, conforme já afirmado anteriormente: biológica ou física, psíquica e comportamental ou social. A dimensão biológica comporta os aspectos genético, endócrino e morfológico; a psíquica se manifesta em apenas um aspecto; enquanto o comportamental compreende os aspectos civil e social *stricto sensu*.

### 2.3.1. Da dimensão biológica

Diversos são os aspectos, e conseqüentes elementos, da dimensão biológica ou física da sexualidade. Segundo Matilde Sutter<sup>10</sup>, a determinação exata do gênero de um indivíduo depende da verificação de todos os caracteres referentes a um sexo e a ausência de todos os demais.

Esta dimensão envolve aspectos distintos, que por sua vez englobam certos elementos. O aspecto genético do gênero diz respeito à composição cromossômica do indivíduo, sendo este o único elemento considerado. Como regra, todo ser humano nasce com vinte e três pares de cromossomos, sendo um par o caracterizador do gênero, possuindo este necessariamente um cromossomo X e outro podendo ser X (para mulheres) e Y (para homens); defeitos genéticos podem ser apresentados neste sentido, caracterizando o que se convencionou por doenças ou deformidades.

O aspecto endócrino, por sua vez, subdivide-se em dois elementos: o sexo gonadal e o sexo hormonal. O primeiro é a manifestação das gônadas, que são as glândulas responsáveis pela produção de gametas, femininos ou masculinos. Homens apresentam testículos, enquanto mulheres, ovários. Estas características são decorrentes da genética, conforme visto anteriormente, e do bom desenvolvimento do sexo hormonal, que é aquele representado pela manifestação dos hormônios produzidos por estas e outras glândulas. Dois hormônios são símbolos dos gêneros: a progesterona, do feminino, e a testosterona, do masculino. Sabe-se que a insuficiência da produção de qualquer dos dois hormônios afeta o desenvolvimento das gônadas e de outras características morfológicas do indivíduo.

Outro aspecto relativo à dimensão biológica é o morfológico, caracterizado pelos elementos fenotípico e genital, sendo aquele a manifestação da atuação dos hormônios em nosso corpo. Destarte, a presença de maior quantidade de pêlos pelo corpo, largura do quadril menor que a dos ombros, cintura larga, traços e feições grossas, maior força física, são características, mais apropriadamente chamadas de *tendências*, masculinas, oriundas da presença da testosterona no organismo. Por outro lado, a menor quantidade de pêlos no corpo, quadril acentuado maior que a largura dos ombros, cintura, bem como traços e feições finas, são tendências femininas, oriundas da presença da progesterona no organismo. Já o elemento genital, por outro lado, constitui-se na presença de genitálias típicas de um dos dois gêneros. A genitália característica do homem é o pênis e o escroto, enquanto a da mulher é a vagina e o útero.

10. Apud SZANIAWSKI. Op. cit.. p. 38.



### 2.3.2. Da dimensão psíquica

A dimensão da psique humana tem tido um papel fundamental na identificação do gênero humano, tendo prevalência sobre as demais. Cabe destacar, inicialmente, que ela se compõe de dois aspectos: identidade sexual e identidade de gênero.

Embora ambas se manifestem na esfera psíquica, entende-se que diversos fatores, especialmente das outras duas esferas, contribuem para sua formação. Só não há ainda um consenso acerca do nível de interação e importância dos mesmos nesse processo.

A **identidade de gênero** é a auto-identificação a um dos dois gêneros, masculino ou feminino. Comumente, identificamo-nos com o nosso gênero biológico. Contudo, há casos em que simplesmente diferimos desta associação comum, identificando-nos com o gênero oposto. Em outros casos, o gênero biológico não é bem definido e algumas anomalias criam uma dificuldade na caracterização e associação do mesmo. É o caso do hermafrodita, como se verá adiante.

Embora não se possa precisar qual a causa deste fenômeno de identificação psíquica ao gênero biologicamente oposto ao seu, fenômeno este chamado de **disforia de gênero**, ele é cada vez mais comum, e inspira a devida atenção, exatamente por suas causas ainda serem desconhecidas ou controvertidas. Esta disforia é elemento essencial para a caracterização da transexualidade, conforme será visto no capítulo seguinte.

É possível perceber que o crescimento do estudo da psicologia e mesmo da psiquiatria permitiu o aprofundamento de certas questões, como esta. Em princípio, estas divergências da normalidade psíquica eram tidas como doenças ou distúrbios mentais. Porém, a dificuldade de tratamento e adequação destes indivíduos à realidade levou muitos especialistas e estudiosos a admitir a existência e convivência destes distúrbios com o restante da sociedade. Assim, fazia-se necessária a devida adequação física, já que a psicológica não era possível. Com isto, a dimensão psíquica ganhou importância e primazia na determinação do gênero do indivíduo.

Outro fator que contribuiu para esta primazia foi a transição paradigmática ocorrida a partir de meados do século passado e ainda em curso, que exigiu a extensão e dilação do conceito de normalidade em todos os seus aspectos, fragilizando-o. Isso nos trouxe a uma era de maior tolerância com as diferenças e o início da sua valorização como elemento essencial de uma sociedade melhor. Assim, em razão da propagada harmonia social, e em virtude também das mudanças de características hegemônicas, como a sexualidade cada vez mais diversificada, passou-se a respeitar a diversidade.

A **identidade sexual**, por sua vez, é o que se chama de orientação sexual. Adota-se essa denominação, ainda que ela seja minoritária, pois é importante ressaltar que: a chamada orientação sexual não se confunde ou decorre necessariamente da identidade de gênero, e, por isso mesmo, muito menos do gênero fisicamente considerado; esta orientação é muito mais que a reiteração de certos comportamentos tipificados, sendo a própria identidade, identificação e assunção de uma determinada sexualidade; e, por fim, ela não deve ser reduzida à discussão sobre sua origem e fixação, ou seja, se ela é uma determinação, uma opção ou uma orientação, devendo ser tomada como algo maior que isto, sendo uma verdadeira identidade psíquica, a ser considerada e respeitada independente de sua proveniência.

### **2.3.3. Da dimensão social**

#### **2.3.3.1. Do sexo ou aspecto civil**

O aspecto civil da sexualidade humana é definido pelo direito vigente, sendo considerado aquele que o indivíduo carrega e ostenta como seu, vinculado a diversas características, e que faz seu detentor ter direitos inerentes a esta condição.

A personalidade civil, assim considerado o atributo conferido pelo direito a todas as pessoas, começa com o nascimento com vida, e desde então se atribui a esta pessoa um determinado sexo civil, ou gênero. Desta forma, ainda que não seja registrado, o sujeito já detém um sexo específico, ainda que não definido legalmente.

Este é um elemento essencial para a identidade humana, que no âmbito do direito se dá pela completa identificação por meio do nome – prenome e sobrenome – e do gênero, além da filiação.

Pertence à dimensão social em razão de definir o papel que o indivíduo terá na sociedade, e também em razão de o direito ser um objeto eminentemente cultural.

Vige atualmente na doutrina e na legislação brasileiras o princípio da inalterabilidade do registro civil, e conseqüentemente do gênero, bem como a atribuição do sexo por conta de fatores puramente biológicos. Estes dois pontos serão debatidos e atacados no capítulo 5 mais pormenorizadamente.

O que se pretende neste breve estudo é a mudança deste aspecto, para que se admita que a caracterização da individualidade humana dependerá da combinação de diversos fatores, e não apenas a simples observância de tão-somente um deles.

Esta transição nos levará a admitir a existência de quatro gêneros distintos, a saber: o macho, a fêmea, o transexual masculino e o transexual feminino, posto que estes dois últimos não se enquadram em nenhuma das classificações anteriores.

### 2.3.3.2. *Do sexo ou aspecto social*

O aspecto social da sexualidade humana se caracteriza como a função ou o papel que a pessoa assume frente a sociedade. Comumente, a orientação sexual dos indivíduos é atribuída erroneamente em razão destes assumirem papéis de gênero opostos ao seu gênero biológico ou comportamentos sexuais destoantes do preceito social geral.

Sabe-se que a orientação sexual se define pela afetividade que alguém dedica a outrem. Infelizmente, contudo, o preconceito e o desconhecimento fazem com que mesmo médicos ou juristas confundam certos conceitos elementares, como o papel de gênero e o comportamento sexual.

O papel de gênero, como já visto, é a função social que alguém passa a exercer ou admitir. Constitui a assimilação das convenções sociais acerca do que cabe a cada gênero. Destarte, a sociedade atual impõe à mulher e ao homem comportamentos diferentes. Alguns exemplos já foram dados anteriormente, mas convém expor novo rol de condutas “sócio-tipicamente” femininas e “sócio-tipicamente” masculinas: aos homens cabe o papel de chefes de família, insensíveis, pouco vaidosos, fortes, praticantes de esportes de contato, etc; já às mulheres cabe, em contraposição, o papel de donas de casa, sensíveis, vaidosas, frágeis, não praticantes de esportes de contato, etc.

## 3. A CONFORMAÇÃO DOS DIVERSOS ASPECTOS

Apresentados os diversos aspectos, devemos observar que eles apenas dão características a serem combinadas na identificação do indivíduo. Ressalte-se que enquanto critérios de identidade são fruto de uma cultura proveniente do século XIX. A noção de que a heterossexualidade é a regra da identidade e do comportamento sexual também é proveniente desta época, e costuma-se encará-la como algo natural, biologicamente inerente ao ser humano, bem como a todo e qualquer animal. É esse pensamento que faz com que qualquer desvio seja considerado uma anomalia, uma doença.

Como já visto antes, o positivismo científico vigente na segunda metade do século XIX formou a mentalidade naturalista, que associava o homem às demais espécies animais. Assim era que o surgimento da sociologia se deu numa

perspectiva materialista, como uma física social, derivada do estudo da química, da física e da biologia. Desta forma, era natural o que podia ser observado nas demais espécies, daí se firmando a idéia de sexo apenas como um instrumento de reprodução. Portanto, tudo aquilo que se desviasse deste modelo era visto como uma anomalia. E a orientação sexual natural por excelência, pois que era a única que permitia a procriação, é a heterossexualidade.

Esta orientação era definida exclusivamente pelas práticas sexuais do indivíduo. Hoje em dia já se admite que a orientação é uma identidade, sendo necessário para sua caracterização, portanto, muito mais do que a reiteração de condutas sexuais de qualquer natureza. É imprescindível, como já visto, não só para caracterizar a heterossexualidade, mas também as demais orientações sexuais, a afetividade envolvida nessas condutas. Ou seja, não basta haver uma série de condutas, mas uma relação afetiva, senão exclusiva, mas claramente predominante e afetuosa. Primazia de uma prática e presença de um sentimento amoroso-afetivo em alguma dimensão, eis os requisitos atuais para a correta identificação da orientação sexual.

Como seres culturais que são os humanos, a resistência aos instintos e àquilo que é, supostamente, natural é corriqueiro. As normas sociais são essencialmente culturais e opostas àquilo que comumente identificamos nas demais espécies animais. Diz-se da homossexualidade uma anomalia porque não favorece a procriação. Mas, por meio da mesma observação que se faz da natureza, pode-se concluir que o casamento também não favorece a devida procriação e evolução das espécies no modelo darwinista. Observa-se, assim, que nossos atos e nossas vidas não são regidos puramente pelos instintos ou pelo que é supostamente natural, e sim pela liberdade que temos de agir conforme desejamos, independente dos ditames da natureza ou mesmo da sociedade. Embora esta liberdade não seja absoluta, a discussão acerca de sua extensão não é cabível neste momento. Toma-se ela apenas como algo dado, observável na prática.

#### **4. A TRANSEXUALIDADE**

##### **4.1. Caracterização: orientação sexual ou patologia (ou um novo gênero)?**

Preliminarmente, pode-se afirmar que a transexualidade se caracteriza como uma divergência entre o estado psicológico de gênero e as características físicas e morfológicas perfeitas que associam o indivíduo ao gênero oposto. É comumente conhecida, na seara médica, como disforia de gênero, embora muitos autores classifiquem esta como um elemento da transexualidade. A devida caracterização da transexualidade depende do entendimento do seu mais importante componente: a dimensão social.

A transexualidade ainda é tema de debates acirrados, tanto no que concerne à sua caracterização, quanto à sua origem.

Ainda hoje, a transexualidade não encontra muito respaldo para ser tratada como uma orientação sexual, sendo até hoje denominada uma anomalia ou transtorno psíquico. Na seara médica, é conhecida como disforia de gênero, nome apropriado que designa uma destoaância entre os gêneros biológico e psíquico.

É importante ressaltar que apenas com o fenômeno da transexualidade é que começou a se elaborar uma noção de identidade de gênero, algo que só pode ser pensado como distinto do gênero biológico no transexual. Por isso mesmo, o aumento da ocorrência deste “transtorno” revoluciona o modelo de pensamento psiquiátrico. Inicialmente, a disforia era tratada como uma doença que devia ser curada. Por cura entendia-se o procedimento de reordenar a mente do indivíduo portador desta “síndrome” para que resgatasse sua verdadeira identidade de gênero, que para os especialistas de então era o próprio gênero biológico.

Com o avanço de estudos antropológicos, passou-se de fato a se considerar a identidade de gênero como uma real identidade, e não apenas uma disfunção mental. A mentalidade da sociedade evoluiu, desvencilhando-nos dos velhos preceitos naturais-biológicos que vigiam até há pouco, e fundando um pensamento que era capaz de admitir que o critério da verdade poderia residir na esfera psíquica. O golpe definitivo para uma guinada na opinião médica veio com os sucessivos fracassos de tratamento para os transexuais. Com isso, assumiu-se que o melhor tratamento era aceitar a identidade de gênero, procedendo à transgenitalização. Contudo, percebe-se que o critério de verdade não mudou para o psicológico, e sim para o conforto e bem-estar. Ao estabelecermos que o bem-estar do transexual somente virá com a transgenitalização, ela deverá ser realizada.

Essa postura é essencial para uma mudança paradigmática nas relações entre os indivíduos que não apresentam o que se classifica como transtornos sexuais e os que apresentam algum deles, e se alinha à moderna tendência de inclusão dos homossexuais e travestis. Neste sentido, caminha-se para a compreensão do transexual como um indivíduo desprovido *a priori* de patologias, que pode e deve ser integrado à sociedade, como um cidadão qualquer, com opções e diferenças próprias, sejam elas sexuais, políticas, religiosas ou quaisquer que sejam.

O transexual é a pessoa que porta todas as características físicas inequivocamente de um gênero, mas se identifica como pertencente ao gênero oposto. Não há qualquer malformação física ou biológica, apresentando o indivíduo gônadas, hormônios, cromossomos e genitálias perfeitas. Ou seja, a transexualidade é um fenômeno eminentemente psíquico.

Contudo, um destaque a essa opinião deve ser feito. Entende-se aqui que ainda há um enorme preconceito vigendo contra os transexuais, no tocante à já comum e mencionada confusão que se faz entre as dimensões da sexualidade humana. Os registros médicos caracterizam o transexual como o indivíduo que se identifica com o gênero oposto ao seu, assumindo uma identidade e um comportamento condzente. Firmo, contudo, entendimento contrário: nada impede que um transexual sintá-se, por exemplo, uma mulher e comporte-se como um homem. Não importa, portanto, o papel social, que é algo cultural e mutável, além de bastante relativo também em razão do espaço geográfico. Importará apenas que haja uma identidade de gênero que destoe do gênero biológico fundamental. Assim, a medicina admite que haja transexuais que façam a conversão genital, mas ainda tenham afeto pelo gênero oposto ao seu próprio gênero original. Se os especialistas já separaram a identidade de gênero da orientação sexual, por que também não fazê-lo em relação ao papel de gênero? Supõe-se aqui que ainda falta uma evolução cultural neste quesito, a fim de dirimir certos preconceitos ancestrais.

Em síntese, o que caracteriza o transexual para este trabalho é a identidade de gênero oposta ao gênero biológico, não importando a orientação sexual ou o papel de gênero da pessoa.

Portanto, a caracterização da transexualidade como patologia ou orientação é vazia, pois que dependerá do pressuposto de cada um: biológico ou psicológico. Em verdade, a transexualidade, para este trabalho, é um **novo gênero**. Assume-se aqui esta posição uma vez que não se pode dizer haver efetivamente uma orientação, na medida em que a orientação sexual do indivíduo independe de ser ele transexual ou não. Neste sentido se manifesta Silvério da Costa Oliveira<sup>11</sup>, distinguindo as dimensões da transexualidade e das orientações sexuais – heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade:

Quanto à existência de uma patologia no transexual, esta pode ser admitida, mas apenas enquanto patologia biológica. Acolhendo-se a dimensão psíquica como principal, e mesmo único, fator de determinação da identidade do ser humano, é forçoso reconhecer que o único defeito que o transexual porta é o de ter nascido com problemas físicos: genitálias, cromossomos, gônadas e hormônios do gênero oposto ao seu gênero verdadeiro.

Embora cause um certo espanto esta caracterização peculiar do transgênera como um novo gênero, esta se sustenta numa premissa exposta anteriormente: a de que a dicotomia homem-mulher não é por si natural, e sim fruto da criação

11. OLIVEIRA, Silvério da Costa. *Op. cit.*

humana, e como tal possui uma data de nascimento: o século XIX, dominado pelo positivismo científico que ainda nos domina quase que completamente.

Neste período, o ser humano passou a observar a natureza, numa conduta empirista extremada, que foi denominada de positivista, passando a referenciá-la em todas as suas teorias, adotando-a como critério único de verdade. Assim, os animais, visíveis e conhecidos, foram classificados como seres muito próximos aos seres humanos, devendo, portanto, serem adotados como modelos referenciais da própria natureza. Ou seja, a humanidade passou a assumir a mesma divisão sexual dos animais, admitindo-se apenas a heterossexualidade como orientação e o masculino e o feminino como gêneros. Contudo, a observação fez surgir inicialmente orientações sexuais destoantes, logo tomadas como aberrações por serem antinaturais, mas impossíveis de serem ignoradas como fenômeno concreto. A partir de meados do século XX, acentuando-se em seu final, surgiram também novas formas de manifestação da sexualidade, consistindo mais propriamente em dois novos gêneros: o transexual masculino e o transexual feminino. Malgrado tal observação clara, nota-se uma resistência à devida classificação da transexualidade, ainda maior que a da homossexualidade e bissexualidade. Convém lembrar que tais orientações sexuais não foram de logo admitidas como identidades sexuais válidas, e sim como transtornos, apenas depois sendo tratadas pelo que de fato são.

A razão disso, dessa resistência à devida caracterização e classificação, reside no modelo paradigmático adotado na modernidade. Este modelo cientificista é caracterizado pela afirmação de um conjunto de esquemas assumidos, num primeiro momento, como dogmas. As exceções que se encontram a estes esquemas, na realidade concreta, serão tratadas como componentes de um esquema novo. Assim, no século XIX assumia-se que haveria apenas uma orientação sexual válida, a heterossexual, compondo a homossexualidade e a bissexualidade um novo esquema: o dos distúrbios ou transtornos psíquicos ou mentais de preferência.

Esse efeito ainda ocorre em relação ao transexual em razão de ser a transexualidade um fenômeno novo, não do ponto de vista da sua existência, mas do seu diagnóstico como tal e estudo. Com este trabalho, pretende-se também contribuir na evolução do esquema de gênero, acolhendo-se a transexualidade masculina e a feminina como formas de gênero tão válidas quanto o macho e a fêmea propriamente ditos.

A defesa do entendimento do transexual como pertencente a um gênero novo, que supera a dicotomia macho-fêmea, sustenta-se também num raciocínio lógico, visando, sobretudo, pôr um fim a um paradoxo incômodo, pois em razão de não ser possível a alteração da composição cromossômica de uma pessoa, o transexual viverá sempre numa área de indeterminação, sem que ele possa ser completamente

homem nem completamente mulher. Assim, sua opção é a de assumir sua verdadeira condição, que o desiguala de outros indivíduos. Essa desigualdade não é em si negativa ou positiva: é apenas uma diferença. A consideração e assunção pelo transexual deste novo gênero – em verdade, dois novos gêneros – não implica em vexame. Em verdade, percebe-se que o temor do transexual em ser discriminado por constar em sua certidão o termo “operado” – como pretende um projeto de lei no Congresso – é justificável, em razão do estágio cultural em que a sociedade se encontra. Porém, pode-se notar também um preconceito por parte dos transexuais em relação a essa pecha. Por tal razão não se defende a obrigatoriedade da constância do termo operado na certidão, por constituir vergonha para o transexual. Mas esta vergonha se dá perante a cultura atual.

## 5. CONCLUSÃO

Espera-se que no futuro próximo haja esse entendimento de que o transexual é um gênero distinto, pois esta noção soluciona o paradoxo atual: o transexual nunca será do gênero oposto ao do seu nascimento ou biológico, pois a mudança de cromossomos é impossível, e sempre será, nem deste mesmo gênero, pois mantém uma identidade psíquica, ou de gênero, própria. Assim como se percebe que a homossexualidade é uma orientação legítima, não sendo a heterossexualidade sequer uma regra óbvia da natureza, como afirmou Freud, é possível que no futuro haja uma percepção semelhante em relação ao transexual e seu gênero.

Ademais, se admitimos, como de fato admitimos, a idéia de evolução natural, podemos aceitar que o transexual se constitui como algo diferente, e o aumento da incidência desse fenômeno nos força a aceitá-lo. A aceitação da diferença, sem que seja necessário hierarquizá-la, sempre foi um dilema para a sociedade, representando mesmo uma utopia. Esta utopia está mais próxima do que nunca, e por mais longe que ela esteja, não devemos deixar de pregá-la. Não podemos nos definirmos enquanto seres únicos e especiais, cada um de nós, sem que encaremos nossas diferenças ou particularidades sem opô-las umas às outras ou valorá-las negativa ou positivamente. As diferenças não são melhores nem piores: são diferenças. Esta é a noção que falta à sociedade atual para que a tese do novo gênero possa ser admitida com naturalidade e sem valorações.

Neste sentido, espera-se que a consagração da liberdade e da igualdade se dê na nossa Carta Magna, assumindo ela as diferenças existentes entre os transexuais e os não-transexuais, a fim de se admitir um novo paradigma que abarque a complexidade do fenômeno humano, permitindo seu livre exercício, estabelecendo as bases de uma nova classificação sexual e de gênero do ser humano. É necessário, portanto, que se reconheça a existência de outros gêneros, além dos dois tradicionais: homem



e mulher. Da mesma forma que num passado recente uma revolução se deu ao admitirmos diversas orientações sexuais e a regulação jurídica de seus efeitos, aguardamos ansiosos para que as bases aqui lançadas possam redefinir a doutrina e, no futuro, a legislação pátrias a respeito do assunto.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- ARATANGY, Lúcia R. **Sexualidade: a difícil arte do encontro**. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1997.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ASSIS, Inajara Silva de. **A problemática do transexualismo**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 09, número 528, 17 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6055>>
- ASSOCIAÇÃO Paulista de Medicina. **Transexualismo**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 545.
- BARBOSA, Heloísa Helen; BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CALIXTO, Marcelo; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Os Direitos da Personalidade: Breve análise de sua origem histórica**. Disponível em: <[http://www.suigeneris.pro.br/direito\\_dc\\_personalidade.htm](http://www.suigeneris.pro.br/direito_dc_personalidade.htm)>.
- CANELLA, Paulo Roberto Bastos. **Identidade de Gênero**. *Scientia Sexualis*: revista do mestrado em sexologia da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 74-79, dez. 1997.
- CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CHAVES, Antônio. **Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo**. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 13-19, 1981.
- \_\_\_\_\_. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Operações cirúrgicas de mudança de sexo: a recusa de autorização de retificação do registro civil**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 6, p. 7-14, maio 1992.
- \_\_\_\_\_. **Responsabilidade médica. Operações de mudança de sexo. Transmissão de vírus da Aids**. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 707, p. 8-13, set. 1994.

- CHIARINI JR, Enéas Castilho. **O transexual e a cirurgia de redesignação de sexo.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, número 66, junho de 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4176>>.
- COSTA, Ronaldo Pamplona da. **Os 11 Sexos: As múltiplas faces da sexualidade humana.** 3º ed., São Paulo: Gente, 1994.
- COUTO, Edvaldo Souza. **Transexualidade: O corpo em mutação.** Salvador: editora Grupo Gay da Bahia, 1999.
- DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito e a justiça.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. **O Transexual e o Direito de Casar.** Salto – Boletim da Associação de Travestis de Aracaju/UNIDAS, nº 06, mai-jun-jul/2002, pp. 01/03.
- DIMENSTEIN, Gilberto. **Meninas da Noite.** São Paulo: Ática, 1992.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 2. ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ, Sérgio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução.** Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.
- FRY, Peter e MACRAE, Edward. **O que é homossexualidade.** São Paulo: Brasiliense, 1983.
- GARBER, Marjorie. **Vice-versa.** Tradução por Ivanir Calado. Rio de Janeiro: Record, 1997.
- GOMES, Sérgio. **Ensaio Homoeróticos III: Freud e o homoerotismo.** 2002. Disponível: <<http://www.glssite.net/colunistas/silva/psi13.htm>>.
- KLABIN, Aracy Augusta Leme. **Aspectos jurídicos do transexualismo.** Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para obtenção do grau de Mestre em Direito Civil, São Paulo, 1977. 51 p
- \_\_\_\_\_. **Transexualismo.** Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário, Empresarial. São Paulo, v. 17, p. 27-49, 1981
- LOPES, Bárbara Martins; VELOSO, Bruno Henning. **Dignidade e respeito reciprocamente considerados: a mudança do nome por transexual na comunidade brasileira.** *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 624, 24 mar. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6504>>.
- MARIETO, Carlos Eduardo Bruno. **A operação de mudança de sexo e o direito.** Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 306, p. 23-27

- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**, 2º vol. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NUNAN, Adriana. **Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo**. Rio de Janeiro: Caravansaraí, 2003.
- OLIVEIRA, Silvério da Costa. **O Psicólogo Clínico e o Problema da Transexualidade**. *Revista SEFLU*. Rio de Janeiro: Faculdade de Ciências Médicas e Paramédicas Fluminense, ano 1, nº 2, dezembro 2001. Disponível em: <<http://www.sexodrogas.psc.br/transexualismo.htm>>.
- PARKER, Richard. **A Construção da Solidariedade**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, ABIA, IMS/UERJ, 1994.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PROUDHON, Pierre-Joseph. **O Que É a Propriedade?**. 18-?.
- REALE, Miguel. **Os Direitos da Personalidade**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SAFFIOTI, Heleieth I.B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1993.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. **El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares**. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, a.15, n. 56, p. 7-50, abr./jun. 1991.
- SUTTER, Matilde Josefina. **Determinação e mudança de sexo: aspectos médicos e legais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos**. São Paulo: Santos, 1996.





## VII

# CRISE DO EMPREGO: OS IMPACTOS DAS MUDANÇAS DOS NOVOS MODOS DE PRODUZIR

*Murilo Carvalho Sampaio Oliveira*

Advogado trabalhista e assessor jurídico de sindicatos profissionais em Salvador-BA, especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito Privado pela UFBA, Professor da Faculdade de Ruy Barbosa – FRB.

**RESUMO:** O artigo analisa os efeitos no contrato de trabalho das mudanças econômicas e técnicas provenientes da organização toyotista e da reestruturação produtiva. Trata-se de caracterizar tais fenômenos e seus reflexos no Direito Laboral, notadamente a flexibilização, precarização e terceirização. Para tanto, convém elucidar que a abordagem da temática será desenvolvida sob o viés do princípio da dignidade humana e da proteção ao hipossuficiente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fordismo; Toytismo; Direito do trabalho.

**ABSTRACT:** The following article sets out to clarify the modification of the labour's process. The article defined the crisis of fordismo and the toytism's strategies to the work's relationship. It demonstrates that the consequences of the pos-fordism are flexibilisation and heterogeneisation of labour; such characteristics are embedded within a wilful strategy against labour's protectionist laws.

**KEYWORDS:** Fordismo; Toytism; Labour law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Do Fordismo-Taylorismo ao Toytismo; 3. As estratégias do pós-fordismo para as relações de trabalho; 4. (In)Conclusão. 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Complexidade, heterogeneidade e dispersão são caracteres que expressam bem o mundo do trabalho contemporâneo. E o Direito do Trabalho, originado em um contexto de homogeneidade e concentração tem sido de alguma forma atingido por tais mutações? A resposta, naturalmente, é que tais modificações econômicas, sociais e técnicas interferem, não na juridicidade, mas nas situações fáticas que, pelas novas configurações, afastam ou minimizam a aplicação e funcionamento do Direito do Trabalho.

O termo pós-fordismo corresponde à caracterização das formas de organização produtiva advindas da crise do fordismo-taylorismo, combinado com as inovações



da Terceira Revolução Industrial (microeletrônica) e nova engenharia produtiva da empresa (reestruturação produtiva), exemplificados pelo modelo toyotista. A automação e a nova organização produtiva estabeleceram novas formas de execução do trabalho, inclusive utilizando-se de novos contratos de trabalho distintos da relação empregatícia ou mesmo mediante um contrato de emprego “flexível” e adaptado ao contexto atual.

Por mais paradoxal que seja, o desenvolvimento do trabalho, particularmente após a Terceira Revolução Industrial, não tem importando em um desenvolvimento ou melhora das condições de trabalho. Em simplória análise histórica, o trabalho tem significado a libertação do homem, ao ponto de Domenico de Masi afirmar a existência de:

...uma sucessão de fases liberatórias: a que vai desde as origens até a Idade Média trouxe a progressiva **libertação da escravidão**; a que vai da Idade Média até a primeira metade do século XX trouxe a **progressiva libertação da fadiga**; a que teve início a partir da Segunda Guerra Mundial e na qual vivemos hoje visa à **libertação do trabalho**. (1999, p. 8) (grifo nosso)

Entretanto, os modos atuais de trabalhar não têm assegurado ao homem os meios de obter uma sobrevivência digna, a exceção duma pequena minoria de trabalhadores altamente especializados que se situam noutra patamar nas relações de trabalho, podendo exigir condições melhores de trabalho. Nesse sentido, os trabalhadores, incluindo aqueles abrangidos pela parassubordinação, permanecem em situação de aviltamento, carecendo ainda de um sistema jurídico protetivo.

Assim, este artigo pretende analisar os efeitos no contrato de trabalho das mudanças econômicas e técnicas provenientes da organização toyotista e da reestruturação produtiva. Trata-se de caracterizar tais fenômenos e seus reflexos no Direito Laboral, notadamente a flexibilização, precarização e terceirização. Para tanto, convém elucidar que a abordagem da temática será desenvolvida sob o viés do princípio da dignidade humana e da proteção ao hipossuficiente.

## 2. DO FORDISMO-TAYLORISMO AO TOYTISMO

Para a compreensão mais adequada da atual forma de organização produtiva, torna-se imperioso tratar do paradigma anterior de organização, ou seja, o fordismo-taylorismo, e sua crise, para, adiante, identificar e caracterizar o novo parâmetro de organização produtiva: o toytismo.

No início do Século XX, Frederick Taylor reinventa a organização do processo produtivo capitalista, com objetivo de extrair o maior aproveitamento possível da

força de trabalho. Fundado em um ambiente produtivo mecanizado, com estudos dos tempos e movimentos realizados pelos trabalhadores, bem como a seleção, treinamento e organização dos empregados, basicamente, em dois setores: chefia, a que competia a fiscalização, organização e criação do processo produtivo, restrita ao número pequeno de trabalhadores com grande qualificação; execução, a que competiam as atividades repetitivas, braçais e de operação do maquinário, destinada a grande maioria dos trabalhadores com pouca qualificação.

Em 1913, Henry Ford inventa a produção padronizada, fundada na organização verticalizada, na qual a fábrica englobava todo o processo produtivo, desde do tratamento da matéria prima até detalhes finais do produto, incluindo, como na Ford, a própria comercialização. Era implementada em um processo mecânico (esteira ou linha de montagem) que fragmentava as funções desenvolvidas pelos trabalhadores, os quais eram encarregados individualmente de simples e repetitivas atividades. Dessa forma, obteve-se uma imensa economia, tanto com a redução de custos, com o aumento de produtividade, além da diminuição da resistência do trabalhador, em face do tempo imposto pela máquina e pela forma organizativa da produção.

O século XX foi demarcado pelo modelo fordista e taylorista na forma de organização e produção das mercadorias. Consistia na organização do processo produtivo de massas de produtos homogêneos, operando através de grandes linhas de montagem. Ou seja, o fordismo agrega ao processo produtivo a noção de produção em série. De outro lado, o controle do tempo e dos movimentos dos operários no processo produtivo são resultados das idéias e estudos de Taylor. Ricardo Antunes dissecou o modo fordista e taylorista, da seguinte forma:

Pela existência de trabalho parcelar e pela fragmentação das funções; pela separação entre a elaboração e execução no processo de trabalho; pela existência de unidades fabris concentradas e verticalizadas e pela constituição/consolidação do operário em massa, do trabalhador coletivo fabril, entre outras dimensões (ANTUNES, 2000, p.25)

Destarte, o fordismo-taylorismo pautava-se na generalização/homogeneização da execução do trabalho. Conseqüentemente, necessitava de um contingente imenso de trabalhadores realizando funções repetitivas, mecânicas e simples, desprestigiando a especialização técnica e/ou a habilidade individual.

Sustenta Boaventura de Sousa Santos que este modelo organizativo ampliou-se para além do processo produtivo, constituindo os elementos necessários para a formação de uma cultura de massas que, refinada ideologicamente conforma o que chamamos de consumismo. “Este forma de poder consiste no processo pelo

qual a satisfação das necessidades por vida do mercado se transforma numa dependência em relação a necessidades que só existem como antecipações do consumo mercantil” (SANTOS, 1999, p. 312). Portanto, o fordismo e o taylorismo podem ser considerados como fundamentos de uma sociedade de massas com padrões homogeneizantes.

O fordismo/taylorismo teve seu desenvolvimento associado à expansão capitalista mundial, com grande ascensão durante o Estado do Bem Estar Social. No entanto, com as crises de 1960/70, o Capitalismo ingressa em mais uma metamorfose, sob viés do programa neoliberal de redução do Estado e da atividade produtiva. Transfere o seu eixo da produção industrial para o segmento de serviços, como também prefere obter lucros na especulação financeira, principalmente nos serviços das dívidas de países. Neste contexto de reorganização do Capitalismo, o mundo do trabalho também foi significativamente transformado.

A década de oitenta/noventa do século passado representou a ruptura com o fordismo/taylorismo. A automação, robótica e microeletrônica inseriram-se profundamente no meio produtivo, acarretando grandes mudanças nas relações de trabalho e no próprio sistema produtivo, inclusive considerando-se como a Terceira Revolução Industrial. Novos processos de trabalho emergem, situados em um novo paradigma. O padrão generalizante de produção, que caracterizou o fordismo, vem sendo substituído por formas produtivas mais flexíveis, individualizadas e desregulamentadas.

Sugere Ricardo Antunes que o toyotismo “pode ser entendido como uma forma de organização do trabalho que nasce a partir da fábrica Toyota, no Japão, e que vem se expandindo pelo Ocidente capitalista, tanto nos países avançados quanto naqueles que se encontram subordinados” (2000, p. 181). Em sua essência, o toyotismo ampara-se no contexto da complexidade-diferenciação pós-moderna, para constituir-se um novo paradigma no processo produtivo.

É caracterizado por ter sua produção vinculada à demanda, desenvolvimento de produtos diferenciados, adequados aos interesses e necessidades do adquirente, resultado de ação em equipe de técnicos com multifunções e especialidades. Complementa Ricardo Antunes:

Temo como princípio o *just in time*, o melhor aproveitamento possível do tempo de produção e funciona segundo o sistema kanban, placas ou senhas de comando para reposição de peças e de estoque que, no toyotismo, devem ser mínimos. Enquanto na fábrica fordista cerca de 75% era produzido no seu interior, na fábrica toyotista somente cerca de 25% é produzido no seu interior. Ela horizontaliza o processo produtivo e transfere a terceiros grande parte do que anteriormente era produzido dentro dela (ANTUNES, 2000, p. 181/182)



De outro lado, não há mais parcelamento do trabalho como na linha de montagem fordista, mas trabalho realizado em equipes aptas, com flexibilidade na organização do trabalho e maquinário multifuncional, para produzir produtos diferenciados e individualizados. Ocorre, então, uma mudança no perfil do trabalhador. Anteriormente necessitava-se de trabalhadores sem especialização ou conhecimentos especiais para realização de tarefas simples e repetitivas. Com o modelo da Toyota, o trabalhador assume um perfil polivalente, isto é, para atender as demandas individualizadas do mercado, o trabalhador deve possuir relativa especialização ou conhecimento técnico e ter a capacidade de realizar atividades distintas e com máquinas diferenciadas.

O modelo da Toyota engendra uma nova organização do processo produtivo, marcada pela qualidade total do produto produzido. Frise-se que a noção de qualidade total não se refere à qualidade do resultado, mas sim do próprio processo produtivo, ou seja, almeja o aumento da produtividade. Acrescenta, também, uma diminuição do âmbito produtivo da empresa, com delegação de funções a terceiros, como a produção de componente ou serviço integrante do processo produtivo. No fordismo, o processo produtivo é vertical e concentrado na mesma empresa, no toyotismo é horizontalizado e difuso. Assim, o toyotismo perfaz uma reengenharia produtiva com incremento da terceirização e de precarização de condições trabalho, além do trabalho temporário.

Os avanços tecnológicos, além da colaboração com o modelo toyotista, têm, cada vez mais, em escala geométrica, transformado-se na própria força produtiva. Isto é, os avanços tecnológicos têm dispensado a atividade humana. Verifica-se, então, o fenômeno do desemprego estrutural, que extirpa postos de trabalho e funções em favor da automação da atividade laboral ou, mesmo, da própria desnecessidade da função, em face de novas técnicas produtivas.

Há um novo parâmetro na produção industrial, a revolução tecnológica confere à ciência e à tecnologia o papel de força produtiva. Mais precisamente, a tecnociência tornou-se agente da própria acumulação do capital, implicando em enorme acréscimo da produtividade do trabalho humano. Esta revolução consiste, em essência, na difusão e utilização de mecanismos/processos controlados pela informática, com capacidade de programar todo o processo de automação. A centralidade deste processo está na substituição da eletromecânica pela eletrônica como base do processo de automação, ou seja, o processo produtivo tem, então, como eixo a tecnologia de informação.

Com o desemprego estrutural, vivenciamos a diminuição do trabalho produtivo, considerado como aquele dispendioso de energia humana, sendo substituído pela

automação. Tem-se, desta forma, a assunção do trabalho imaterial, compreendido como aquele inserto no campo intelectual e comunicativo, destinado a produção, armazenagem e organização do conhecimento e informações e relativo ao setor terciário de serviços. A definição de Ricardo Antunes explicita a questão:

[...] o trabalho imaterial expressa a vigência da esfera informacional da forma-mercadoria: ele é expressão do conteúdo informacional da mercadoria; exprimindo as mutações do trabalho operário nas grandes empresas, e do setor de serviços, onde o trabalho manual está substituído pelo trabalho dotado de maior dimensão intelectual (2000, p. 162)

Todo o processo organizativo da produção, como visto, está em constante aperfeiçoamento, obtendo ganhos de produtividade em escala ascendente, por conseguinte, gerando mais riqueza. Particularmente, o toyotismo representa o sistema organizativo mais produtivo já visto, isto segundo os detentores dos meios de produção. Infelizmente, toda a melhoria nesses processos, especialmente o aumento de produtividade e riqueza, não tem, em contra-partida, assegurando aos trabalhadores melhores condições de trabalho ou mesmo salariais. Aliás, toda evolução da organização da produção que tem obtido aumento de produtividade não tem traduzido para o trabalhador sua contrapartida, isto é, melhoria nas condições de trabalho e vida.

### 3. AS ESTRATÉGIAS DO PÓS-FORDISMO PARA AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Como visto no tópico anterior, o modelo de produção da Toyota no Japão tem ocupado a vanguarda das novas formas de produzir posteriores à crise do fordismo-taylorismo, embora não seja o único<sup>1</sup>.

Nas relações de trabalho, o pós-fordismo enseja alterações profundas nos contratos de trabalho, pois pretende aviltar as relações de trabalho e as conquistas obtidas no contexto do sindicalismo forte e do Estado do Bem-Estar-Social. Para tanto, atacar o contrato de trabalho em três sentidos: no interno, exigindo a flexibilização dos direitos e garantias dos empregados; no externo, retirando a proteção ou regulamentação da relação de trabalho, através da precarização; no misto, expulsando seus trabalhadores do quadro da empresa para relocá-los em empresas prestadoras de serviço, mediante a terceirização. Assim, analisaremos estas três estratégias.

1. São exemplos o modelo Kanban utilizados nos Supermercados dos Estados Unidos de manutenção de pequenos estoques e reposição de produtos em observância às placas colocadas após a venda (kanban).

A etimologia da palavra flexibilizar indica seu sentido como ato de vergar-se ou curvar-se perante algo ou alguém. No entanto, os defensores da flexibilização contextualizam seu sentido como apenas flexibilidade ou adaptação da norma, face à situação econômica mundial em crise e intensa concorrência. Então, a flexibilização preconiza a redução de vantagens e direitos, permitindo que o empregador, diminuindo custos, obtenha sucesso no cenário competitivo.

A luz de seus defensores, a flexibilização tem um propósito extremamente benéfico para a sociedade, uma vez que representa uma alternativa para a preservação dos empregos, ainda que com alterações *in pejus* no contrato de trabalho, em face da crise econômica, da intensa competitividade interna e externa e dos impactos dos avanços tecnológicos. Ou seja, optam pela diminuição/retirada de direitos dos trabalhadores, com vistas a reduzir os custos da produção, que, segundo esta corrente de pensamento, permitirá a sobrevivência da empresa no mercado global. Para isto, concebem e defendem uma ampla liberdade sindical, na qual a autonomia privada coletiva deve prevalecer, principalmente quando estabelecer diminuição de direitos e vantagens individuais decorrentes de Lei ou do contrato individual

No entanto, a flexibilização tem servido à diminuição da proteção trabalhista, e também previdenciária, com fundamentos econômicos, em favor do barateamento da produção e aumento de lucros das empresas. Isto porque o que se têm observado que é as empresas mesmo com a redução dos direitos e conquistas, após um curto período prosseguem dispensando seus empregados. Souto Maior assevera:

A teoria da flexibilização (que reflete mera intenção de reduzir os custos do trabalho) se impõe, apresentando-se como moderna, embora tenha estado na própria origem paradoxal das primeiras leis trabalhistas. Lembre-se que o conflito trabalhista foi identificado, desde seus primórdios, como o choque de interesses distintos de empregados e empregadores: os primeiros querendo trabalhar menos e ganhar mais; os últimos, querendo que os trabalhadores trabalhem mais por menores salários” (2002, p. 1290)

A segunda estratégia é denominada comumente de desregulamentação, embora se adote, neste trabalho, por ser mais adequado, a expressão precarização (FREITAS, 2001). A precarização é, de fato, a eliminação do Direito do Trabalho, uma vez que “torna o contrato e as condições de trabalho mais frágeis ... tornam as empresas mais livres para contratar e dispensar empregados ... retiram do Estado atribuições relacionadas a proteção trabalhista e/ou previdenciária” (FREITAS; 2001, p. 6).

Considera-se a precarização uma postura mais extremada do que a flexibilização, porque pretende a retirada de regulamentação, delegando para a autonomia

privada o estabelecimento das condições de trabalho e sua retribuição. É a anomia no dizer de Romita (2000), ou seja, inexistência de regulação legal de caráter protetivo para o trabalho, que, assim sendo, deverá individual ou coletivamente ajustar com o empregador os termos do contrato de trabalho. A título de diferenciação, a flexibilização reside na seara interna do contrato, realizando redução/adaptação dentro dos termos estabelecidos no contrato de emprego, enquanto que a precarização age na seara externa do contrato, uma vez que não assegura qualquer direito ou vantagem estabelecida no contrato, por isso é chamado de contrato precário.

A última estratégia é a terceirização, originada no toyotismo, que se fundamenta em argumentos de ordem técnica que sustentam uma maior e melhor produtividade, através desta forma organizativa da produção. Alega-se que a transferência de funções e atividades não relacionadas com a atividade-fim (denominadas de atividades-meio) resulta em melhor qualidade, porque esta atividade será delegada a uma empresa terceirizada tecnicamente especializada para a função e, conseqüentemente, importará em maior produtividade, eis que a empresa que terceiriza concentrará suas energias na atividade fim. Argumenta-se que com a terceirização há diminuição de custos e, em decorrência, diminuição dos preços, favorecendo o consumo.

Nesses termos, a terceirização caracteriza-se pela presença de um intermediário entre o trabalhador e a empresa que usufrui dos serviços deste. Consta-se, portanto, uma dissociação da figura do empregador, posto que existe um que admite e assalaria e outro que dirige os serviços. É este o conceito de Maurício Godinho Delgado:

Para o Direito do Trabalho a terceirização é fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a esse os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação de trabalho trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza as atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora do serviço, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (DELGADO; 2003, p. 424)

Márcio Túlio Viana relata que, em função da competitividade decorrente da globalização, a terceirização se torna uma necessidade imposta por esse sistema, apontando como caminho para a redução de custos ao expulsar da empresa o controle de etapas do processo produtivo. Márcio Túlio Viana afirma que no Direito comparado:

Entre os economistas, essa prática também é conhecida como outsourcing ou putting-out. No Direito Comparado em geral, se usa o termo subcontratação. A empresa joga para suas parceiras algumas das – mesmo todas as – as etapas de seu ciclo produtivo, enxugando-se. (VIANA; 2003, p. 776)

É preciso desvelar que a terceirização compreende uma estratégia externalizante. Com efeito, repassa para uma terceira a responsabilidade por uma etapa do processo produtivo, e, por conseqüência, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias. Registre-se que também possibilita um regime de diferenciação entre os empregados diretos e os terceirizados, confirmada pela distinta representação sindical e inclusive com parâmetros salariais incompatíveis. Propicia, então, o surgimento de pequenas empresas ao redor da tomadora, sem idoneidade, incorrendo, geralmente, no inadimplemento dos créditos trabalhistas. “Mas existe outro detalhe importante. Na verdade, como vimos, o que a empresa faz é um duplo movimento. Ela expulsa o trabalhador protegido e o retorna sem proteção, seja por meio de terceirizações internas, como por meio das externas” (VIANA; 2003, p. 785)

Márcio Túlio Viana relata a seguinte pesquisa:

O estudo do DIEESE, em 1999, envolvendo 40 empresas terceirizadas do ABC, apontavam: em 72,5% dos casos, benefícios sociais inferiores; e em 67,5% níveis salariais mais baixos. As jornadas eram mais extensas e as condições de saúde e segurança mais precárias. (2003; p. 781)

Em verdade, o fenômeno da externalização ou out-sourcing representa o intento do paradigma pós-fordista em evair-se das obrigações trabalhistas, a partir de novas formas de trabalho. Washginton da Trindade leciona que

Tais formas novas apontam para o fenômeno do out-sourcing, da externalização do trabalho, que se desvincula do trabalhador enquanto peça do mecanismo patronal, visando na opinião dos doutores das humanas, a um só tempo, abolir o contrato a tempo integral, transformar o trabalhador em empresário, livrando-se dos inconvenientes do poder hierárquico e das inarredáveis obrigações sociais. (TRINDADE; 1998, p.18)

Além destes problemas, a organização toytista propicia o enfraquecimento da categoria e dos sindicatos de trabalhadores, pois dificulta a organização associativa. Há, também, uma dispersão da categoria de prestadores de serviços que dificulta a formação ou o fortalecimento de um sindicato que possa representar e pleitear melhoria nas condições de trabalho. Portanto, o modelo terceirizante e toytista é nitidamente anti-sindical e prejudicial ao trabalhador, criado com o intuito de reduzir salários e enfraquecer os sindicatos. Nesse sentido, “a quebra do movimento operário se explica pela terceirização. Foi ela a arma secreta que o capitalismo (re)descobriu ou (re)inventou. Ela permite resolver a contradição

entre a necessidade do trabalho coletivo e a possibilidade de resistência coletiva” (VIANA; 2003, p. 789).

A organização toyotista, no intento do máximo aproveitamento, reduz não só o estoque de peças, mas também o estoque de mão de obra, ao ponto de se considerar que “a fabrica tende a se tornar uma mera gerenciadora de mão de obra, num movimento inverso ao dos tempos fordistas. É que o que alguns vêm chamando de empresa vazia.” (VIANA; 2003, p. 781).

#### 4. (IN)CONCLUSÃO

A título de (in)conclusão, o mundo do trabalho pode ser atualmente caracterizado pela heteroginização das formas de trabalho, particularmente com o decréscimo do trabalho classicamente assalariado, o emprego. Frise-se que a redução do emprego em favor de relações supostamente autônomas ou precarizadas, importa em exclusão de um imenso contingente de trabalhadores do sistema protetivo trabalhista, social e previdenciário. Esse novo mundo do trabalho criou, conseqüentemente, uma classe trabalhadora diferenciada do operariado fordista, assim definida por Antunes:

Essas mutações criaram, portanto, uma classe trabalhadora mais heterogênea, mais fragmentada e mais complexificada, dividida em trabalhadores qualificados e desqualificados do mercado formal e informal, jovens e velhos, homens e mulheres, estáveis e precários, imigrantes e nacionais, brancos e negros, etc., sem falar nas divisões que decorrem da inserção diferenciada dos países e de seus trabalhadores na nova divisão internacional do trabalho. (2000, p. 184)

Assim, a heteroginização implica a conformação de um mundo do trabalho plural, diferenciado, multifacetado e difuso. Vejamos a referida pluralidade nas possibilidades de trabalho no mundo contemporâneo:

Encontramos entre essas formas o trabalho temporário, o estágio, o trabalho em tempo parcial, autônomos, falsos autônomos, cooperados, trabalhadores organizados em forma empresarial, eventuais, avulsos, free-lancers, domésticos, diaristas, horistas, empreiteiros, subempreiteiros, trabalhadores com emprego partilhado (job sharing), trabalhadores a distancia, contrato de solidariedade externo ou expansivo, trabalhadores engajados em contratos civis, etc. (CARELLI; 2004, p. 17)

Com acerto, registra Rodrigo Carelli dois importantes problemas caracterizadores destas formas multifacetadas e heterogêneas de trabalho:

Corresponde à lógica de erosão das características típicas do espaço tradicional da empresa, ocorrem dois problemas: a opacidade do empregador real e falta de tipicidade, ou seja, desconexão entre o conceito de trabalho subordinado,

levando ambos os problemas à inefetividade das normas trabalhistas infra-constitucionais, e mesmo dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. (CARELLI; 2004, p. 17)

Pode-se, portanto, analogicamente dividir o mundo do trabalho em dois grupos de trabalhadores: os incluídos, com perfil de profissional especializado e/ou detentor de técnica, contratado nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, embora representem um pequeno contingente no total dos trabalhadores; os excluídos, os demais não englobados no tipo anterior e que não se configuram como autônomos, por não ter perfil especializado, sendo submetidos a contratações precárias ou mesmo a uma relação civil de prestação de serviços, na qual prevalece a hiper-exploração, em razão de que cabe aos trabalhadores todo o risco e custo da atividade, não obstante seja da empresa contratante a possibilidade de fixação da retribuição. O modelo toyotista pretende, então, “em vez de incluir, excluir – empregados, direitos, políticas sociais, etapas do processo produtivo.” (VIANA; 2003, p. 779).

Com efeito, o diagnóstico da situação laboral contemporânea repete os dilemas de surgimento do Direito do Trabalho: a excessiva exploração do trabalhador, seja através de formas distintas da relação de emprego (precarização), seja através da redução dos direitos e obrigações trabalhistas (flexibilização) ou mesmo pela sublocação (terceirização). Identifica-se nas relações laborais uma recorrente tensão entre a defesa da liberdade - mediante redução a intervenção protecionista juslaboralista, e a afirmação da defesa da igualdade e da regulação – por meio da tutela protetiva do Direito do Trabalho. Washington da Trindade arremata:

É provável que a aceleração imprimida aos fenômenos sociais, principalmente pela revolução tecnológica, justifique as flutuações dos grupos que se inclinam ora pela motivação de mais liberdade, ora pelo sistema dos freios e contrapesos, na acomodação pacífica dos interesses em conflito (TRINDADE; 1995, p. 78)

Portanto, os reflexos do pós-fordismo nas relações de trabalho indicam o surgimento de novas formas contratuais distintas da relação empregatícia. A parassubordinação é a exemplar, posto que sendo proveniente da descaracterização da subordinação clássica através da sua diluição, é definida como a prestação de serviço externalizada e mais em observância aos modos de produzir e fazer determinados pela empresa (TRINDADE; 1998).

Enfim, trata-se da, transcrevendo as sintéticas e exatas palavras do Prof. Washington da Trindade, “passagem do contrato de trabalho subordinado (contract of employment) ao contrato de atividade (contract of work) como figura central de um Direito do Trabalho renovado”. (TRINDADE; 1998, p. 15)

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao Trabalho?** 7ª. São Paulo: Cortez, Universidade Estadual de Campinas, 2003;
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 1943;
- CARELLI, Rodrigo Lacerda. **Formas atípicas de trabalho**. São Paulo: LTr, 2004;
- DALLEGRONE NETO, José Afonso. **Novos contornos da relação de emprego diante dos avanços tecnológicos**. São Paulo: LTr, julho/2003;
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 2ª. São Paulo: LTr, 2003;
- FREITAS, Carlos Eduardo. **Precarização e Leis do Trabalho na era FHC**. CUT. São Paulo: CUT, 2001;
- MASI, Domenico De. **Desenvolvimento sem Trabalho**. São Paulo: Ed Esfera, 1999;
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Repensando o Direito do Trabalho**. Jornal a Tarde. In Judiciárias. Salvador, 17 de outubro de 2004;
- ROMITA, Arion Sayão. **A flexibilização das leis do Trabalho em debate: choque e correntes**. In FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). Presente e Futuro nas Relações de Trabalho. São Paulo: LTr, 2000;
- SOARES FILHO, José. **A crise do Direito do Trabalho em face da globalização**. São Paulo: LTr, outubro/2002;
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 6ª edição. São Paulo: Cortez Editora, 1999
- SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Pai afasta de mim este cálice**. São Paulo: LTr, dez/2003;
- TRINDADE, Washigton Luiz. **A avulsidade e o declínio do salariado**. Revista T& D. São Paulo: 1998;
- \_\_\_\_\_. **A desregulamentação entre a liberdade e a lei**. Revista T& D. São Paulo: 1995;
- VIANA, Márcio Túlio. **Tercerização e sindicato: um enfoque para além do jurídico**. São Paulo: LTr, julho/2002;
- \_\_\_\_\_. **Proteção Social do Trabalhador no Mundo Globalizado**. In PIMENTA, José Roberto Freire (org.). Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.






## VIII

# DIREITO, PLANEJAMENTO ECONÔMICO E GLOBALIZAÇÃO

*Nilson Roberto da Silva Gimenes*

Mestre em Direito Público pela UFBA, professor da UNEB (em Direito Constitucional) e da UNIME (em Direitos Humanos) e ex-professor da UFBA.




**RESUMO:** Este trabalho aborda sobre as normas constitucionais de conteúdo econômico. Após, descreve os órgãos reguladores da atividade financeira. Daí, importantíssimo capítulo é dedicado ao planejamento econômico e ao sistema constitucional de planos, idéias fundamentais da nossa constituição. É feita ainda uma breve análise crítica sobre a globalização e o direito, para em seguida explanar-se acerca da questão dos juros relacionada com a meta do superávit primário.

**ABSTRACT:** This paper explains about constitutional rules of economic content. After,

describes the financial activity of the State. A very important chapter is dedicated to explain about constitutional economic plan, a fundamental idea of our Constitution. It's done a short analyze about globalization and law.

**PALAVRAS-CHAVE:** Normas constitucionais econômicas; atividade financeira; planejamento econômico; globalização.

**KEYWORDS:** Economic constitutional rules; financial activity; economic plan; globalization.



**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Normas constitucionais econômicas e sua eficácia; 3. Órgãos reguladores da atividade financeira; 4. O planejamento econômico e o sistema de planos; 5. A globalização e o direito; 6. Juros e superávit primário; 7. Conclusão; 8. Referências.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da relação jurídica constitucional das normas de conteúdo econômico. Há um grande enfoque voltado para as questões do planejamento econômico, da globalização econômica e do problema da exigência de um superávit nas contas públicas para atender determinações de organismos financeiros internacionais.

O trabalho tem como meta responder a questionamentos como: o sistema constitucional de planos é elemento do direito subjetivo ao bem-estar social? Qual é a natureza jurídica desse direito subjetivo (é de ordem pública)? Há legitimidade

no tabelamento oficial de juros no direito financeiro e no direito tributário? Como pergunta subsequente, é legítima a meta do superávit primário mínimo nas contas públicas?

O primeiro capítulo discorrerá sobre as normas constitucionais econômicas e sua eficácia. Há uma preocupação em demonstrar a existência e independência didática do direito econômico. Será sustentada a eficácia das normas constitucionais programáticas.

Daí, o segundo capítulo tratará dos órgãos reguladores da atividade financeira. Os órgãos que serão mencionados são o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e a Caixa Econômica Federal - todos agentes interventivos na realidade econômica.

O terceiro capítulo explanará sobre o planejamento econômico e o sistema de planos. Será comentada a diferença entre planejamento e plano. Também serão apontadas as características do planejamento econômico, em especial o que se aplica numa ordem capitalista. Será ressaltado o papel do direito financeiro e tributário nesse processo. Como boa novidade, será comentada a Emenda nº 48 à Constituição, que estende a idéia de planejamento para o mundo cultural.

O quarto capítulo analisará o impacto da globalização no direito econômico. Como tema conexo, também se falará do neoliberalismo. O impacto no direito tributário e nas relações jurídicas comerciais internacionais também serão comentados.

O quinto capítulo falará da problemática dos juros, com especial relevo para a Taxa SELIC, a meta do superávit primário mínimo, que o Estado tenta atingir a qualquer custo, com um impiedoso sistema de responsabilidade fiscal que sacrifica o cumprimento da responsabilidade social. Por último, chegar-se-á à conclusão.

## 2. NORMAS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICAS E SUA EFICÁCIA

A idéia de *constituição econômica* ganhou corpo na doutrina alemã, após a promulgação da *Constituição de Weimar*. É o conjunto de normas voltadas à organização econômica, de preceitos e instituições jurídicas que trazem os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma forma de organização econômica, constituindo uma *ordem econômica*.<sup>1</sup>

1. Eros Roberto Grau. *A ordem econômica na constituição de 1988*, p. 68.

Ao se falar num direito constitucional econômico, será também abordado, concomitantemente, o que significa uma norma constitucional econômica.

Pode-se, assim, apontar a existência de um *direito econômico*, que é um ramo do direito com o objetivo de regulamentar as medidas de *política econômica* referentes aos interesses individuais e coletivos, buscando harmonizá-los segundo a ideologia adotada pela ordem jurídica.<sup>2</sup>

A constituição econômica compreende tanto o conjunto de preceitos que institui determinada ordem econômica (mundo do ser) como o conjunto de princípios e regras essenciais ordenadoras da economia. Tudo isso consagra um determinado sistema econômico, que compreende um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, de conformidade com as quais se realiza o modo de produção e a forma de repartição do produto econômico.<sup>3</sup>

Vital Moreira também discute sobre o que seria o direito econômico. Em primeiro lugar, é preciso deixar claro que sempre existiu estreita relação entre o direito e a economia. Porém, as expressões “legislação econômica” e “direito econômico” se tornam afortunadas depois da I Grande Guerra. O desenvolvimento teórico da disciplina decorre do declínio do liberalismo e da ascensão do intervencionismo estatal na economia.<sup>4</sup>

Segundo ele, há grupos básicos de concepções sobre este ramo do direito. O primeiro considera-o como uma nova disciplina, reguladora de uma realidade específica, identificando um objeto autônomo. O segundo o define apenas como o conjunto das regras que limitam a liberdade econômica, estabelecem o direito da intervenção econômica do Estado e a armadura jurídica do dirigismo econômico. Seria um “direito público econômico” ou “direito administrativo econômico”. Um tanto diferente é a posição dos que afirmam a autonomia teórica do direito administrativo econômico, mas o concebe apenas como uma das partes do direito econômico, contraposto ao “direito privado econômico”, cuja existência não negam.<sup>5</sup>

Para uns, o direito econômico é a extensão do direito comercial clássico, mas para outros, seria um novo quadro do direito, ultrapassando as categorias tradicionais, e dotado de novas categorias, abrangendo o objeto de vários ramos tradicionais

2. Ibid., p. 180, 181.

3. Ibid., p. 70, 71.

4. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*, p. 50-52.

5. Ibid., p. 52, 53.

do direito, compreendidos num todo unificado. Já não seria um direito público ou um direito privado, pois teria nascido dessa dicotomia caduca e ultrapassada.<sup>6</sup>

Se a constituição econômica pode ser definida como o conjunto de normas fundamentais que estabelecem juridicamente os elementos estruturais de uma forma concreta de um determinado sistema econômico, então ela, neste sentido jurídico-material, existe em toda e qualquer formação social.<sup>7</sup> Ao passo que alguns consideram necessária a qualidade formalmente constitucional da constituição econômica, outros consideram essa exigência desnecessária, porque normas não formalmente constitucionais poderiam integrar a constituição econômica.<sup>8</sup>

O problema da constituição econômica é anterior ao problema de saber se ela tem ou não lugar na constituição do Estado. Seu conceito não tem por ponto de partida o direito constitucional, mas sim, a própria estrutura econômica. Aquilo que dentro da ordem econômica se há de elevar ao plano da constituição econômica é a própria economia que o determina.<sup>9</sup>

O conceito de constituição é tradicionalmente ligado à comunidade política organizada em Estado, vindo a ser definida como o estatuto da repartição de competências e das relações entre o Estado e os cidadãos. Deste modo, e no que respeita à economia, a constituição apenas poderia inserir o estatuto das relações entre o Estado e a economia. A outra possibilidade é que a constituição econômica não tem por objeto apenas o estatuto das relações do Estado com a economia.<sup>10</sup>

A constituição econômica foi concebida como uma ordem política fundamental da economia, principalmente após a crise do capitalismo liberal. A ordem econômica seria estranha à constituição, ou apenas tinha os traços de um programa a realizar, sendo desconhecida a sua eventual função de garantidora de um determinado estatuto jurídico da estrutura econômica existente.<sup>11</sup>

A existência da constituição econômica formal é independente do fato de a constituição conter, num capítulo autônomo, um sistema fechado de disposições econômicas. O fato de uma constituição se ter expressamente recusado a fixar

6. Ibid., p. 54, 55.

7. Ibid., p. 61.

8. Ibid., p. 62, 63.

9. Ibid., p. 64.

10. Ibid., p. 66, 67.

11. Ibid., p. 85, 86.

uma determinada ordem econômica não significa que, por isso, deixe de incluir uma constituição econômica em sentido específico.<sup>12</sup>

A constituição pode, de fato, limitar-se a assegurar um determinado sistema econômico e não inserir, portanto, disposições diretivas da política econômica. Mas esse estatuto é também suficiente para afirmar a constituição econômica formal como tal.<sup>13</sup>

Ainda pode falar-se de uma constituição econômica implícita. O implícito não pode referir-se a toda a constituição econômica, mas apenas à sua dimensão diretiva. A idéia de implícito implica um processo dedutivo.<sup>14</sup>

A circunstância de algumas constituições contemporâneas incluírem um capítulo específico dedicado à ordem econômica não deve levar à conclusão de que aí se traduz toda a constituição econômica ou que todas as disposições que integram essa seção pertencem à constituição econômica.<sup>15</sup>

As constituições econômicas atuais possuem como fato mais notável a inclusão de uma ordem econômica programática ou diretiva, que estabelece diretrizes da atividade do Estado em termos de normas constitucionais.<sup>16</sup>

As normas programáticas carecem não só de regulamentação legislativa como também de efetiva concretização. Esta somente ocorrerá quando se verificarem os pressupostos de fato que tal permitam, a apreciar pelo órgão legislativo. Elas possuem eficácia nos seguintes termos: devem ser levadas em conta na interpretação das demais normas pelo fato de fazerem parte da constituição; através da analogia, podem contribuir para a colmatação de lacunas; proíbem a emissão de normas legais contrárias e proíbem a prática de comportamentos que tendam a impedir a produção de atos por elas impostos, donde inconstitucionalidade material em caso de violação; fixam critérios para o legislador ordinário nos domínios sobre que versam – donde inconstitucionalidade material – por desvio de poder – quando haja afastamento desses critérios; e uma vez concretizadas como normas legais, não podem ser, pura e simplesmente revogadas, proibindo-se o retrocesso.<sup>17</sup>

12. Ibid., p. 103.

13. Ibid., p. 104.

14. Ibid., p. 104.

15. Ibid., p. 104.

16. Ibid., p. 107.

17. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional. Tomo II. Constituição*, p. 251, 252, 254.

Uma nota comum se verifica, portanto: as normas constitucionais de conteúdo econômico possuem eficácia imediata, pois mesmo as que são programáticas conseguem produzir uma série de efeitos sem necessidade de regulamentação.

A constituição brasileira dedicou espaço privilegiado para a ordem econômica, nos artigos 170 a 192. Os artigos 170 a 181 tratam dos princípios gerais da atividade econômica. Daí, os artigos 182 e 183 cuidaram da política urbana. Os artigos 184 a 191, levando em consideração a importância que o setor primário tem para o país, trataram da política agrícola e da reforma agrária. Por fim, o atual enxuto artigo 192 (por força da emenda nº 40), que estabelece linhas gerais do sistema financeiro nacional.<sup>18</sup>

### 3. ÓRGÃOS REGULADORES DA ATIVIDADE FINANCEIRA

A efetivação da constituição econômica e financeira muito se dá através dos órgãos reguladores da atividade financeira.

O Estado Financeiro se desenvolveu desde o fenechimento do feudalismo até a atualidade, exibindo diversos contornos: Estado Patrimonial, Estado de Polícia, Estado Fiscal e Estado Socialista.<sup>19</sup>

O Estado Patrimonial se baseava no patrimonialismo financeiro, ou seja, em viver fundamentalmente das rendas patrimoniais ou dominiais, ficando a receita extrapatrimonial tributária em posição secundária. O Estado de Polícia é centralizador e paternalista. Baseia-se na atividade de “polícia”, que visa sobretudo garantir a ordem e a segurança. Essas formas de Estado serão suplantadas pela versão Fiscal, com a sua estrutura capitalista liberal. Surge um novo perfil de receita pública, que passou a se fundar nos empréstimos, autorizados e garantidos pelo legislativo, e principalmente nos tributos, ao invés de no patrimônio do próprio Estado. Com o Estado Fiscal se aperfeiçoaram os orçamentos públicos, substituiu-se a tributação do campesinato pela dos indivíduos e minimizou-se a intervenção estatal. Já o Estado Socialista se revestiu de um caráter neopatrimonialista, pois vivia basicamente do rendimento de empresas estatais, onde o imposto passou a representar um papel subalterno. Esse Estado entrou em decadência.<sup>20</sup>

É importante destacar que os tributos, no Estado Fiscal, deixaram de ter função meramente arrecadatória. A extrafiscalidade dos tributos é poderosa arma de

18. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>> Acesso em: 27 out. 2005.

19. Ricardo Lobo Torres. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 7.

20. *Ibid.*, p. 7-9.

intervencionismo estatal. Dentre as diversas formas de intervencionismo fiscal, se podem destacar os seguintes procedimentos: intervenção por aumento ou diminuição da carga tributária; intervenção mediante discriminação, tributando-se gravosamente certas atividades e concedendo-se vantagens fiscais a outras; intervencionismo por amputação, aumentando-se os impostos sobre rendas e heranças elevadas, objetivando a redução de grandes patrimônios particulares a fim de reduzir as desigualdades; e o intervencionismo por redistribuição, onde o Estado não só retira parte da riqueza dos contribuintes, mas também a redistribui mediante subvenções ou auxílios a pessoas de baixa renda.<sup>21</sup>

A atividade financeira sofre ainda intervenção através da atuação dos órgãos reguladores. Um deles é o Conselho Monetário Nacional (CMN), nos termos da Lei nº 4.595/64. Sua função primordial é formular a política da moeda e do crédito e, com isso, buscar o desenvolvimento econômico e social do país. É o órgão estatal máximo dentro do mercado financeiro e de capitais. O CMN está comprometido com a proteção da moeda brasileira, devendo diligenciar quanto à sua estabilidade interna e externa. Além disso, deve viabilizar a mobilização dos recursos financeiros na economia nacional, com o fim de promover o bem-estar social e o desenvolvimento. Deve zelar pela liquidez e saúde financeira das instituições financeiras e, como consequência, da economia popular. É verdadeiro formulador de política econômica já que coordena as políticas monetária, creditícia, orçamentária e fiscal, baixando normas sobre o mercado financeiro e de capitais.<sup>22</sup>

Outro órgão de suma importância é o Banco Central. É uma autarquia federal, com personalidade jurídica e patrimônio próprio constituído de bens, direitos e valores. Deve cumprir e fazer cumprir as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, implementando as políticas deste. Deve zelar pela estabilidade das instituições financeiras, tendo poderes concernentes a constituição, funcionamento, administração, patrimônio, fiscalização, objeto social e arquivos informativos das instituições financeiras. Tem função de cuidar da emissão de moeda, do meio circulante, do crédito, das reservas oficiais e do capital estrangeiro do país. O BACEN dispõe de fontes de receitas particulares, como os lucros realizados em operações financeiras e demais aplicações efetivadas com recursos próprios; os resultados auferidos decorrentes de operações de câmbio, compra e venda de ouro e de quaisquer outras operações com moeda estrangeira e rendas

21. Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. *Manual de direito financeiro e direito tributário*, p. 9, 10.

22. Roberto Quiroga Mosquera. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*, p. 38, 39.

originadas de aplicação de penalidades, multas e compensações financeiras aos agentes de mercado.<sup>23</sup>

Já a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) tem a finalidade de fiscalizar o mercado de valores mobiliários, como, por exemplo, ações, partes beneficiárias, debêntures, cupões de títulos e bônus de subscrição, certificados de depósitos de valores mobiliários, outros títulos criados ou emitidos pelas sociedades anônimas, a critério do Conselho Monetário Nacional, dentre outros. Contudo, lhe foi excluída a competência para disciplinar o mercado de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal e os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto de debêntures, pois se entendeu que melhor seria que o Banco Central do Brasil regulamentasse tais matérias. As finalidades da CVM são as de estimular a formação de poupança e a sua aplicação em valores mobiliários; promover a expansão e funcionamento eficiente e regular do mercado de ações e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais; assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados de bolsa e de balcão; proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra as emissões irregulares de valores mobiliários e atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários; evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda de oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado; assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido; assegurar a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários; assegurar a observância no mercado, das condições de utilização de crédito fixadas pelo Conselho Monetário Nacional.<sup>24</sup>

Ainda cabe falar das instituições financeiras que, nos termos do artigo 17 da Lei nº 4.595/64, são as pessoas, físicas ou jurídicas, que realizam a coleta ou intermediação ou aplicação de recursos próprios ou de terceiros, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.<sup>25</sup>

As instituições financeiras podem ser classificadas como: instituição financeira pública federal, quando constituída e sediada no país, detendo a União a maioria do capital votante, de forma direta ou indireta; instituição financeira

23. Ibid., p. 43-45.

24. Ibid., p. 46, 47.

25. Ibid., p. 49.



pública estadual, quando um ou mais Estados federados detiverem a maioria do capital votante, de forma direta ou indireta; instituição financeira privada nacional, que se caracteriza pela permanência da maioria do capital votante sob a titularidade de pessoas físicas e/ou jurídicas domiciliadas e residentes no país; instituição financeira privada nacional com participação estrangeira, que é a que detém, direta ou indiretamente, participação estrangeira relevante, no caso, mais de 10% (dez por cento) até 50% (cinquenta por cento) do capital votante; instituição financeira privada com controle estrangeiro, que é aquela que tenha, sob controle estrangeiro, direta ou indiretamente, a maioria do capital votante; instituição financeira estrangeira, que é a constituída e sediada no exterior com dependência ou filial no país.<sup>26</sup>

Para encerrar, serão destacadas três instituições financeiras públicas que historicamente têm atuado como auxiliares do Estado em realizar intervenção econômica a fim de fomentar o bem-estar social e o desenvolvimento econômico, que são o Banco do Brasil (BB), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Caixa Econômica Federal, lembrando também dos bancos de desenvolvimento estaduais.

O BB tem função de Agente Financeiro do Tesouro Nacional, além de atuar como instituição financeira normal e nas mesmas condições das instituições financeiras privadas. Exerce ainda funções de execução da política oficial de crédito rural, serviços de compensação de cheques e outros papéis, realização de compra e venda de moeda estrangeira, por conta própria ou por conta do Banco do Brasil, serviços bancários de interesse do governo federal, inclusive de suas autarquias, etc.<sup>27</sup>

O BNDES é o principal instrumento de execução da política de investimentos do governo federal, buscando incentivar o desenvolvimento do empresariado brasileiro, diminuir diferenças existentes entre as várias regiões da nação, incentivar certas áreas da economia que sofram determinadas restrições creditícias, sendo ainda o principal agente do governo federal para financiamento a médio e longo prazo dos diversos setores da economia nacional.<sup>28</sup>

E, por fim, a Caixa Econômica Federal, que se concentra prioritariamente na concessão de crédito e financiamento e a programas sociais. Grande parte de seus recursos advém das cadernetas de poupança, dos depósitos judiciais e

26. Ibid., p. 51, 52.

27. Ibid., p. 52.

28. Ibid., p. 52.

do recolhimento do fundo de garantia por tempo de serviço. Atua também, com exclusividade, na área de penhor de bens pessoais e em consignação.<sup>29</sup>

#### 4. O PLANEJAMENTO ECONÔMICO E O SISTEMA DE PLANOS

A noção de plano encontrou sua origem na urbanística do século XVIII como a expressão gráfica de uma realidade física, idéia essa que se ampliou para albergar a idéia de ordenação sistemática de todo um conjunto territorial. Isso levou ao surgimento do traçado geométrico de Paris e Viena.<sup>30</sup>

A primeira experiência em planejamento econômico, segundo Eros Grau, surge tocada pela ideologia socialista, na Rússia, a partir de 1921 e com implantação efetiva em 1928. A crise econômica dos anos 30, porém, estenderá o emprego das técnicas de planejamento pelo Ocidente, seja para fins de intervencionismo racionalmente postulados, seja para o efeito de racionalizar a execução de obras públicas.<sup>31</sup>

Após a segunda guerra mundial, o planejamento é entendido como imperiosa exigência do processo de desenvolvimento econômico e sua noção se desprende de qualquer ideologia ou pressuposto político.<sup>32</sup>

O planejamento implica em que as ações do setor público sejam coordenadamente desenvolvidas, o que acarreta o benefício de se impedir a ocupação múltipla e concomitante de várias unidades do setor público na perseguição de um mesmo objetivo. Também devem ser adotadas técnicas de previsão de desenvolvimentos futuros como base para a tomada de decisões políticas.<sup>33</sup>

O planejamento não é incompatível com o capitalismo, pois tem a finalidade não apenas de correção das distorções do sistema, mas a própria organização e ordenação dos mercados e do processo econômico e social. Importa a substituição das leis de harmonia natural do liberalismo por leis artificiais.<sup>34</sup>

O planejamento qualifica a ação intervencionista do setor público sobre o processo econômico. Pode ser indicativo ou imperativo. No primeiro deixa-se à maioria dos centros de decisão econômica privados a liberdade de acomodação

29. Ibid., p. 53.

30. Eros Roberto Grau. *Planejamento econômico e regra jurídica*, p. 9, 10.

31. Ibid., p. 11.

32. Ibid., p. 12.

33. Ibid., p. 13.

34. Ibid., p. 15, 25.

ou não aos objetivos do plano, resultado da atividade de planejamento, havendo, portanto, descentralização econômica. No segundo há centralização das decisões econômicas, sendo que as unidades de produção estão submetidas, compulsoriamente, às definições do plano.<sup>35</sup>

Seria o planejamento econômico neutro? Ainda que ele seja um modo de ação, deixa de ser neutro no momento em que é dinamizado a serviço de determinados objetivos, o que envolve decisão entre alternativas, implicando a adoção de valores. O planejamento consiste num processo mental e se desenvolve através de técnicas altamente complexas. De toda sorte, é o agente planejador que, entre as alternativas possíveis, delimita o campo da pesquisa a desenvolver, seus limites e objetivos.<sup>36</sup>

O planejamento econômico é democrático? O problema é levantado porque se observa que a atividade é desenvolvida por técnicos, sem participação comunitária ativa, nem mesmo através do poder legislativo. Mas parece que tal argumento não seria subsistente, pois haveria uma multidão de matérias que teriam de ser submetidas à opinião pública antes de serem aprovadas. Ademais, a natural complexidade das decisões relativas ao processo de planejamento e a especialização de conhecimentos que se exige para que possam elas ser racionalmente tomadas tornam inteiramente inexecutável a proposição que nele se encerra. É claro que deve ser estimulada uma maior participação da comunidade.<sup>37</sup>

A participação ativa do Estado no processo também colocou em xeque a clássica divisão entre direito público e privado. Surgiram novas situações que não se enquadravam nessa ortodoxia. Lançando mão de técnicas de gestão empresarial, o setor público, após a experiência de descentralização, consumada através das autarquias, passou à instituição das sociedades de economia mista e empresas públicas.<sup>38</sup>

A necessidade de exercício, pelo Estado, de uma política intervencionista, voltada à preservação dos valores fundamentais da sociedade capitalista como a propriedade individual dos bens de produção e a liberdade de contratar, encaminhou à dinamização de uma série de mecanismos legais criadores no campo econômico.<sup>39</sup>

35. *Ibid.*, p. 25, 29, 30.

36. *Ibid.*, p. 40.

37. *Ibid.*, p. 45, 46.

38. *Ibid.*, p. 68.

39. *Ibid.*, p. 72.

A natureza prospectiva do planejamento, assim, quando as definições através dele consumadas assumem forma normativa, implica uma ruptura da técnica tradicionalmente retrospectiva do Direito. A afirmação de que a partir das experiências vividas é que são elaboradas as normas jurídicas é então negada pela realidade do planejamento, surgindo um novo método, o prospectivo.<sup>40</sup>

Outro aspecto relativo ao planejamento é o seu caráter programático, especialmente o indicativo, que é o que costuma ser adotado. Mas esta forma de planejamento é indicativa para o setor privado (prevendo o que deve acontecer), porém, impõe condutas para o poder público (estabelece o que deve *ser feito*). E um dos motivos para a flexibilidade do plano é a mobilidade social e econômica contínua.<sup>41</sup>

Sobre o plano, para alguns ele é meramente um ato técnico, despido de qualquer conteúdo jurídico, gerador, portanto, apenas de obrigações morais (uma carta de intenções). Para outros, porém, o plano é encarado como a principal fonte do direito econômico. E ainda outros continuam sucumbindo à idéia do plano ser um elenco multiforme de elementos jurídicos, influenciados por uma visão de não definição do campo de delimitação do direito econômico.<sup>42</sup>

A regulamentação jurídica do econômico se processa segundo uma política, fundada em ideologia consagrada na constituição, e que, no mundo capitalista, é identificada como a ideologia do mercado. O direito econômico visa a ordenação da ação estatal desde o ângulo macroeconômico e sob uma ideologia de mercado.<sup>43</sup>

Sob a ideologia do mercado, o direito econômico está voltado à compatibilização dos princípios da livre iniciativa e da propriedade com o interesse social, tendo como objetivo o desenvolvimento do bem-estar. Neste sentido, é entendido como um direito de síntese entre o individual e o social. É o *sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista macrojurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada a possibilitar a efetivação da política econômica estatal*.<sup>44</sup>

40. Ibid., p. 72, 73.

41. Ibid., p. 78, 79.

42. Ibid., p. 80, 81.

43. Ibid., p. 216, 217.

44. Ibid., p. 218.

Vale lembrar que o planejamento (método) e o plano (documento expressivo do resultado do desenvolvimento daquele), não se aplicam apenas ao direito econômico. Podem, por exemplo, serem aplicados às ações administrativas.<sup>45</sup>

Um atual grande exemplo que corrobora o acima exposto é a emenda constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005, que criou o Plano Nacional de Cultura, acrescentando o §3º ao artigo 215 da constituição. Vislumbramos nesta emenda uma vitória de movimentos que ainda resistem à uniformidade neoliberal. E cabe ainda destacar: mesmo que não haja uma ligação direta com o direito econômico, a cultura está intimamente interligada à economia, pois os agentes econômicos costumam tentar manipular as manifestações culturais a fim de impor os valores da ideologia econômica dominante.<sup>46</sup>

Dois dos aspectos do planejamento para o desenvolvimento são as políticas tributária e fiscal adotadas com este objetivo. Estas devem ser utilizadas na dose certa para evitar desequilíbrios, como, por exemplo, para evitar excesso ou escassez de poupança.<sup>47</sup>

O Direito tributário disciplina as relações jurídicas pertinentes aos tributos, os quais são espécies de receita derivada. O Direito Fiscal regula as relações jurídicas travadas entre o sujeito ativo e o sujeito passivo da relação tributária, no que tange à exigência e à execução do crédito tributário existente. Aqui se encaixa a relação jurídica fiscal instaurada com o procedimento de lançamento que é condição jurídica para a exigibilidade e execução do crédito existente.<sup>48</sup>

Por sua vez, a política financeira abrange as outras duas políticas, a tributária, que consiste na utilização dos tributos como meios de estimular atividades úteis ao bem-estar e desencorajar as nocivas, e a fiscal, que se cinge ao campo da exigibilidade e execução do crédito tributário, traduzida nas opções do sujeito ativo

45. Ibid., p. 221.

46. Eis o novo §3º do artigo 215 da Constituição:

*“A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:*

*I – defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;*

*II – produção, promoção e difusão de bens culturais;*

*III – formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;*

*IV – democratização do acesso aos bens de cultura;*

*V – valorização da diversidade étnica e regional”.* (Disponível em: <<http://wwwt.senado.gov.br/legbras/>> Acesso em: 29 out. 2005).

47. Edvaldo Brito. *Reflexos da atuação jurídica do Estado no domínio econômico*, p. 64.

48. Ibid., p. 65, 66.

com o propósito de fazer o sujeito passivo cumprir a prestação numa perspectiva estimuladora dos que o atendem e repressiva aos inadimplentes.<sup>49</sup>

A conexão dessas políticas no esforço para o desenvolvimento se reflete na elaboração do orçamento. Este deve ser um plano financeiro com significação econômica, ajustando os déficits pelo relacionamento entre o fluxo de despesa e de receita, compatibilizado este plano financeiro com os planos econômicos privados e públicos.<sup>50</sup>

As medidas adotadas como política de ingressos e gastos devem objetivar uma distribuição dos recursos coletivos pela intervenção no setor privado para incrementar a poupança ou pela criação de condições para os investimentos estatais por meio de racionalização dos gastos públicos.<sup>51</sup>

Considerando ainda a existência de organizações políticas federais, deve existir muita perícia ao se realizar a discriminação de rendas ou a repartição de receitas, a fim de evitar problemas de natureza política.<sup>52</sup>

O planejamento econômico está diretamente ligado à questão do Estado Orçamentário, que procura fixar a receita tributária e a patrimonial, redistribuir rendas, entregar prestações de educação, saúde, seguridade, transporte, promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a economia. A receita pública, os investimentos e as despesas se fazem segundo os planos anuais ou plurianuais. A nossa constituição prevê, no artigo 165, três planejamentos orçamentários: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Os três se integram harmoniosamente, devendo a lei orçamentária anual respeitar as diretrizes orçamentárias, combinando ambas com o orçamento plurianual. E os três devem ser compatibilizados com o planejamento global econômico e social.<sup>53</sup>

O plano plurianual tem por objetivo estabelecer os programas e as metas governamentais de longo prazo. É planejamento conjuntural para a promoção do desenvolvimento econômico e do equilíbrio entre as diversas regiões do país. A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública, incluindo as despesas de capital, para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na

49. Ibid., p. 66.

50. Ibid., p. 67.

51. Ibid., p. 68.

52. Ibid., p. 69.

53. Ricardo Lobo Torres. *Curso de direito financeiro e tributário*, p. 170.

legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. E a lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal, o de investimentos das empresas estatais e o da seguridade social.<sup>54</sup>

Por último, será feita análise de uma decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 120.932-1/210-RS, de 24 de março de 1992, mas ainda fundada em discussão de normas da Constituição de 1969, onde se discutiu sobre a intervenção suplementar dos Estados-membros da federação no domínio econômico ou exploração de serviço público.

Os recorrentes foram a Companhia Geral de Indústrias e outros. O recorrido foi o Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul (BRDE). Discutiu-se a inviabilidade constitucional de uma autarquia interestadual de desenvolvimento, pois a execução de planos regionais de desenvolvimento seria da competência da União. O objetivo de fomento do desenvolvimento de região composta pelos três Estados do Sul ultrapassa o raio da esfera administrativa de qualquer um deles, isoladamente considerado; só uma norma da Constituição Federal poderia emprestar à manifestação conjunta, mediante convênio, de três vontades estatais incompetentes um poder que, individualmente, a todos eles falece.

Discutiu-se também se o BRDE era realmente uma autarquia, e, se não o fosse, não teria o privilégio da execução fiscal.

O STF acolheu o recurso, reformando o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, restaurando os termos da sentença de 1º grau, para considerar que o BRDE não era uma autarquia, mas sim, uma instituição financeira com caráter privado, e que não podia realizar atividade regional de planejamento econômico porque tal atribuição só pertence à União, para se evitar a desintegração econômica do Estado nacional.<sup>55</sup>

## 5. A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO

A palavra “globalização” tem sido muito utilizada e de diversas formas, para diferentes contextos. É um fenômeno difícil de ser definido, e as tentativas de fazê-lo são muitas vezes influenciadas pelo peso das ideologias.

A globalização é muitas vezes referida para descrever o processo de internacionalização das instituições. Enfraquece-se a concepção do Estado-nação e se

54. Ibid., p. 170, 172, 173.

55. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2005.

fortalece a construção do espaço do mundo. Implicaria na quebra das fronteiras, na aplicação de um direito internacional superior ao de todos os Estados, na unificação da economia.

É claro que muito do que foi dito ainda não passa, no fundo, de um ideal. O que se vê, na prática, é a prevalência da vontade de umas poucas nações, que se arrogam em dizer o que será certo ou errado em termos de direito e de moral para todo o mundo. Quanto ao aspecto econômico, o que muitas vezes se busca não é o progresso mundial, mas sim, terminar de levar a cabo o processo de dependência e de fragilização das nações mais pobres, o que começou nos tempos do colonialismo (que foi uma outra forma de globalização).

Uma das facetas do processo de redefinição da soberania nacional é o exaurimento do equilíbrio dos poderes e a perda de autonomia de seu aparato democrático. Os agentes econômicos transnacionais reivindicam a eliminação dos entraves que bloqueiam a abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a adoção dos programas de desestatização, a “flexibilização” da legislação trabalhista e a implementação de outros projetos de “deslegalização” e de “desconstitucionalização”. Por outro lado, os setores defasados tecnologicamente lutam para retardar ao máximo este processo.<sup>56</sup>

Com o fenômeno da globalização, as estruturas institucionais, organizacionais, políticas e jurídicas forjadas desde os séculos XVII e XVIII tendem a perder tanto sua centralidade quanto sua exclusividade. Os problemas internacionais passam a condicionar os nacionais. As intervenções regulatórias, por conseqüência, estão perdendo vigor e efetividade. As políticas de desenvolvimento de médio e de longo prazo vão perdendo terreno para o cálculo conjuntural e o sentido de urgência decorrente da força internacionalizante do capitalismo.<sup>57</sup> Todas estas coisas ameaçam as conquistas conseguidas com o constitucionalismo democrático.

A situação-limite de um cenário de ingovernabilidade é uma crise fiscal, quando o Estado perde crédito público, deixa de acumular poupança, e é pressionado por grupos de interesses de todos os tipos, enfrenta dificuldades crescentes para executar suas políticas e vê comprometida sua capacidade de regular a economia e promover transferências de renda no interior da sociedade.<sup>58</sup>

A inexorável propensão de aumento das despesas sociais em virtude da consideração de cada conquista como direito adquirido levaria o Estado a uma situação

56. José Eduardo Faria. *O direito na economia globalizada*, p. 25, 26.

57. *Ibid.*, p. 32.

58. *Ibid.*, p. 119.



em que seu orçamento não consegue fazer frente a esses programas sociais, e aí ele se vê obrigado a transferir, por vias tributárias, os excedentes do sistema político e a reduzir a capacidade pública e privada de investimento desse mesmo sistema – um dilema. O desequilíbrio orçamentário conjugado com o aumento do déficit público se converte em fator de pressão inflacionária sem que, no entanto, os diferentes indivíduos, grupos e classes em conflito sejam efetivamente atendidos em seus objetivos e desejos concretos.<sup>59</sup>

Intimamente ligado ao fenômeno da globalização está o neoliberalismo econômico, que se posiciona contra as sociedades comunistas, contra as sociedades nazistas e fascistas e contra as sociedades democráticas em que esteja presente algum tipo de intervenção do Estado. O planejamento estatal e o Estado previdenciário são acusados de levarem as sociedades à tirania. Os ensinamentos de neoliberais como Hayek (que em 1944 já tinha escrito seu primeiro livro, *O caminho da servidão*) ganharam força na década de 70 do século XX, diante da crise fiscal do Estado, com a sustentação da reacionária retórica: *menos Estado, mais mercado*.<sup>60</sup>

O direito privado é visto como sendo o direito justo, tão antigo quanto à sociedade humana, estabelecendo as normas de conduta. Já o direito público é rebaixado à condição de mera legislação, construção artificial, estabelecendo as normas de organização. A justiça social não é justiça para um neoliberal como Hayek, que só enxerga a isonomia formal como a forma apropriada de justiça, pois não resulta da vontade de alguém, mas sim da aplicação das normas abstratas de conduta justa, válida para todos e estabelecidas pelo processo evolutivo da sociedade. Exalta-se a ordem do mercado como espontânea, dentro das normas jurídicas da propriedade, da responsabilidade civil e do contrato. A justiça formal consiste na aplicação das regras do jogo.<sup>61</sup>

A teoria neoliberal fundamentou o discurso conservador na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos, de Thatcher e Reagan-Bush, respectivamente, e que resultou no atrofiamento dos direitos econômicos e sociais, vistos como empecilhos para a realização dos direitos individuais e políticos, no enfraquecimento dos sindicatos (considerados parasitários), no sacrifício da previdência social, do direito à saúde e à habitação e no aprofundamento das desigualdades.

A igualdade neoliberal tem sido um engodo, já que, no direito tributário, por exemplo, se assiste uma economia de duas faces: a real, representada pelo setor

59. Ibid., p. 120, 121.

60. Gilmar Antonio Bedin. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*, p. 84.

61. Ibid., p. 87, 90-93.

produtivo, chamado a contribuir, através dos tributos, para o abastecimento dos cofres públicos; e a virtual, consubstanciada na especulação e na obtenção de elevados lucros não sujeitos à tributação, já que está fora do controle estatal e do alcance das leis tributárias.<sup>62</sup>

Voltamos ao tempo da tributação feudal. Relata o Homem dos Quarenta Escudos, personagem da peça de Voltaire, que por ocasião da última guerra, um dos meirinhos do ministro das finanças foram até à sua casa pedir pela sua quota parte três sesteiros de trigo e um saco de favas, num total de vinte escudos, para sustentar a guerra que faziam e cuja razão nunca soubera, tendo apenas ouvido dizer que, na tal guerra, nada havia a ganhar para o país. Como não tinha nem trigo, nem favas, nem dinheiro, foi posto na cadeia e fizeram a guerra como foi possível. Ao sair da prisão, e não tendo mais que a pele em cima dos ossos, encontrou um homem rechonchudo e corado, numa carruagem de seis cavalos, com lacaios e mordomos, o qual outrora não tinha quase nada e hoje confessou ter quatrocentas mil libras de renda. O Homem dos quarentas escudos disse ao da carruagem que pagasse duzentas mil libras ao Estado para auxiliar a guerra, já que ele tinha cento e vinte libras e pagaria com metade delas. O homem da carruagem lhe respondeu que não precisava contribuir nada para o Estado porque havia herdado uma fortuna do tio, não possuía uma polegada de terra, todos os seus bens consistiam em contratos e títulos e que era aquele Homem miserável que precisava entregar metade da sua subsistência ao Estado, pois ele é quem era o proprietário rural e tudo vinha da terra, enquanto que o dinheiro e os títulos não são mais que símbolos – em vez de se arriscar em produzir trigo, aveia, e criar animais, ele jogava rolos de ouro que representavam esses gêneros. Que o pobre coitado pagasse o imposto.<sup>63</sup>

Outro campo onde se quer manipular o conceito de igualdade formal refere-se às relações comerciais internacionais. Pratica-se o “dumping” mas depois se invoca a livre concorrência. Tal matéria foi objeto do mandado de segurança nº 5.628-DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 6 de novembro de 1998.

O Tribunal sustentou a prerrogativa do poder executivo, através da Portaria Interministerial de nº 20, em estabelecer direito “antidumping” sobre a importação de cogumelos provenientes da China. Não aceitou as razões da impetrante, que alegava insuficiência da produção nacional, bem como a formação de um cartel local que outrora controlava os preços. O ato estatal praticado é parte do planeja-

62. Jurandi Borges Pinheiro. *Direito tributário e globalização: ensaio crítico sobre preços de transferência*, p. 19.

63. Voltaire. *Contos e novelas*. Apud Jurandi Borges Pinheiro, op. cit., p. 17, 18.

mento econômico, sob a regência do direito público, e incide na hipótese, mesmo que o similar nacional esteja onerando excessivamente o consumidor. Também não cabe, em sede de mandado de segurança, perícia para verificar detalhes sobre acondicionamento do produto, peso, até que ponto houve subfaturamento, etc. O fato de que o cogumelo é um alimento perecível não foi aceito como justificativa para a concessão da segurança.<sup>64</sup>

## 6. JUROS E SUPERÁVIT PRIMÁRIO

A definição de juro não é fácil. Numa concepção marxista, é uma renda fetichista por excelência, é dinheiro que aparentemente passa a parir dinheiro, é repartição da mais-valia, extraída da produção, entre os capitalistas que entram com o capital-dinheiro de empréstimo e os capitalistas industriais.<sup>65</sup>

Montesquieu compara os empréstimos a juros com o aluguel. Ele explica que todas as coisas podem ser alugadas ou compradas, menos o dinheiro, que é o preço das coisas e, portanto, só poderia ser alugado. O juro, então, é o aluguel que se paga pela tomada de um empréstimo. Se o dinheiro não tivesse preço, ninguém o emprestaria, e o negociante também não iniciaria nada. É recomendado que o dinheiro tenha um preço pouco considerável, para que comerciante não sinta que os juros lhe custam mais do que aquilo que esperava ganhar em sua atividade comercial.<sup>66</sup>

Não só o particular, mas o Estado também toma dinheiro emprestado a juros. Para buscar maiores recursos financeiros, vários países passaram a adotar a técnica dos juros progressivos, combinando o método do prêmio de reembolso com a acumulação de juros compostos. Com isso, a taxa de juros aumenta na proporção do aumento do prazo de resgate do título público, de sorte a estimular o credor a não reclamar o reembolso de capital.<sup>67</sup>

O problema da prática de juros no mercado é que existe a tendência de que o dinheiro deixe de circular e se torne entesouramento. Quando isso acontece, o dinheiro nega todas as suas funções. O entesouramento tende a provocar o encaminhamento do dinheiro para a especulação, para a compra de ações nas bolsas. A elevação meramente especulativa do preço das ações, não respaldada na lucratividade real, só pode terminar num colapso por meio do qual o preço

64. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em: 14 out. 2005.

65. Lauro Campos. *Moeda e mercadoria: metamorfose e crise*. In *Moeda e produção: teorias comparadas*, p. 29.

66. Montesquieu. *O espírito das leis*, p. 427.

67. Kiyoshi Harada. *Direito financeiro e tributário*, p. 141.

fictício das ações e o capital fictício retornam à base real. É a crise que produz o entesouramento, e a redução dos negócios, das vendas, provoca uma redução das operações a crédito e uma reação dos bancos que elevam os juros para preservar o antigo nível de rentabilidade.<sup>68</sup>

A taxa de juros no Brasil é definida pelo Conselho de política monetária (Copom) para orientar as ações do Banco Central (e que doravante tem o propósito de atingir metas de inflação). Nesse sentido, o BC determina a trajetória dos juros básicos fixando metas para a chamada taxa Selic (média dos empréstimos de um dia entre bancos, garantidos pelos títulos federais). Por ser o maior participante desse mercado, é o BC que, na prática, define a taxa Selic.<sup>69</sup>

Para fazer frente ao pagamento dos juros das dívidas externa e interna, bem como tentar reduzir a taxa básica dos mesmos, o país vem sendo constringido pelo Fundo Monetário Internacional, pelo Banco Mundial, pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento e pelo governo americano a sustentar um superávit primário mínimo em suas contas, produzindo obrigatoriamente mais receitas do que despesas (sem incluir o pagamento de juros) a fim de fazer frente às suas obrigações internacionais.

O FMI e o Banco Mundial foram concebidos para proporcionar aos Estados Unidos um controle completo de suas intervenções, já que este mesmo país não aceita a criação de um banco central mundial. Assim, o FMI não é capaz de obrigar as grandes potências capitalistas (especialmente os EUA) a realizarem ajustes estruturais tão duros como os que são impostos aos países subdesenvolvidos. Sem falar que o FMI não faz políticas preventivas de endividamento, mas sim, faz o gerenciamento de dívidas impondo ajustes estruturais desenhados apenas para pagar o serviço da dívida, ainda que isso prejudique o desenvolvimento econômico de países como o Brasil.<sup>70</sup>

Para, dentre outras coisas, garantir o superávit primário mínimo, o legislador brasileiro criou a Lei de Responsabilidade Fiscal. Não se nega a importância de um diploma jurídico que discipline o assunto, porque a irresponsabilidade orçamentária é uma coisa abominável num Estado que pretende ser efetivamente democrático e de direito. Entretanto, deve ser evitada uma interpretação ortodoxa da lei para que não se comprometa o bem-estar social e o desenvolvimento.

68. Lauro Campos. *Moeda e mercadoria: metamorfose e crise*. In *Moeda e produção: teorias comparadas*, p. 28, 30.

69. José Matias Pereira. *Controle de gastos públicos, crise econômica e governabilidade no Brasil*. In *Revista de Informação legislativa*, ano 36, nº 144, p. 29.

70. José Matias Pereira. *Ibid.*, p. 34.

Deve ser lembrado que é notório entre os financistas que o projeto da atual lei foi baseado no direito da Nova Zelândia, um país com realidade econômica e social completamente diferente da brasileira. Assim, a aplicação da lei terá de ser adaptada à realidade brasileira.

O Estado não deve estar preocupado apenas com a responsabilidade fiscal, pois ele tem também a responsabilidade social. Esta não deve ser transferida para a iniciativa privada, como, infelizmente, vem sendo paulatinamente transferida, pois a atuação das Organizações Sociais e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não é suficiente, e ainda traz a desvantagem de não se realizar um planejamento econômico e social que pense em todos e vá muito além dos interesses do mercado. E sem falar que as organizações mencionadas anteriormente devem ser rigorosamente fiscalizadas pelos Tribunais de Contas, já que recebem recursos do Poder Público para realizar aquilo que, a princípio, o governo deveria diretamente fazer.

A meta do superávit primário mínimo não pode ser atingida com o sacrifício do princípio da dignidade humana e do mínimo existencial, e nem dos direitos sociais garantidos no artigo 6º da Constituição.<sup>71</sup> As condições mínimas da própria existência são fundamentais para o exercício da liberdade, e isso requer uma atuação positiva dos poderes públicos. Assim sendo, se prejuízos aos direitos mínimos existenciais ocorrerem no atendimento à meta de superávit para a sociedade, o poder judiciário, quando provocado, deverá se posicionar ao lado da Constituição, não se curvando a recomendações dos organismos internacionais.

## 7. CONCLUSÃO

A idéia de constituição econômica é uma grande realidade, o que leva também ao conceito de norma constitucional econômica. As políticas econômicas estão juridicizadas porque o Estado passou a ter papel dirigente, em especial após a I Guerra. Com tal tipo de sistema constitucional, uma ordem econômica programática que estabelece normas diretrizes foi consolidada. E é uma ordem eficaz, pois proíbe o retrocesso, fornece princípios para o hermenauta do direito, proíbe condutas contrárias ao seu espírito. E abre espaço para a instituição de contribuições de intervenção no domínio econômico, a fim de munir o Estado de recursos para realizar o seu papel de agente interferente na economia.

71. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Artigo com redação determinada pela Emenda nº 26, que incluiu a *moradia* entre os direitos sociais fundamentais. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>> Acesso em: 5 nov. 2005.

A efetivação da constituição econômica muito se dá através dos órgãos reguladores da atividade financeira. O Conselho Monetário Nacional tem importante papel na política de moeda e de crédito. O Banco Central zela pela estabilidade das instituições financeiras e emite moeda. A Comissão de Valores Mobiliários fiscaliza os mercados de valores mobiliários e estimula a formação de poupança, promovendo também o funcionamento regular do mercado de ações. O Banco do Brasil tem função de Agente Financeiro do Tesouro Nacional, e participa da política oficial de crédito rural e da realização de compra e venda de moeda estrangeira. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social é o principal instrumento de execução da política de investimentos do governo federal, incentivando o desenvolvimento empresarial. E a Caixa Econômica Federal se concentra prioritariamente na concessão de crédito e financiamento e em programas sociais.

É imperioso que se faça o planejamento econômico, que será facilitado com a existência de documentos jurídicos que constituirão os planos. O planejamento econômico é compatível com o capitalismo, com a democracia e com o federalismo, só que este último será de versão cooperativa porque a política econômica terá de ser nacional. É de natureza prospectiva, está ainda voltado a compatibilizar os princípios da livre iniciativa e da propriedade com o interesse social, tendo como objetivo o desenvolvimento do bem-estar. Os principais diplomas jurídicos têm sido o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Destaque-se ainda o plano diretor municipal. Ultimamente, foi criada a previsão constitucional do plano nacional plurianual de Cultura, visando o desenvolvimento cultural do país.

Tudo isso ainda resiste apesar do avanço do neoliberalismo econômico, que se serve da globalização da economia. Os agentes econômicos transnacionais reivindicam uma maior abertura comercial, a desregulamentação dos mercados, a privatização de empresas estatais, a flexibilização da legislação trabalhista e até da constituição.

Os juros têm sido utilizados perversamente pelos defensores do neoliberalismo para enriquecerem, praticarem o entesouramento, às custas do Estado. Para fazer frente a tantos compromissos, o Estado brasileiro resolveu instituir um índice que originalmente era de correção de títulos regidos pelo direito financeiro para impostos e contribuições sociais, castigando os contribuintes, que estão sendo sacrificados para sustentar o superávit primário imposto por organismos financeiros internacionais. E ainda no bojo desse processo, foi criada uma lei rígida de responsabilidade fiscal, que embora fosse necessária, foi inspirada no direito da Nova Zelândia, de realidade completamente estranha à nossa, e que vem sendo também um entrave para que o Estado realize a tarefa constitucional de cuidar de

uma outra responsabilidade, ainda mais importante, que é a social. Esta não pode ser simplesmente entregue à iniciativa privada, apesar da possibilidade desta ser exigida também neste mister, mas como complemento.

A meta do superávit primário mínimo não pode ser atingida com o sacrifício do princípio da dignidade humana e do mínimo existencial, e nem dos direitos sociais da educação, da saúde, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança e da previdência social.

## 8. REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio. *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 3ª ed. rev. e ampl. Ijuí, Rio Grande do Sul: Ed. Unijuí, 2002.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legbras/>> Acesso em: 22 out. 2005.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. Administrativo. Mandado de Segurança. Portaria Interministerial. Incidência de Direito “Antidumping”. Legitimação Passiva. Lei “em Tese”. Intervenção Econômica. Ato formalmente válido. Constituição Federal, artigos 37 e 134. Lei 9.019/95. Decretos nºs 1.355/94, 1.062/95 3 1.757/95. Súmula 266/STF. MS nº5.628-DF (98.0005261-5). Impetrante: Hüpeden GMBH e Co. Impetrados: Ministro de Estado da Fazenda e Ministro de Estado da Indústria e Comércio. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Brasília, 6 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>> Acesso em 14 out. 2005.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Execução fiscal: débito representado por Cédula de Crédito Industrial em favor do BRDE – Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul: inidoneidade de via processual, resultante da solução negativa à questão constitucional da suposta natureza autárquica interestadual, que se arroga o credor exequente: RE provido. Recurso Extraordinário nº 120.932-1/210-RS. Recorrentes: Companhia Geral de Indústrias e outros. Recorrido: Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul. Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 24 de março de 1992. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 12 out. 2005.

BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

\_\_\_\_\_. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAMPOS, Lauro. *Moeda e mercadoria: metamorfose e crise*. In *Moeda e produção: teorias comparadas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo II. Constituição*. 4ª ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis* [trad. Cristina Muracho]. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de economia política*. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Tributação no mercado financeiro e de capitais*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 1999.

PEREIRA, José Matias. *Controle de gastos públicos, crise econômica e governabilidade no Brasil*. In *Revista de informação legislativa* a. 36 n. 144. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1999.

PINHEIRO, Jurandi Borges. *Direito tributário e globalização: ensaio crítico sobre preços de transferência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ROSA JR., Luiz Emygdio F. da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 11ª ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.





## IX

# A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO NO “POSITIVISMO JURÍDICO”: HANS KELSEN, ALF ROSS E A SUPERAÇÃO DE PARADIGMAS

*Pedro Leonardo Summers Caymmi*

Professor de Direito Tributário e de Direito Financeiro do curso de graduação em Direito da Faculdade Baiana de Direito e dos cursos de extensão promovidos pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMIP/BA). Professor convidado de Direito Processual Civil do curso de pós-graduação em Direito Processual da Universidade Salvador (UNIFACS). Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Sócio do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB). Advogado na Bahia e em Alagoas.

**RESUMO:** O presente estudo busca analisar as concepções de Hans Kelsen e Alf Ross sobre os métodos de interpretação jurídica, teorias estas usualmente classificadas como pertencentes ao “Positivismo Jurídico”. Efetuada esta análise, se realizará uma comparação das posições destes doutrinadores em relação a outras correntes de pensamento jurídico, admitidas como absolutamente opostas à sua linha de entendimento, para que se demonstre que, na verdade, muitos pontos de aproximação existem entre todas estas concepções científicas.

**ABSTRACT:** The current study analyses Hans Kelsen’s and Alf Ross’ theories about rules of law interpretation, which usually are put under the Legal Positivism label. Making a parallel between those theories and others modern thinkers’ works, we will see that they have a lot in common, despite being usually treated as opposite theories.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica jurídica; Hans Kelsen; Alf Ross; Métodos de interpretação; Filosofia do Direito.

**KEYWORDS:** Hermenêuthics; Hans Kelsen; Alf Ross; Rules of Interpretation; Law philosophy.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Positivismo Jurídico; 3. Os métodos de interpretação; 3.1. Concepção clássica; 3.2. Concepção de Hans Kelsen; 3.3. Concepção de Alf Ross; 4. Pontos de aproximação com as modernas correntes de pensamento jurídico; 4.1. Importância do contexto de interpretação e da compreensão como um “acontecer”; 4.2. A fundamentação como argumentação de justificação; 5. Conclusão; 6. Referências.

Para poder obter a perfeição fora precisa uma frieza de fora do homem e não haveria então coração de homem com que amar a própria perfeição.

Pasmados, adorando, da tensão para o perfeito dos grandes artistas. Amamos a sua aproximação do perfeito, porém a amamos porque é só aproximação.



(PESSOA, Fernando. *Livro do desassossego*: composto por Bernardo Soares, ajudante de guarda-livros na cidade de Lisboa. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, pp.276).

## 1. INTRODUÇÃO

As teorias jurídicas do austríaco Hans Kelsen e do dinamarquês Alf Ross são comumente classificadas como representativas da escola de pensamento denominada de Positivismo Jurídico. Este enquadramento, em geral, tem o automático efeito de restringir as elaborações teóricas destes dois doutrinadores, de importância capital para o desenvolvimento da Ciência Jurídica no século XX, aos paradigmas positivistas clássicos. O presente trabalho pretende, ao analisar as concepções de Hans Kelsen e Alf Ross sobre os métodos de interpretação jurídica, identificar diversos pontos de superação e ruptura de suas obras com o Positivismo Jurídico, evidenciando que, na verdade, muitos dos “dogmas” positivistas já eram contestados e re-elaborados por estes autores.

Efetuada esta análise, elaborar-se-á a uma comparação das posições destes doutrinadores com outras correntes de pensamento jurídico, admitidas como absolutamente opostas à sua linha de entendimento, para que se demonstre que, na verdade, muitos pontos de aproximação existem entre todas estas concepções científicas, o que sinaliza para a necessidade de, se o objetivo é a evolução da Ciência do Direito, uma maior integração e conciliação entre as teorias existentes, e não a manutenção de inúteis discussões entre os defensores de concepções teóricas apenas aparentemente divergentes.

## 2. O POSITIVISMO JURÍDICO

A concepção positivista do Direito surge como expressão jurídica do Estado Liberal, preocupado com a estruturação de *formas* de controle do poder público e de clareza na definição das possibilidades de movimentação do poder econômico. As forças econômicas burguesas, então desvinculadas, ao menos de modo direto, do poder político, necessitavam preservar a autonomia do seu espaço de ação, pela redução da atuação do poder político institucionalizado à garantia do mercado, mediante um direito seguro, previsível e expresso de modo claro e preciso<sup>1</sup>. Luís Fernando Barzotto, tratando da origem histórica do positivismo jurídico, ressalta:

1. O estudo da origem histórica do Positivismo Jurídico é efetuado por diversos autores. Pode-se destacar: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. v.II. 02. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp.221-247; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação*. 04. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp.72-81; BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 2004, pp.13-31; KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp.114-121.

Em um primeiro momento, a sociedade moderna teve necessidade da instituição de um poder absoluto, que sobre os escombros da sociedade feudal, garantisse a acumulação da propriedade num contexto essencialmente conflitivo pela ausência de limites impostos pela tradição à ação social. Tendo cumprido esse papel, o Estado Absolutista se tornou obsoleto e até mesmo perigoso. O seu poder ilimitado tornou-se um risco para o beneficiário da sociedade de mercado, a classe burguesa. Esta, insegura diante de um Estado que poderia utilizar seu poder para coagir a acumulação de propriedade e a troca de mercadorias, pôs-se a lutar para impor limites a ele. A vitória da burguesia teve como resultado a construção jurídico-política que ficou conhecida como Estado Liberal<sup>2</sup>.

O Direito, neste modelo, assume marcante caráter formal, para servir de instrumento às novas forças econômicas, já que, como ressalta Tércio Sampaio Ferraz Jr., “com a Revolução Industrial, a velocidade das transformações tecnológicas aumenta, reclamando respostas mais prontas do direito, que o direito costumeiro não podia fornecer<sup>3</sup>”. O Direito, portanto, neste momento, enquanto instituição social, passa a necessitar de um elevado grau de formalização para continuar a funcionar como um mecanismo de integração social, possibilitando a atuação destas forças econômicas na sociedade. Analisando o modelo de organização social do Estado Liberal de Direito, especificamente o modelo proposto por Parsons, sintetiza Jürgen Habermas:

Os meios de regulação – dinheiro e poder administrativo – são ancorados no mundo da vida através da institucionalização jurídica dos mercados e das instituições burocráticas. Simultaneamente são juridificados complexos interacionais, nos quais os conflitos antes eram resolvidos eticamente, na base do costume, da lealdade ou da confiança; a partir de agora, esses conflitos são reorganizados de tal maneira que os participantes em litígio podem apelar para pretensões de direito<sup>4</sup>.

Percebe-se, portanto, de logo, que as necessidades essenciais do Estado Liberal podem ser resumidas na necessidade de maior segurança do Direito, e a resposta, neste momento, a esta demanda, é o modelo positivista. Aponta Arthur Kaufmann:

O século XIX trouxe a vitória da idéia de lei, já preparada pela nova concepção do Estado de Jean Bodin. Esta vitória assenta em múltiplos factores. Para além do melhor domínio de métodos de abstracção, são de referir o primeiro

2. BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2004, pp.14-15.
3. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – Técnica, decisão, dominação*. 04. ed. São Paulo: Atlas, 2003, pp.74-75.
4. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.I. 02. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp.104-105.

capitalismo, a conseqüente industrialização e o aparecimento do Estado Social. As sociedades complexas com uma economia desenvolvida exigem um elevado grau de segurança jurídica; esta não pode, porém, ser assegurada pelos sistemas de direito natural tradicionais por serem necessárias leis gerais e abstractas<sup>5</sup>.

Construída a partir deste momento histórico, a concepção do Direito denominada “Positivismo Jurídico”, entretanto, não é uniforme, ocorrendo, na verdade, tanta divergência entre as teorias “positivistas” quanto entre estas e outras linhas de pensamento<sup>6</sup>. Não obstante toda esta multiplicidade de posicionamentos, um traço permanece como fundamental para a caracterização de uma teoria positivista, traço este que é aferido pela definição do seu objeto, aquilo que qualifica como Direito. O Positivismo Jurídico adota como objeto de análise o conjunto de normas jurídicas válidas em determinado território em determinado momento, ou seja, identifica o Direito como norma jurídica.

Luís Fernando Barzotto alerta para este traço distintivo, afirmando que o Positivismo Jurídico “poderia ser definido assim: o direito é ‘um sistema de normas postas por atos de vontade de seres humanos’<sup>7</sup>”. Desenvolvendo este conceito, explica que este sistema é “um conjunto de normas dispostas hierarquicamente, na medida em que as normas são criadas em conformidade com outras normas<sup>8</sup>”. Analisando-se a definição adotada por Norberto Bobbio, expoente do Positivismo Jurídico, para o Direito, chega-se à mesma conclusão. Afirma Bobbio que “o melhor modo para aproximar-se da experiência jurídica e apreender seus traços característicos é considerar o direito como um *conjunto de normas*, ou regras de conduta<sup>9</sup>”.

Percebe-se, assim, que, mais que uma simples rejeição a qualquer jusnaturalismo, ou seja, à possibilidade de um fenômeno jurídico que não seja baseado em um ato racional e intencional de formalização, o Positivismo Jurídico “elege”

5. KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp.114-115.
6. Kaufmann, por exemplo, identifica três “tipos” de doutrinas ou correntes jurídicas denominadas de positivistas, que são: o positivismo *jurídico-científico* (negativa do Direito Natural, sendo a positivação formal requisito necessário ao Direito válido), o positivismo *metodológico* (estrita submissão do juiz à linguagem normativa pré-editada pelo legislador) e o positivismo *legal* ou ideológico (aferição de validade da norma jurídica exclusivamente pela sua produção formalmente correta, seja qual for o seu conteúdo prescritivo). (KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 02. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, pp.74-77).
7. BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2004, pp.17.
8. *Ibidem*, pp.17.
9. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 02. ed. São Paulo: Edipro, 2003, pp.23.

como objeto de seu estudo a norma jurídica, ainda que, em muitos casos, não ignore a existência de outros elementos na realidade jurídica. Trata-se, portanto, em grande medida, de uma opção metodológica, que reduz o campo de estudo, sem, no entanto, negar as reais dimensões da questão.

Adotando-se este conceito amplo de Positivismo, podemos considerar tanto a doutrina de Hans Kelsen quanto os trabalhos de Alf Ross inseridos na tradição positivista, já que estes autores definem o seu objeto de estudo como “norma jurídica”.

Kelsen, em seu principal trabalho, a *Teoria Pura do Direito*, defende abertamente esta posição, afirmando que o Direito é “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano<sup>10</sup>”, especificando ainda, quanto ao que chama de ordem jurídica “nacional”, que esta seria “uma ordem jurídica limitada no seu domínio territorial de validade a um determinado espaço – o chamado território do Estado<sup>11</sup>”.

Ressalte-se, entretanto, desde já, que Kelsen jamais ignorou que a realidade jurídica fosse mais ampla do que uma ordem normativa, mas apenas, por razões metodológicas, efetuou o seu corte de estudo limitando o seu objeto à norma jurídica. Afirma Kelsen

Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto<sup>12</sup>.

Alf Ross, por sua vez, constrói sua Teoria Geral do Direito com bases no denominado “realismo jurídico”, que, influenciado pelo empirismo científico, busca a verificação fática da verdade das proposições científicas. Verdadeiro, nesta visão, é algo que pode ser comprovado mediante uma evidência fática produzida de acordo com um método controlado e seguro. Esta raiz realista, no entanto, não impede que Ross, ao delimitar o seu objeto de estudo, adote um corte metodológico bastante semelhante ao de Kelsen. Afirma Ross:

Com base no que foi dito, formulo a seguinte hipótese: o conceito “direito vigente” (de Illinois, da Califórnia, da *common law*) pode ser em princípio explicado e definido da mesma maneira que o conceito ‘norma vigente do xadrez’

10. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 04. ed. 01. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995, pp.05.

11. *Ibidem*, pp.51.

12. *Ibidem*, pp.01-02.

(para dois jogadores quaisquer). Quer dizer, ‘direito vigente’ significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias<sup>13</sup>.

Trabalhando, deste modo, com a “acepção de base” do Positivismo Jurídico, pode-se facilmente identificar a obra de Kelsen e a obra de Ross dentro deste paradigma. Ocorre que, como exposto, a doutrina positivista abriga diversos dissensos internos, existindo praticamente tantos positivismos quantos forem os doutrinadores positivistas. Norberto Bobbio<sup>14</sup>, analisando esta questão, traça os sete postulados fundamentais do positivismo em geral, tentando esclarecer o seu perfil básico.

Define que, quanto ao modo de abordagem do objeto, o Positivismo Jurídico adota uma concepção não valorativa do Direito, se recusando a formular juízos de valor, tais como “justo” ou “injusto”<sup>15</sup>. Quanto à definição do objeto, conceitua o Direito como elemento da coação, que vale em função da sua imposição por meio da violência, real ou simbólica. Quanto às fontes do Direito, adota o Positivismo Jurídico uma visão restritiva, pela “teoria da legislação como fonte preeminente do Direito”<sup>16</sup>. Quanto à concepção de norma jurídica, encara a norma como um comando imperativo. Quanto à noção de ordenamento, prega a coerência e a completude do ordenamento jurídico. Quanto ao fundamento da obediência aos comandos, define o Positivismo Jurídico que existe uma obediência da lei pelo fato desta ser lei, ou seja, uma obediência da lei enquanto tal.

Tratando do problema da interpretação, por fim, que interessa mais diretamente ao presente estudo, afirma Bobbio que “o positivismo jurídico sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito”<sup>17</sup>.

Concentrando nosso estudo neste último ponto, ou seja, no conceito e papel dos métodos de interpretação nas obras de Hans Kelsen e de Alf Ross, iremos

13. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, pp.41.

14. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996, pp.131-134.

15. Assinala Kaufmann que, para Kelsen, “a justiça é apenas um bonito sonho da humanidade; nós não sabemos o que ela é, e nunca o viremos a saber”, posição esta muito bem representada, atualmente, pela doutrina de Niklas Luhmann, para quem “a verdade e a justiça sequer representam quaisquer valores, tendo meramente funções simbólicas” (KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp.179).

16. *Ibidem*, pp.132.

17. *Ibidem*, pp.133.

perceber que, se cuidadosamente analisada a obra destes dois autores, nelas já se percebe uma superação dos postulados positivistas, especialmente quanto a este paradigma mecanicista e cognoscitivo-reprodutivo do papel da interpretação jurídica. Deste modo, é possível afirmar que estes autores, ainda que se mantivessem imersos no Positivismo Jurídico no momento da eleição do seu objeto de estudo, já apresentavam diversas rupturas, em alguns aspectos, com as formulações teóricas mais tradicionais, e, por isso, merecem o papel central que possuem na construção da Ciência do Direito no século XX.

### 3. OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO

O tema da interpretação sempre fascinou o homem, seja na filosofia, seja especificamente no campo jurídico, onde esta questão tem importância crucial, já que define exatamente que padrão de conduta será exigido dos indivíduos submetidos ao órgão de poder. A necessidade do homem, ser que tem consciência que “é”, e, por isso, tem obrigatoriamente que “ser”, no dizer de Martin Heidegger<sup>18</sup>, de justificar o seu processo de apreensão da realidade, torna a análise da hermenêutica uma questão fundamental para o seu processo de auto-conhecimento. Determinadas correntes tratam a interpretação como um processo auxiliar da compreensão, ou mesmo como uma série de metodologias que o homem, diante de “algo a conhecer”, utiliza para viabilizar este conhecimento, enquanto outras linhas de pensamento tratam a interpretação e a compreensão como um processo único, que se dá no acontecer histórico da consciência humana, como o citado Heidegger e seu discípulo, Hans-Georg Gadamer<sup>19</sup>.

A primeira corrente de pensamento, que trata a interpretação como processo cognoscitivo, desenvolveu um longo estudo sobre as metodologias utilizadas neste processo, buscando a fixação de postulados que possibilitassem o controle e a objetividade do resultado. Analisa-se, a seguir, esta concepção clássica de interpretação e do papel dos seus métodos, especificamente dirigidos à hermenêutica jurídica.

#### 3.1. Concepção clássica

A concepção clássica de interpretação e do papel dos métodos hermenêuticos, na área jurídica, pode ser sintetizada em duas assertivas, que são: primeiro, a compreensão da interpretação como uma relação entre o sujeito e o objeto, entendido

18. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. v.I. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pp.33; 77.

19. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 05. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, pp.354-495.

como algo estranho ao sujeito, que será “conhecido” mediante a interpretação; segundo, o papel da interpretação como técnica e dos seus métodos como diretivas normativas que condicionam a “verdade” do resultado.

Analisando-se a obra de Emílio Betti, expoente desta tradição, pode-se perceber claramente a existência destes dois traços fundamentais. Afirma categoricamente Richard Palmer:

Betti, na tradição de Dilthey, pretende dar-nos uma teoria geral do modo como “as objectivações” da experiência humana podem ser interpretadas; defende veemente a autonomia do objecto de interpretação e a possibilidade de uma “objectividade” histórica na elaboração de interpretações válidas<sup>20</sup>.

Trabalha-se, assim, com uma concepção do processo de conhecimento baseada na dicotomia sujeito-objeto, sendo o sujeito alguém “estranho” e “isolado” daquilo que pretende conhecer. Afirma Lênio Luiz Streck que “a partir de Betti, entende-se como processo triplo da interpretação o fato de nos depararmos com formas significativas, resultado das objetivações de uma outra mente<sup>21</sup>”, ou seja, por este raciocínio, “há que se entender a participação de um sujeito interpretante, um objeto com formas significativas e a mente de um outro sujeito<sup>22</sup>”.

Esta visão objetivista, por sua vez, é aliada a uma concepção da interpretação como uma *técnica normativa*, ou seja, como um mecanismo de atribuição de sentido ao objeto a partir de uma metodologia de cunho diretivo, que condiciona a validade/verdade do resultado à sua estrita observância. Afirma Betti:

La interpretación que interesa al Derecho es una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que há de atribuirse a formas representativas, en la órbita del orden jurídico, que son fuentes de valoraciones jurídicas, o que constituyen el objeto de semejantes valoraciones<sup>23</sup>.

Dentro desta concepção, os métodos de interpretação, que constituem esta metodologia de cunho diretivo, ganham extrema relevância. Os métodos são normativos, direcionam e exigem do intérprete a condução do processo segundo os seus parâmetros, para que se extraia corretamente a “verdade” do objeto.

Além disso, a interpretação é considerada claramente um processo reprodutivo-cognoscitivo, em que o intérprete simplesmente “traz a tona” o sentido

20. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986, pp.55.

21. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção hermenêutica do Direito*. 04. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.106.

22. *Ibidem*, pp.106.

23. BETTI, Emilio. *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*. Madrid: ERDP, s/d, pp.95.



que estava “oculto” no “interior” do objeto. Nega-se qualquer atividade criadora ao intérprete, que irá apenas “desvendar” o sentido do Direito, tal como ele foi “posto” nos textos jurídicos. Afirmar Bobbio que “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada<sup>24</sup>”. Dentro deste paradigma, conclui este autor:

Deixando de lado as implicações filosóficas, o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para *produzir*, mas para *reproduzir* o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas<sup>25</sup>.

Esta é, em linhas gerais, a concepção clássica sobre a interpretação e os métodos hermenêuticos, considerados como uma metodologia normativa, de cunho diretivo, e que serve a um processo reprodutivo de cognição do sentido do objeto interpretado.

### 3.2. Concepção de Hans Kelsen

Hans Kelsen define a interpretação jurídica como “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior<sup>26</sup>”. Trata-a, portanto, à primeira vista, como um processo cognoscitivo, como a “fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar<sup>27</sup>”. Nesta visão, não difere substancialmente do paradigma do Positivismo Clássico, mantendo, inclusive, a dicotomia sujeito-objeto no processo de interpretação.

Ocorre que esta congruência é apenas aparente, e uma leitura atenta de Kelsen demonstra que, na verdade, a interpretação, em sua obra, não é considerada uma técnica diretiva de reprodução de sentido, mas sim uma atividade auxiliar de um processo de criação parcialmente livre e fruto da vontade.

O sentido a ser “determinado”, segundo Kelsen, nunca é unívoco, mesmo porque, sendo as normas jurídicas expressas em linguagem, sempre persiste algum grau de indeterminação, intencional ou não, na sua formulação. Desta maneira, o “resultado” do processo de fixação de sentido nunca é absolutamente controlável e determinável. Afirmar Kelsen:

24. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1996, pp.212.

25. *Ibidem*, pp.212.

26. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 04. ed. 01. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995, pp.387.

27. *Ibidem*, pp.390.

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro do quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.<sup>28</sup>

A interpretação, assim, não pode ser uma técnica de controle visando a precisão do resultado, mas apenas um ato intelectual auxiliar de um ato de criação da norma a ser aplicada, que é, em determinada medida, livre e volitivo. Afirma Kelsen que o aplicador da lei “é um criador de Direito e também ele é, nesta função, relativamente livre<sup>29</sup>”, praticando, na medida em que se mantém dentro da “moldura geral” explicitada pelo ato intelectual, um ato de vontade.

Kelsen, deste modo, não ignora, em momento algum, que *outros elementos* integram o ato de aplicação do Direito, o ato de compreensão do Direito em cada momento histórico, ato este que jamais poderá ser reduzido a uma operação cognoscitiva-reprodutiva; apenas, de modo consciente, situa estes elementos fora do seu corte de estudo, afirmando que se tratam de questões a serem estudadas pela Política do Direito, uma disciplina autônoma, na sua visão. Afirma Kelsen:

Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.<sup>30</sup>

Resumindo, para Kelsen, a aplicação do Direito se dá pela conjunção de um ato cognoscitivo, que indica as possíveis aplicações da norma, e de um ato de vontade, no qual a liberdade criadora do aplicador elege a aplicação a ser adotada dentre todas as admissíveis. A interpretação, por isso, não é uma técnica de direção do sentido a ser adotado para a norma, mas sim um ato auxiliar da determinação deste sentido pela vontade do aplicador.

Seguindo este raciocínio, a única conclusão possível para Kelsen é a negação de qualquer poder normativo para os métodos de interpretação, ou seja, estes padrões ou procedimentos, chamados de métodos, não são capazes de condicionar o resultado da interpretação, “dirigindo” a atividade do intérprete para um “único caminho correto”.

28. Ibidem, pp.390.

29. Ibidem, pp.393.

30. Ibidem, pp.393.

Afirma Kelsen que “o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem<sup>31</sup>”, e, por isso, que nunca haverá *uma* interpretação “correta”, um único resultado possível, mas sim diversas possibilidades de construção da norma individual, pluralismo a ser individualizado pela vontade do aplicador do Direito. Chega então à seguinte conclusão:

Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito Positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito Positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta”.<sup>32</sup>

Desta maneira, percebe-se que a visão de Hans Kelsen sobre os métodos de interpretação e o papel desta no Direito divergem, em grande parte, daquilo que se convencionou acreditar como o paradigma positivista, já anunciando que, na verdade, este autor possui uma produção intelectual muito mais rica e complexa do que deixam ver os “rótulos” que lhe são impostos.

### 3.3. Concepção de Alf Ross

Alf Ross, discípulo de Hans Kelsen, em determinada medida integrou a Teoria Pura do Direito com o “realismo escandinavo”, doutrina de pensamento que trata o Direito como prática social, buscando analisar exatamente como esta ocorre na vida social e tentando, a partir das evidências empíricas precedentes, determinar padrões que permitam prever as decisões jurídicas futuras.

Partindo deste paradigma, Ross, inicialmente, parece tratar os métodos de interpretação como um instrumento, à semelhança do Positivismo Clássico. Ocorre que o conceito “instrumento” aqui é utilizado com uma acepção distinta, não significando, de modo algum, parâmetros diretivos que condicionam a validade do resultado alcançado. Esclarece o autor que “a doutrina do método deve ser descritiva, não normativa (descritiva de normas, não expressiva de normas)<sup>33</sup>”, e que estes métodos jamais representarão regras fixas e universais, sendo que “o máximo que se pode atingir é, digamos, um estilo de método ou estilo de interpretação<sup>34</sup>”.

31. Ibidem, pp.390.

32. Ibidem, pp.391.

33. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, pp.137.

34. Ibidem, pp.136.

Ross define, de modo semelhante a Kelsen, que “a administração da justiça, mesmo quando seu caminho é preparado por processos cognitivos, é, por sua própria natureza, indubitavelmente, uma decisão, um ato de vontade<sup>35</sup>”. A interpretação, assim, não obstante tenha um aspecto cognoscitivo, é fundamentalmente um ato de criação, uma construção do aplicador diante da situação a ser normatizada.

Busca Ross então afirmar que a interpretação se dá pela conjugação destas duas características, conhecimento e vontade criadora, que chama, respectivamente, de consciência jurídica formal e consciência jurídica material. Pontua que “a administração da justiça é o resultante de um paralelogramo de forças no qual os vetores dominantes são a consciência jurídica formal e a consciência jurídica material<sup>36</sup>”. Desta união, surge a decisão ao caso concreto, que “é determinada pelo efeito combinado da interpretação cognoscitiva da lei e da atitude valorativa da consciência jurídica<sup>37</sup>”.

Tem-se, assim, de um lado, a cognição intelectual, o conhecimento que fundamenta e legitima a decisão, e, de outro, o peso do contexto social do juiz, da sua inserção como ser histórico no processo de determinação do sentido do Direito naquele momento para aquele caso, tudo o que determina sua vontade criativa no ato de aplicação. Afirma Ross, de modo semelhante que temos “por um lado, uma atividade puramente cognoscitiva que colima expressar certos dados; por outro, uma atividade emotivo-volitiva fundada em valorações sociais e em observações sociológico-jurídicas<sup>38</sup>”. É desta conjugação entre conhecimento e valoração que chegará o aplicador à decisão.

Detém-se Ross com maior atenção na análise da consciência jurídica material, que ele entende dominante, ao ponto de, “se a divergência entre a consciência jurídica formal e a material exceder certo limite, pode até ser que o juiz prescindir de restrições obviamente impostas pelas palavras ou pela intenção do legislador<sup>39</sup>”. Esta consciência material, para Ross, advém do fato de que “a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões ou valorações que denominamos *tradição cultural*<sup>40</sup>”, e, por isso, na sua aplicação, o juiz busca uma decisão que seja não apenas correta, mas igualmente justa e socialmente desejável.

35. Ibidem, pp.166.

36. Ibidem, pp.168.

37. Ibidem, pp.168.

38. Ibidem, pp.170.

39. Ibidem, pp.168.

40. Ibidem, pp.168.

É determinante, portanto, na construção do sentido do Direito, o papel do *contexto social*, ou, como afirma Ross, o fato de que, sendo o Direito formulado em expressões lingüísticas, “o significado de uma palavra é uma função da conexão – expressão, contexto, situação – na qual a palavra aparece<sup>41</sup>”. O Direito é algo real, inserido na vida social, e não um exercício de ficção praticado por cientistas em um laboratório com variáveis controladas. Seu sentido, por isso, deriva desta imensa teia de conexões que o inserem na tradição histórica de determinada comunidade, não podendo ser tratado como um objeto alheio ao contexto social.

Defende Ross, neste sentido, a influência até mesmo dos chamados exercícios de *prognose* na formação do convencimento do agente aplicador, ou seja, das considerações efetuadas por este sobre as conseqüências sociais, econômicas e políticas de suas possíveis decisões. Seriam “os fatores pragmáticos *superiores* que assomam como deliberações a respeito das conseqüências que uma certa interpretação acarretará, estimadas e mutuamente ponderadas à luz de valores fundamentais<sup>42</sup>”.

Os métodos de interpretação, a partir desta concepção da interpretação defendida por Ross, não são tratados como diretivas a condicionar o resultado obtido, afirmando o autor “não haver critério que indique qual regra de interpretação deverá ser empregada<sup>43</sup>”. Os métodos de interpretação são, para Ross, estilos de fundamentação e argumentação, servindo para garantir a legitimidade da decisão quando, após o juiz firmar seu posicionamento de acordo com uma série de variáveis de cunho *contextual*, “uma fachada de justificação é construída, amiúde discordante daquilo que, na realidade, o fez se decidir da maneira que decidiu<sup>44</sup>”.

Tratam-se, assim, de técnicas de justificação, que, dentro de um paradigma que adota uma concepção estática e lógico-dedutiva de segurança jurídica, garantem a legitimidade da decisão que o aplicador do Direito considerou justa ou socialmente desejável. Explica Ross:

Essas técnicas de argumentação são recursos integrantes do equipamento de todo jurista experimentado. Ele tem que saber como justificar tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica que considera justa ou desejável. Seria, porém, um erro aceitar os argumentos técnicos como se fossem as razões verdadeiras. Estas devem ser buscadas na consciência jurídica do juiz ou nos interesses defendidos pelo advogado. A função dos métodos de interpretação

41. Ibidem, pp.143.

42. Ibidem, pp.176.

43. Ibidem, pp.183.

44. Ibidem, pp.182.

é estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, os quais determinam a área de soluções justificáveis<sup>45</sup>.

Têm-se, assim, o papel dos métodos de interpretação na visão de Alf Ross, de que estes “não são regras efetivas, mas implementos de uma técnica que – dentro de certos limites – habilita o juiz a atingir a conclusão que julga desejável nas circunstâncias e, ao mesmo tempo, preserva a ficção de que só está obedecendo a lei e os princípios objetivos da interpretação<sup>46</sup>”.

#### **4. PONTOS DE APROXIMAÇÃO COM AS MODERNAS CORRENTES DO PENSAMENTO JURÍDICO**

Explicitados estes traços gerais da concepção de hermenêutica jurídica no pensamento de Hans Kelsen e no de Alf Ross, pode-se agora analisar os pontos de convergência destas teorias, usualmente qualificadas como “puramente positivistas”, com as concepções mais recentes do fenômeno jurídico, para que se demonstre que, não obstante a existência de diferenças conceituais, muitas das inovações apresentadas já eram preconizadas por estes dois doutrinadores.

##### **4.1. Importância do contexto de interpretação e da compreensão como um “acontecer”**

Ross afirma, peremptoriamente, que o contexto de interpretação tem importância fundamental no sentido de ser dado à norma jurídica<sup>47</sup>. Chega a afirmar que “a interpretação se acha codeterminada por considerações pragmáticas sob a forma de *sensu comum*<sup>48</sup>”. Kelsen, por sua vez, se não coloca dentro do seu objeto de estudo a questão da influência do contexto vital, também não a nega, ressaltando que existem, sem dúvida, outros fatores que influenciam o processo de criação/aplicação jurídica, como a moral, a justiça e os valores sociais como um todo<sup>49</sup>, que, na verdade, são os componentes deste contexto ou *sensu comum* de que fala Ross.

Neste ponto, estas concepções se aproximam da hermenêutica ontológica, que entende a atividade hermenêutica como a própria existência, sendo a compreensão o resultado das vivências do homem inserido em seu tempo e em sua tradição

45 Ibidem, pp.183.

46 Ibidem, pp.184.

47 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, pp.139-151;174-181.

48 Ibidem, pp.175.

49 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 04. ed. 01. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995, pp.393.

de vida. Sendo a hermenêutica um “existencial”, um “momento” da existência humana, o contexto vital tem papel crucial na sua conformação. Aponta Arthur Kaufmann que “la hermenéutica parte de que quien quiera comprender está asociado a la cosa que llega con la transmisión del lenguaje y tiene empalme con la tradición o logra el empalme que habla desde la tradición<sup>50</sup>”.

Martin Heidegger, principal teórico dos alicerces desta concepção filosófica, ressalta o papel fundamental do contexto ao falar da “temporalidade” do ser, ou seja, da necessária inserção do ser do *Dasein*<sup>51</sup> no tempo. A temporalidade, para Heidegger, é o que confere sentido ao *Dasein*. Afirma que “o tempo é o ponto de partida do qual a pre-sença<sup>52</sup> sempre compreende e interpreta implicitamente o ser<sup>53</sup>”, por isso o tempo é o “horizonte de toda compreensão e interpretação do ser<sup>54</sup>”. Percebe-se, de logo, a atenção dada por Heidegger à contextualização do conhecimento. Conclui este autor, ainda, que “o ser só pode ser compreendido, sempre e cada vez, na perspectiva e com referência ao tempo<sup>55</sup>”. Adverte, entretanto, que este “tempo” não é aqui tomado em seu sentido clássico, como “tempo histórico”, ou momento em que se dão os fatos, mas sim como tempo do *conhecimento*, tempo da compreensão, o que nos remete à idéia de contexto de interpretação utilizado por Ross.

Conclui então Heidegger que “a problemática central de toda ontologia se funda e lança suas raízes no fenômeno do tempo<sup>56</sup>”, sendo que a “a tarefa ontológica fundamental de uma interpretação originária do sentido do ser como tal inclui, portanto, a elaboração da *temporiedade do ser*<sup>57</sup>”.

50. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 02. ed. 01. reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, pp.100.

51. É incompatível com o objetivo do presente trabalho uma longa explanação sobre a complexa e original obra filosófica de Heidegger. Deve-se precisar, entretanto, para permitir a compreensão das colocações seguintes, que o que Heidegger chama de *Dasein* é uma figura fluída que simboliza o processo de constituição do homem, enquanto ser que tem consciência que é, integrando o seu ser, o seu ente, o seu ser-no-mundo e a sua existência. Serve, assim, para a realização da analítica existencial proposta por Heidegger em relação ao homem, “portador” da ontologia fundamental, a do *Dasein*, que, nas palavras do autor, é “esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras coisas, possui em seu ser a possibilidade de questionar”, e, portanto, pela análise das sua existência, conhecer a si mesmo (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. v.I. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pp.33).

52. A tradução utilizada cunhou o termo “pre-sença” como equivalente em português ao alemão *Dasein*. Tratando-se de palavra criada pelo próprio Heidegger, e, portanto, não existindo tradução efetivamente próxima, preferimos utilizar o termo original.

53. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. v.I. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004, pp.45.

54. *Ibidem*, pp.45.

55. *Ibidem*, pp.47.

56. *Ibidem*, pp.46.

57. *Ibidem*, pp.47.

Aquilo que Ross chama de contexto ou elementos pragmáticos, Kelsen de fatores de influência na criação jurídica, e Heidegger de temporariedade do ser, seu discípulo Hans-Georg Gadamer chama de *tradição* ou *horizonte prévio de compreensão*, que determina a compreensão como uma ampliação deste horizonte prévio pela construção de um horizonte de compreensão mais amplo a partir da gradativa apropriação do “novo” pela própria pré-compreensão do sujeito cognoscente.

A tradição, na visão de Gadamer, é sempre elemento da hermenêutica, porque estamos inexoravelmente nela inseridos. Esta inserção, além disso, *não é algo objetivável*, que pode ser “fracionado”, “isolado” e analisado pelo homem. A tradição “trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição<sup>58</sup>”.

A hermenêutica, assim, tem sempre atuando *um momento da tradição*, ou seja, só adquire significado o seu conteúdo a partir da *interpelação* pela própria tradição, pelo questionamento situado historicamente dentro da tradição. Esta é a verdadeira essência e característica da atividade, não obstante a metodologia que rege o procedimento de investigação.

Partindo deste papel da tradição na compreensão, Gadamer elabora sua concepção do conhecimento como uma  *fusão de horizontes*, em que esta tradição (contexto histórico) é de crucial importância. Horizonte, na terminologia de Gadamer, significa “o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto<sup>59</sup>”, ou seja, o conjunto dos pré-conceitos, das possibilidades de compreensão.

Ter um horizonte de compreensão, assim, significa não estar limitado apenas ao que “está próximo”, ou seja, é não ter um “raio de visão” limitado, vendo além disso, e, assim, por esta “visão” ampla, *poder valorizar corretamente todas as coisas do horizonte* (o que está perto, por exemplo, ganha outra dimensão e significado para aquele que tem em seu horizonte também o que está longe). Afirma o autor que “a elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição<sup>60</sup>”.

58. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 05. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, pp.374.

59. *Ibidem*, pp.399.

60. *Ibidem*, pp.400.



Ressalta Gadamer, porém, que não existem “horizontes” fechados e situados em cada momento histórico, mas sim um *fluxo* de tradição que, continuamente, na linha do tempo e da história, vai sendo re-moldado a cada instante, sem que nunca haja, entretanto, uma ruptura. Gadamer alerta que “o horizonte é, antes, algo no qual trilhamos nosso caminho e que conosco faz o caminho. Os horizontes se deslocam ao passo de quem se move<sup>61</sup>”. Deste modo, tem-se, na verdade, um único horizonte de compreensão que engloba tudo quanto a consciência histórica contém em si. Todos estes “horizontes” formam um *grande horizonte*, e o processo, assim, é de ampliação deste horizonte, a partir de nosso contexto vital, acrescentando-lhe novos dados.

A compreensão, assim, a soma de novo sentido, se dá por uma “ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto nossa própria particularidade quanto a do outro<sup>62</sup>”, e, por isso, “ganhar um horizonte quer dizer sempre aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele, mas precisamente para vê-lo melhor, em um todo mais amplo e com critérios mais justos<sup>63</sup>”. O horizonte de compreensão do tempo do ser, do presente, ou seja, o seu contexto de compreensão, não é formado de modo autônomo ou à margem do passado, mas sim *a partir deste*, e é ampliado pelo seu confronto com este e com os “horizontes” antigos. Tem-se, aqui, a *fusão de horizontes*, em que ocorre esta ampliação do horizonte presente pela sua “fusão” com horizontes “pretéritos” ou “novos”, no processo de compreensão, pois “compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos<sup>64</sup>”.

As teorias de hermenêutica filosófica, assim, preconizadas por Heidegger e Gadamer, possuem efetivos pontos comuns com as doutrinas de Kelsen e Ross, como o reconhecimento do papel do contexto vital na compreensão e interpretação. Além disso, assim como exposto nos pensamentos de Kelsen e Ross, os adeptos da filosofia hermenêutica negam qualquer valor normativo ou diretivo aos métodos de interpretação, já que tratam a hermenêutica como filosofia transcendental, e não metodologia operacional. Explica Kaufmann que “es filosofia transcendental en el sentido de que esta califica las *condiciones de posibilidad de comprensión de sentido en general*. Como tal no prescribe ningún método<sup>65</sup>”.

61. Ibidem, pp.402.

62. Ibidem, pp.403.

63. Ibidem, pp.403.

64. Ibidem, pp.404.

65. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 02. ed. 01. reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, pp.99.

Outro aspecto de congruência entre Kelsen, Ross e a hermenêutica filosófica é o papel criativo do ato de aplicação. Kelsen e Ross, como exposto, reconhecem explicitamente que o ato do aplicador do Direito de imposição jurídica ao caso concreto possui um alto teor criativo, atuando este agente aplicador mediante uma construção oriunda de um ato de vontade. Ross chega a afirmar que o juiz “tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo), é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento<sup>66</sup>”.

A hermenêutica filosófica, por sua vez, que trata a compreensão, o resultado de sentido, como um “acontecer”, como um “existencial” do homem em sua tradição histórica e em sua vivência, só poderia chegar à mesma conclusão, já que cada “vivência” que é compreensão é uma vivência em si mesma, diferente das anteriores e das posteriores. Afirma Lênio Luiz Streck que “através de sua atualização na compreensão, os textos se integram em um autêntico acontecer. Toda atualização da compreensão pode entender-se a si mesma como uma possibilidade histórica do compreendido<sup>67</sup>”. Neste mesmo sentido, aponta Kaufmann que “toda lenguaje y todo hablar contiene ya una determinada interpretación de la realidad”, e que, por isso, “cada interpretación concurrente debe ser abatida lingüísticamente si no puede ser de otra suerte compartida<sup>68</sup>”.

Tratando da diferenciação entre criação e interpretação, Gadamer afirma que cada época compreende um texto de um modo próprio, condicionado pela sua tradição, e segundo “um interesse objetivo e onde também ela procura compreender a si mesma<sup>69</sup>”. Assim, o sentido de um texto *nunca* é aquele pretendido ou entendido por seu autor ou seus contemporâneos, e a compreensão nunca é apenas reprodução, mas sempre produção. A compreensão é sempre diferente da criação, não por ser um processo “inverso”, puramente cognoscitivo, mas sim por ser outra criação, uma *compreensão diferente*, de acordo com o horizonte da tradição de cada tempo.

Analisando especificamente a hermenêutica jurídica, Gadamer defende que esta não reconstrói o sentido original da norma, mas, ao contrário, visa determi-

66. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, pp.167.

67. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção hermenêutica do Direito*. 04. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.203.

68. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 02. ed. 01. reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, pp.229.

69. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 05. ed. Petrópolis: Vozes, 2003, pp.392.

nar o conteúdo normativo sempre em relação ao caso concreto, de acordo com a situação posta pela *práxis*<sup>70</sup>, ou seja, uma visão bastante semelhante à de Kelsen e, especialmente, de Ross. Streck, nesta mesma concepção, resume este papel criativo e circunstancial de cada ato de aplicação do Direito, ao afirmar, do mesmo modo que Kelsen, que não há um único possível sentido para a norma em cada ato de aplicação, e assim, pela hermenêutica, “recupera-se o sentido-possível-de-um-determinado-texto e não a re-construção do texto advindo de um significado-primordial-fundante<sup>71</sup>”.

Constata-se, deste modo, a existência de diversos pontos de convergência entre as obras de Kelsen e Ross e a chamada “hermenêutica filosófica”, de grande influência atual na Ciência do Direito. Pode-se afirmar, contra esta conclusão, que tanto Kelsen quanto Ross, em diversas das suas concepções teóricas, adotam postulados absolutamente contrários àqueles da filosofia hermenêutica. A premissa desta afirmação, sem dúvida, é correta. Kelsen e Ross, em momento algum, abandonaram o esquema objetivista de interpretação, caracterizado pela dicotomia sujeito-objeto que marca a filosofia da consciência. Nunca romperam com este dualismo e adotaram um paradigma universalizante, como a doutrina hermenêutica. Pode-se ainda dizer que jamais, principalmente no caso de Kelsen, rejeitaram o postulado clássico do conceito de ciência como algo objetivo, racional e perfeitamente delimitado.

Estas premissas, entretanto, mesmo sendo verdadeiras, não afastam a existência dos pontos de aproximação apontados, o que, na verdade, demonstra que Kelsen e Ross, como pensadores excepcionais que eram, conseguiam “transbordar” dos seus próprios paradigmas de pensamento, indo “além” dos limites do seu tempo. As obras de Kelsen e de Ross são fundamentais exatamente porque rompem com as doutrinas estabelecidas, ou seja, estes autores, não obstante ainda adeptos de diversas concepções “positivistas”, já começam a superá-las, pelo exercício da reflexão crítica que caracteriza os grandes pensadores.

Desta maneira, estes pontos de convergência entre seus pensamentos e a hermenêutica filosófica, a princípio uma escola de pensamento completamente contrária às suas idéias, demonstram claramente que os grandes pensadores não podem ser reduzidos a “rótulos” ou “escolas”, possuindo uma obra científica que se situa além das tentativas reducionistas de “classificação”.

70. Ibidem, pp.426-447.

71. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção hermenêutica do Direito*. 04. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.226.

#### 4.2. A fundamentação como argumentação de justificação

A obra de Alf Ross apresenta ainda outra importante contribuição para o estudo da hermenêutica jurídica, ao evidenciar que os conhecidos “métodos” de interpretação são, na verdade, *técnicas de argumentação*, utilizadas, como exposto, para *justificar e legitimar* a decisão, tomada de acordo com a “consciência jurídica material” do agente aplicador. Afirmar Ross que o juiz, “por meio de uma técnica de argumentação, procura fazer ver que chegou a sua decisão objetivamente e que esta é abarcada pelo *significado da lei* ou pela *intenção do legislador*”<sup>72</sup>. O papel dos métodos de interpretação, assim, deixa de ser o de um instrumento na busca do sentido-verdade, e passa a ser o de um instrumento de legitimação do sentido-produzido-desejado, lhes cabendo o papel de determinar a “área de soluções justificáveis”<sup>73</sup>.

Esta concepção trata a decisão construída como válida desde que legitimada por ser uma “solução justificável”, de acordo com a técnicas *comumente aceitas* de justificação, ou seja, desde que ocorra a *aceitação* da argumentação construída para justificar a decisão, pela utilização dos métodos de interpretação na sua fundamentação. Rompe, portanto, com a noção de validade da decisão por uma hipotética correspondência do seu sentido com um sentido ideal que estaria “contido” na norma a ser aplicada. Abandonando, assim, a idéia de “verdade” ou validade da decisão como uma relação de correspondência, e adotando a idéia de validade da decisão por sua justificação argumentativa, Ross se aproxima de diversos pensadores que adotam esta mesma concepção.

Chaim Perelman, ao construir sua teoria da argumentação, denominada Nova Retórica, com larga aplicação no campo jurídico, trilha caminhos semelhantes aos de Ross. Perelman, ao definir as bases de sua doutrina da argumentação, distingue argumentação de proposição, afirmando:

Quando se trata de demonstrar uma proposição, basta indicar mediante quais procedimentos ela poder ser obtida como última expressão de uma seqüência dedutiva, cujos primeiros elementos são fornecidos por quem construiu o sistema axiomático dentro do qual se efetua a demonstração. De onde vêm esses elementos, sejam eles verdades impessoais, pensamentos divinos, resultados de experiência ou postulados peculiares ao autor, eis questões que o lógico formalista considera alheias à sua disciplina. Mas, quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão de um auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-as irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria

72. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, pp.182.

73. *Ibidem*, pp.183.

sem objeto ou sem efeito. Pois *toda argumentação visa a adesão dos espíritos, e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual*<sup>74</sup>.

A argumentação prática, assim, nesta perspectiva, se dá em função da audiência ou agrupamento que o autor deseja influenciar com sua argumentação, que, como visto, é denominado de auditório. Perelman trabalha ainda com as noções de auditório particular e de um auditório “universal”, para quem seriam dirigidas, sempre, as argumentações que pretendessem constituir discursos com pretensões de “verdades científicas”. Esta argumentação, por fim, para manter sua racionalidade, deve ser realizada de acordo com certas *premissas*, determinados elementos de acordo que constituem o ponto de partida dos argumentos, do mesmo modo que Ross trabalha com a idéia de parâmetros de “justificação possível” da decisão para que ela mantenha sua legitimidade. Novamente, afirma Perelman, em obra conjunta com Lucie Olbrechts-Tyteca:

Com efeito, tanto o desenvolvimento como o ponto de partida da argumentação pressupõem o acordo do auditório. Esse acordo tem por objeto ora o conteúdo das premissas explícitas, ora as ligações particulares utilizadas, ora a forma de servir-se dessas ligações; do princípio ao fim, a análise da argumentação versa sobre o que é presumidamente admitido pelos ouvintes. Por outro lado, a própria escolha das premissas e sua formulação, com os arranjos que comportam, raramente estão isentas de valor argumentativo: trata-se de uma preparação para o raciocínio que, mais do que uma introdução dos elementos, já constitui um primeiro passo para a sua utilização persuasiva.

Perelman, assim, relaciona a legitimidade de uma decisão com sua atenção às premissas de argumentação, o que, na obra de Ross, podemos encontrar sob o nome de técnicas que nos dão os limites das “decisões justificáveis”, ou seja, a validade da decisão vem de sua atenção aos parâmetros previamente postos para sua construção e atuação, o que é sempre aferido a partir de sua fundamentação, que é, essencialmente, uma argumentação. Esta atua, assim, sob a ótica da teoria da argumentação prática, assim como em Ross, como fator que confere racionalidade à decisão judicial, a apresentando mediante uma *fachada de objetividade*.

Também na obra de Theodor Viehweg, que emprega o raciocínio tópico na solução de problemas jurídicos, vê-se posição semelhante, com a defesa dos argumentos utilizados para fundamentar a decisão judicial como mecanismos de justificação e demonstração de validade desta. Viehweg se ocupa, em sua obra, do estudo da solução dos problemas jurídicos, ou, mais especificamente, das aporias jurídicas. Uma aporia é uma questão “estimulante e iniludível, designa a falta de

74. PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp.16.

um caminho, a situação problemática que não é possível eliminar<sup>75</sup>”. A solução destas aporias, segundo Viehweg, deve se dar a partir da utilização dos *topoi*, os argumentos levantados pela discussão da aporia que sejam “objetivamente adequadas e fecundas e que nos possam levar a conseqüências que nos iluminem<sup>76</sup>”.

Este processo tópico é sempre dinâmico, porque em cada problema, em cada situação, as circunstâncias se alteram, e são necessários “novos dados para tentar resolver os problemas<sup>77</sup>”. Os *topoi*, deste modo, não são fixos ou “fechados”, mas sim “a vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável<sup>78</sup>”. Devem ser entendidos, portanto, como “possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento<sup>79</sup>”.

Adverte Viehweg, entretanto, e neste ponto surge sua confluência com Ross, que esta “alteração” dos *topoi* aplicáveis em cada caso, se é fluída e alheia a qualquer sistema rígido e delimitado, também não é arbitrária. Ressalta o autor que estes *topoi* normalmente não são modificados, porque já foram “cristalizados” por sua aceitação como argumentos válidos, ou seja, se tornaram exatamente aquelas técnicas a que se refere Ross como determinantes do campo das “soluções justificáveis” mediante a fachada de justificação construída pela fundamentação argumentativa da decisão. Pondera Viehweg que “custa muito trabalho tocar naquilo já fixado<sup>80</sup>”.

Pode-se resumir a comparação do seu pensamento com a visão de Ross sobre o papel das técnicas ou *topoi* na justificação da decisão ao se analisar a posição de Viehweg de que o controle dos problemas se dá no âmbito da discussão, do diálogo, da dialética de argumentações. “O que em disputa ficou provado, em virtude de aceitação, é admissível como premissa<sup>81</sup>”. Assim, percebe-se que, também aqui, o válido e o verdadeiro de uma decisão se tornam uma função da sua aceitação, da sua legitimação pelo “sucesso” da argumentação desenvolvida para justificá-la, o que nos evidencia a convergência de pensamento, neste ponto, entre Viehweg e Ross.

Finalizando o presente tópico, é possível ainda construir um paralelo entre a concepção de Ross dos métodos de interpretação como técnicas de argumentação

75. VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979, pp.33.

76. Ibidem, pp.36.

77. Ibidem, pp.38.

78. Ibidem, pp.38.

79. Ibidem, pp.38.

80. Ibidem, pp.42.

81. Ibidem, pp.42.

e justificação e o conceito de Jurgen Habermas de verdade como uma relação de validade, ou seja, de verdade como algo consensualmente aceito como tal em uma situação de discurso ideal.

Manfredo Araújo de Oliveira, analisando o pensamento de Habermas, afirma que, para este, “compreensão (entendimento) é um conceito normativo; cada compreensão se comprova num consenso verdadeiro sem o qual não se pode, propriamente, falar de comunicação<sup>82</sup>”. Começa então a se desenhar uma visão *processual* de verdade em Habermas, distinta da relação de *correspondência* (verdadeiro porque corresponde ao sentido *ideal* do objeto) que marca o raciocínio clássico. A verdade se constitui por sua pretensão de validade e por sua sociabilidade discursiva. Deste modo, dá à verdade uma dimensão vinculada à *intersubjetividade*, afirmando que só se pode atribuir um predicado a um objeto (proposição verdadeira) quando “os outros”, em situação de diálogo com o sujeito racional, também o façam. A verdade, assim, depende do *consenso*, da formação de um *padrão intersubjetivo* em forma de proposição, que se torna, então, verdadeira.

Neste ponto, surge uma identificação desta teoria com a concepção de Alf Ross. Ross, ao afirmar que as técnicas de interpretação são um mecanismo de legitimação da decisão construída-desejada, e não de “descoberta” de uma hipotética decisão-sentido ideal da norma a ser aplicada, abandona o conceito de validade-verdade de sua decisão como uma relação de correspondência com qualquer sentido ideal, e, do mesmo modo que Habermas, passa a considerar a decisão válida-verdadeira desde que esta esteja justificada pelos argumentos comumente aceitos para tanto.

Pode-se assim concluir, novamente, com a observação de que as obras de Ross e Kelsen possuem diversos pontos de superação do paradigma positivista, o que é demonstrado pelas semelhanças que estas possuem com concepções mais recentes do fenômeno jurídico, como aqui demonstrado.

## 5. CONCLUSÃO

A exposição efetuada nos permite concluir que Hans Kelsen e Alf Ross, “rotulados” de positivistas por muitos estudiosos da Ciência do Direito, na verdade, já traziam em suas teorias a superação de diversos paradigmas deste mesmo

82. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 02. ed. São Paulo: Loyola, 2001, pp.308.

Positivismo Jurídico, como na crítica que efetuam à Jurisprudência dos Conceitos e à noção de aplicação jurídica como um ato cognoscitivo de subsunção, no reconhecimento da influência de elementos do contexto vital do aplicador no ato de aplicação da norma jurídica, e na relevância da argumentação desenvolvida para a justificação da decisão adotada.

Suas obras teóricas, pela dimensão e valor científico que possuem, não ficaram restritas aos limites rigidamente fixos de uma escola de pensamento, mas, ao contrário, sempre que seus estudos indicavam um caminho distinto a ser seguido, tanto Kelsen quanto Ross não hesitavam em avançar além das “barreiras” “padronizadas” do Positivismo Jurídico, inovando em suas formulações teóricas. Aponta Martin Diego Farrell:

Creo que Kelsen se encontró ante este dilema: o se mantenía coherente en la pureza metódica, y su teoría perdía todo contacto con la *realidad* jurídica (mundo empírico), o admitía determinadas *impurezas*, con la ganancia de que su teoría resultaba apta para la descripción de los hechos que efectivamente acaecían. Puesto ante el dilema, Kelsen optó por la segunda alternativa<sup>83</sup>.

As teorias “modernas” do Direito, assim, sejam elas discursivas, processuais, hermenêuticas, argumentativas, ou até mesmo de inspiração em certa medida jusnaturalista, como a obra de Ronald Dworkin, são construídas a partir dos trabalhos de Hans Kelsen e Alf Ross, e foram em muitos pontos antecipadas ou corroboradas por estes.

O trabalho destes doutrinadores, se representa, como dito, doutrinas de origem positivista que tentam, em diversos pontos, romper com o Positivismo Jurídico para obter uma concepção mais ampla e cientificamente correta do fenômeno jurídico, nos apontam o caminho da conciliação entre o paradigma positivista e a superação das deficiências deste. Busca-se a completude do ideal de segurança do Positivismo Jurídico, do Direito enquanto norma, conjugado com o ideal de justiça do Jusnaturalismo, do Direito enquanto valor, e ponderado pelo ideal de efetividade do Direito enquanto fato social. Afirma Habermas que “a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas<sup>84</sup>”. Prossegue Habermas:

A tensão entre facticidade e validade se introduz na categoria do direito, manifestando-se nas duas dimensões da validade jurídica. O direito vigente

83 FARREL, Martin Diego. *Hacia um critério empírico de validez*. Buenos Aires: Astrea, 1972, pp.55.

84 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.I. 02. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp.245.



garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica; de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas<sup>85</sup>.

É tarefa do jurista, espelhado nas obras de Kelsen e de Ross, perseguir esta conciliação. Nunca com o preconceito inocente e reducionista de tratar o trabalho destes doutrinadores como “doutrina positivista”, e, portanto, relegado ao baú da história, sem ensinamentos úteis ao mundo atual. Deve-se, ao contrário, agregar ao projeto teórico destes autores novas contribuições, porém sempre reconhecendo as diversas inovações e rupturas que estes efetuaram, e que não permitem que, em momento algum, sejam Kelsen e Ross reduzidos ao “rótulo” de positivistas, como se isso determinasse automaticamente todas as possíveis implicações dos seus estudos teóricos.

O estudo efetuado sobre a teoria da interpretação em Kelsen e Ross, ainda, bem como a análise da sua convergência com outros projetos teóricos, nos permitem afirmar que a construção da Ciência do Direito, se não pode prescindir de um instrumental analítico, igualmente não pode ser efetuado corretamente sem que se agregue a este um entendimento da hermenêutica como filosofia da existência. Somente a conjugação destas duas visões, com a superação das “barreiras” “construídas” por cada corrente de pensamento, do mesmo modo que Kelsen e Ross superaram as barreiras de sua matriz positivista, permitirá o avanço dos estudos jurídicos. Pode-se assim concluir, sintetizando este pensamento, com a brilhante afirmação de Kaufmann, alertando que “analítica sin hermenéutica es vacía, hermenéutica sin analítica es ciega<sup>86</sup>”.

## 6. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 10520*: Informação e documentação: citação em documentos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *NBR 14724*: Informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. *NBR 6023*: Informação e documentação: referências: elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

BARZOTTO, Luís Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo*: uma introdução a

85. *Ibidem*, pp.245-246.

86. KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 02. ed. 01. reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, pp.87.

- Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- BETTI, Emilio. *La interpretación de las leyes y actos jurídicos*. Madrid: ERDP, s/d.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. *Metodologia da Pesquisa*: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. 02. ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 01. ed. 02. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FARREL, Martin Diego. *Hacia um critério empírico de validez*. Buenos Aires: Astrea, 1972.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 04. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- \_\_\_\_\_. Prefácio da edição brasileira de “*Tópica e Jurisprudência*”, de Theodor Viehweg. Brasília: Imprensa Nacional. 1979.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 05. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e método II*: complementos e índices. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. v.I-II. 02. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O discurso filosófico da modernidade*. 01. ed. 02. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. v.I. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. 02. ed. 01. reimp. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.
- \_\_\_\_\_. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur & HASSEMER, Winfried (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, pp.57-208.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 04. ed. 01. reimp. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LUBISCO, Nídia M. L. & VIEIRA, Sônia Chagas. *Manual de estilo acadêmico*: monografias, dissertações e teses. 02. ed. Salvador: Edefba, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 02. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *O processo de produção do direito*. A produção do Direito num Estado de Direito democrático. Material distribuído aos alunos da disciplina Direito Processual, do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2004.

PERELMAN, Chaim & OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção hermenêutica do Direito*. 04. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.





# X

## O CONTEXTO DEMOCRÁTICO E A NECESSIDADE DE DEMOCRATIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL

*Rafael Barretto*

Advogado. Mestre em Direito. Professor Substituto da UFBA. Professor e Coordenador do CEJUS (Centro de Estudos Jurídicos de Salvador). Professor da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e do Curso *Praetorium/RJ*.

**RESUMO:** Este artigo analisa o contexto democrático, salientando a passagem da democracia política para a democracia social, e propõe a democratização do debate constitucional, abrindo as portas do Supremo Tribunal Federal para a sociedade aberta de intérpretes.

**ABSTRACT:** This article analyse the democracy contexts, talking about the passage of the politics

democracy to the social democracy, and propose the democratization of the constitutional debate, opening the Brazilian's Supreme Court to the society of interpreter.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia, debate constitucional.

**KEYWORDS:** Democracy, constitutional debate

**SUMÁRIO:** 1. O contexto democrático; 2. A necessidade de democratizar o debate constitucional; 3. Referências.

As portas e janelas do Supremo Tribunal hão de ser abertas para que vozes da sociedade entrem e ecoem pelos arautos da Corte, tal qual um raio de sol que penetra pelas rochas e consegue iluminar uma gruta profunda e escura...

### 1. O CONTEXTO DEMOCRÁTICO

É inegável que o mundo assiste hoje o desenvolvimento de um processo de democratização, resultante da gradativa passagem da democracia política para a democracia social. Como leciona Bobbio (2002: 67):

Com uma expressão sintética, pode-se dizer que, se hoje se pode falar de processo de democratização, ele consiste não tanto, como erroneamente muitas vezes se diz, na passagem de democracia representativa para a democracia direta quanto na passagem da democracia política em sentido estrito para a democracia social, ou melhor, consiste na extensão do poder ascendente que até agora havia



ocupado quase exclusivamente o campo da sociedade política para o campo da sociedade civil nas suas varias articulações [...]

A democracia política antecede historicamente a democracia social, sendo fruto de um processo histórico mais antigo, que remonta ao próprio surgimento do Estado liberal ou primeira versão do Estado de Direito, com a ampliação do sufrágio e o reconhecimento, no plano das Constituições liberais, de direitos políticos<sup>1</sup>.

A democracia social veio depois, como conseqüência dos insucessos do modelo liberal de Estado, que culminou com o surgimento do Estado social, sendo algo relativamente novo, germinada no mundo do após-guerra, como uma resposta ao absentéismo estatal na ordem econômica.

O contexto histórico dessa passagem do Estado liberal para o Estado social, no qual se implantou a social democracia, é bem ilustrado nas palavras de Sahid Maluf (2003: 306):

Sobre as ruínas do Estado individualista, no mundo de após-guerra, ergue-se uma nova ordem, alicerçada nos princípios de justiça social, que deveria substituir aquele quadro real refletido nas seguintes palavras do Deão de Canterbury: a imensa riqueza se ostentando no meio da fome, o homem sem o controle dos seus meios de vida, a escassez para uns e a opulência para outros, a busca do maior lucro em lugar da busca do maior bem, a liberdade formal e não a liberdade junto com a oportunidade, uma maioria que morre em inanição ao lado de uma minoria que se esbalda na opulência e na grandeza.

Na iminência de perecer, o Estado liberal transigiu diante de certas verdades irrecusáveis pregadas pelo socialismo, e evoluiu, cedendo lugar ao Estado Social.

A sociedade, “politicamente democratizada”, ao perceber que as decisões políticas tomadas pelo Estado Policia não eram capazes de atender às novas aspirações sociais, deflagrou o processo de democratização social, ainda hoje em curso.

Sobre o tema, é válido mencionar novamente a doutrina de Bobbio (2002: 68):

Uma vez conquistada a democracia política, nos damos conta de que a esfera política está por sua vez incluída em uma esfera mais ampla, que é a esfera da sociedade no seu todo e que não existe decisão política que não

1. A democratização política se verificou pela conjunção entre a liberdade de participação no governo e a igualdade de participação no governo. Por liberdade de participação entendia-se a possibilidade de participar do processo político mediante a escolha dos governantes (sufrágio universal). Já a igualdade de participação implicava que a participação fosse paritária (*one man, one vote*). Dessa conjunção de idéias, resultava que todos eram livres para participar da vida pública em condições de igualdade.

seja condicionada ou até mesmo determinada por aquilo que acontece na sociedade civil.

Na democracia social, a feição do Estado muda sensivelmente, na medida em que ele assume uma postura intervencionista *sobre e na* ordem econômica<sup>2</sup>, passando a atuar em áreas da sociedade nas quais outrora não atuava.

Por seu turno, essa ampliação de atividades, além de hipertrofiar sensivelmente o Estado, o obrigou a se reestruturar funcionalmente, constituindo um aparato capaz de suportar as novas exigências que lhe passaram a ser impostas, o que terminou gerando uma burocratização excessiva<sup>3</sup>.

De outro lado, a democratização social mudou também o perfil da sociedade, que passou a exigir cada vez mais do Estado as respostas que dele se esperava, o que se refletiu num aumento crescente do número de demandas sociais<sup>4</sup>.

A sobrecarga de demandas, viabilizada pela facilitação democrática, não conseguia ser acompanhada pela máquina burocrática do Estado, o que deu (e continua dando) azo a uma insatisfação constante da sociedade<sup>5</sup>.

2. Eros Roberto Grau (2003) ensina que o Estado, ao intervir na ordem econômica, presta atividade econômica em sentido estrito, passando a exercer atividades próprias ao setor privado. Prestando atividade econômica em sentido estrito, o Estado pode intervir *na* ordem econômica ou *sobre* a ordem econômica. Quando intervém *na* ordem econômica, o Estado atua diretamente, em regime de *absorção* (monopólio) ou em regime de *participação* (competição). Intervindo *sobre* a ordem econômica, o Estado atua indiretamente, quer por *direção*, quando fixa normas imperativas (imposição de conduta), quer por *indução*, fixando normas dispositivas (indução de condutas).
3. Bobbio (2002: 47) chama atenção para o fato de que *“Todos os Estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos, pois o processo de burocratização foi em boa parte consequência do processo de democratização”*.
4. O excesso de demandas foi uma consequência inevitável da democratização. Como diz Bobbio (2002: 47), *“Quando os proprietários eram os únicos que tinham direito de voto, era natural que pedisse ao poder público exercício apenas de uma função primária: a proteção da propriedade. Daqui nasceu a doutrina do Estado limitado, do Estado carabiniere ou, como se diz hoje, do Estado mínimo, e configurou-se o Estado como associação de proprietários para a defesa daquele direito natural supremo que era exatamente, para Locke, o direito de propriedade. Quando o direito de voto foi estendido aos analfabetos, tornou-se inevitável que estes pedissem ao Estado a instituição de escolas gratuitas; com isto, o Estado teve que arcar com um ônus desconhecido pelo Estado das oligarquias tradicionais e da primeira oligarquia burguesa. Quando o direito de voto foi estendido também aos não proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão somente a força de trabalho, a consequência foi que se começou a exigir do Estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares etc. Assim aconteceu que o Estado de serviços, o Estado social foi, agrada ou não, a resposta a uma demanda vinda de baixo, a uma demanda democrática no sentido pleno da palavra”*.
5. Mais uma vez, os ensinamentos de Bobbio (2002: 48), que expressa que *“tal processo de emancipação fez com que a sociedade civil se tornasse cada vez mais uma inesgotável fonte de demandas dirigidas ao governo, ficando este, para bem desenvolver sua função, obrigado a dar respostas sempre adequadas. Mas como pode o governo responder se as demandas que provêm de uma sociedade livre e emancipada*

A ineficácia do Poder Executivo, aliada à incapacidade do Poder Legislativo em acompanhar a necessidade de regulação da nova sociedade na dinâmica que se impunha, levou a insatisfação social a desaguar no Poder Judiciário, que passou a ser chamado para decidir tudo, absorvendo considerável parcela da tensão social e de poder regulador que não lhe é típico.

Acontece que a função jurisdicional, como adverte Calmon de Passos (2005: 22), “*é a menos legitimada democraticamente em termos de representatividade*”. Assim, urge analisar em que ponto o contexto democrático (não) alcançou o Poder Judiciário.

Como é consabido, democracia não se esgota num único ato, ao contrário, ela é dialética, é processo, enfim, é algo em permanente construção, que se desenvolve e se reinventa cotidianamente.

As sementes da social democracia foram plantadas no Estado Social de Direito, mas o ambiente no qual ela se desenvolve é, certamente, o Estado Democrático de Direito.

No particular, o Estado brasileiro já ultrapassou a etapa do Estado Social de Direito, deixando de ser apenas o *Welfare State* para ser o Estado Democrático de Direito<sup>6</sup>, um Estado que, nas palavras de Lênio Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2000: 90):

[O Estado Democrático de Direito] tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando *o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia*

*são sempre mais numerosas, sempre mais urgentes, sempre mais onerosas? [...] A quantidade e rapidez destas demandas, no entanto, são de tal ordem que nenhum sistema político, por mais eficiente que seja, pode a elas responder adequadamente. Daí derivam assim a chamada sobrecarga e a necessidade de o sistema político fazer drásticas opções. Mas uma opção não exclui a outras. E as opções não satisfatórias criam descontentamento. Além do mais, diante da rapidez com que são dirigidas ao governo as demandas da parte dos cidadãos, torna-se contrastante a lentidão que os complexos procedimentos de um sistema político democrático impõem à classe política no momento de tomar as decisões adequadas”.*

- 6 Identifica-se como Estado de Direito o Estado surgido sob a égide das Constituições escritas, que se manifestou inicialmente sob a forma liberal, resultando do processo de transição do Estado Absolutista do Antigo Regime para o Estado Liberal proposto pela burguesia revolucionária francesa. A 2ª fase do Estado de Direito é a fase do Estado Social de Direito, fruto da social democracia surgida no período após guerra, ante o fracasso do Estado mínimo burguês. Finalmente, em sua 3ª fase, o Estado de Direito evolui para a forma de Estado Democrático de Direito. A esse respeito, conferir Streck, Lênio; Moraes, José Bolzan de (2000).



*sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica (sic).*

Basta verificar o texto constitucional brasileiro para constatar que esse é o estágio evolutivo atual do Estado pátrio. Um Estado que se afirma, no primeiro artigo da Constituição, como Democrático de Direito, qualificativo que há de irradiar por todas as áreas de atuação estatal e da própria sociedade.

O processo de desenvolvimento da democracia – política para social – é perceptível (e auferível) nos espaços de realização da própria democracia, sendo certo que, em quanto mais espaços sociais se verificar a prática democrática, maior será o grau de democratização social.

Magnificamente, Bobbio (2002: 40) observa que:

[...] quando se deseja saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos quem têm o direito de participar nas decisões que lhe dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito.

No processo de democratização do Estado brasileiro, os princípios democráticos devem ser inseridos em todos os espaços sociais; não apenas no espaço ocupado pelo processo eleitoral, como também no espaço em que se desenvolve a própria ordem jurídica, abrindo margem à participação direta do cidadão no funcionamento da vida estatal.

Nessa esteira é outrossim a lição de José Afonso da Silva (1999: 123):

[...] o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica. O Direito, então, imantado por esses valores, se enriquece do senti popular e terá que ajustar-se ao interesse coletivo.

Na mesma direção apontam as palavras do Ministro Celso de Mello, no voto condutor do Mandado de Segurança 24.831-9, que insurgiu contra omissão atribuída à Mesa do Senado Federal na instauração de inquérito parlamentar destinado a apurar a utilização das “casas de bingos” na prática de lavagem de dinheiro, a chamada “CPI dos bingos”. Eis o que afirmou o Ministro:

Na realidade, impõe-se a todos os Poderes da República (a aos membros que os integram), o respeito incondicional aos valores que informam a declaração de direitos e aos princípios sobre os quais se estrutura, constitucionalmente, a própria organização do Estado.

O texto constitucional brasileiro reconhece algumas formas de participação direta do povo (democratização) tanto no exercício da função Legislativa quanto

no exercício da função Executiva. Nesse sentido, é suficiente verificar as normas constantes dos arts. 14<sup>7</sup>; 194, VII<sup>8</sup>; 198, III<sup>9</sup>; 204, II<sup>10</sup>/CF.

Paradoxalmente, o Poder Judiciário, aclamado como Poder guardião da democracia, permanece praticamente inalcançável à participação do cidadão brasileiro, salvo raríssimas exceções<sup>11</sup>.

Logo o Poder Judiciário, aquele que, no contexto da social democracia, assumiu uma dimensão que antes não possuía, aparecendo como mais novo centro de tensão da sociedade e exercendo parcela considerável do poder regulador.

Nesse contexto, urge democratizar o Poder Judiciário e, principalmente, democratizar o debate constitucional.

## 2. A NECESSIDADE DE DEMOCRATIZAR O DEBATE CONSTITUCIONAL

Como consabido, a *norma* jurídica é produto da atividade intelectual do intérprete, é o resultado final da atividade do aplicador do Direito, distinguindo-se do *texto*, que é um enunciado lingüístico fornecido pelo legislador.

Patente a distinção entre o texto e a norma, tem-se que o sentido normativo da ordem constitucional brasileira resulta, em última instância, da atividade interpretativa dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Afinal, são eles, Ministros do STF, que têm o poder de dizer definitivamente o sentido do texto constitucional, dizendo o que é ou não constitucional, o que integra o sistema jurídico e aquilo que deve ser repellido para fora do sistema jurídico.

Nesse viés, interessa lembrar as palavras do *Justice* Charles Hughes, citado por Bonavides (2001: 285), no sentido de que “*We are under a constitution, but the constitution is what the judges say it is*”<sup>12</sup>.

7. Prevê o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular.
8. Prevê a administração descentralizada da seguridade social, mediante a participação de trabalhadores, empregadores, aposentados e governantes nos órgãos colegiados.
9. Prevê a participação da comunidade nas ações e serviços de saúde.
10. Prevê a participação da população na formulação das políticas e no controle das ações de assistência social em todos os níveis.
11. O Conselho Nacional de Justiça, órgão integrante da estrutura interna do Poder Judiciário (art. 92, I-A/CF), é composto, dentre outros, por dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados pelas Casas Parlamentares (art. 103-B/CF). Outra participação ativa do cidadão no Poder Judiciário se constata no Tribunal do Júri, composto por um juiz de direito e 21 jurados, escolhidos dentre cidadãos de notória idoneidade (art. 436/CF).
12. Vivemos debaixo de uma Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juizes dizem que ela é.

No Brasil, a sociedade quase não participa do processo de validação dos fatos sociais pelo código binário “*direito - não direito*”, pois o sistema de controle de constitucionalidade vigente praticamente exclui o cidadão da condição de participe do debate constitucional.

Por vezes, o exercício, pelo STF, do controle de constitucionalidade, faz tábua rasa da opinião da sociedade, como se apenas seus Ministros tivessem condições de compreender o fenômeno jurídico e saber o que é ou não é constitucional, esquecendo que os princípios da democracia devem irradiar também sobre o Judiciário.

Num respeitoso exercício de metáfora, a práxis constitucional brasileira permite remontar à mitologia grega, cujas histórias e mitos ainda hoje exercem enorme fascínio sobre muitas pessoas.

Na mitologia grega, Pallas Atenas, filha de Zeus com sua primeira esposa, Métis, deusa da prudência, é aclamada como a deusa da sabedoria, da inteligência e da guerra. Contam os historiadores que ela nasceu já adulta, com armadura e coberta com o elmo do saber<sup>13</sup>.

Deusa da sabedoria, Pallas Atena era protetora da cidade de Atenas, aonde possuía seu mais importante templo, o Partenon, cujo nome deriva de *Parthenos*, expressão utilizada para denominar mulheres virgens, puras.

Pallas Atena foi denominada pelos romanos como deusa Minerva, fazendo referência ao julgamento de Orestes, que foi absolvido pelo voto de desempate proferido por ela, que ficou historicamente concebido como “*o voto de minerva*”.

Projetando a mitologia no cenário da jurisdição constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal poderia ser visto como um Partenon, composto de 11 Pallas Atenas, politicamente puros (imparciais)<sup>14</sup>, encobertos pelo Elmo do Saber e fortemente armados com o efeito vinculante das suas decisões, cujo Presidente, quando necessário, emite o voto de Minerva...

13 Diz-se que quando Métis estava grávida, Zeus foi advertido por sua avó Gaia que ela daria a luz a um guerreiro que iria depô-lo, tal qual ele, Zeus, tinha feito com Cronos. Temeroso, Zeus convenceu Métis a participar de uma brincadeira na qual cada um iria se transformar em um bicho. Métis, ingenuamente, se transformou numa mosca, que foi engolida por Zeus. Como ela já estava grávida, a gestação continuou dentro de Zeus até que ele, um dia, sentindo uma dor de cabeça, pediu a Hefestos que lhe desse uma machadada na cabeça e lhe abrisse o crânio, o que foi feito, vindo a sair, da cabeça de Zeus, a deusa Pallas Atena, já adulta, com armadura e coberta com o elmo do saber.

14 Um dos dogmas processuais do Estado democrático de Direito é a compatibilidade subjetiva dos juízes para a causa, o que impõe que a imparcialidade do magistrado no julgamento da demanda. Em virtude disso, v.g., proíbe-se os magistrados de se filiarem a partidos políticos.

Entretanto, como observa precisamente Calmon de Passos (2005: 23), os novos semideuses não são sacerdotes iluminados, mas *“nossos vizinhos de apartamento e antigos colegas de escola alçados à condição de magistrados. Os novos magos sem o encantamento do mistério dos antigos magos”*.

Potencializando a metáfora, os demais juristas poderiam ser acometidos daquilo que Lênio Streck chamada de síndrome de Abdula<sup>15</sup>, que, segundo o professor gaúcho, foi o escriba que escreveu o Alcorão, livro sagrado dos muçulmanos.

Alá ditava o texto para Maomé, que, por sua vez, repassava para Abdula, que o escrevia. Em certo momento, Maomé não escutou o final de uma frase que Maomé lhe ditava e, por isso, não repassou o texto para Abdula. Este, então, para não deixar a oração incompleta, completou-a por conta própria. E, procedendo dessa forma, perdeu a fé, pois descobriu que o Alcorão não dizia o que Alá queria ou o que Maomé queria, mas, sim, dizia o que ele, Abdula, queria que o Alcorão dissesse.

Comentando a história, Alexandre Câmara (2001: 80) assevera que ocorreu exatamente a mesma coisa com o Direito, levando os juristas a perderem a fé. Vale transcrever as primorosas palavras do processualista:

O direito diz o que o jurista quer que diga. O jurista, ao interpretar as normas jurídicas, produz o seu sentido, e pode usar tal norma interpretada para dizer o que a ele parece ser adequado. E isto faz com que o Direito acabe por ser usado contra aqueles a quem, em uma sociedade justa, deveria servir. Intérpretes das normas, produzindo seu sentido, usam o Direito em seu próprio favor, massacrando aqueles que sempre foram massacrados, e que continuarão a sê-lo ainda por muito tempo. Por isso, perdi a fé no Direito. Não acredito no Direito como algo capaz de mudar o mundo, fazer dele um lugar melhor para se viver. Apesar disso, como um cavaleiro de triste figura, continuo a pregar o Direito, certo de que não prego sozinho. Muitos outros juristas, comprometidos com a luta pela construção de um mundo melhor, continuam a pregar. E assim, quem sabe, um dia será possível voltar a sonhar. Um dia, talvez, o Direito, interpretado em favor dos excluídos, aplicado em favor dos necessitados, seja capaz de mudar o mundo. Neste dia, que me parece estar ainda longe demais para ser vislumbrado, talvez possamos nos dar conta de que perdêramos a capacidade de sonhar sozinhos, mas isso não fez nenhuma diferença, já que o importante é sonhar acompanhado. Afinal, como já disse um grande artista brasileiro, “sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade”.

15. A história de Abdula é contada por Lênio em palestras por ele proferidas. De qualquer sorte, encontra-se disponível em artigo de autoria de Alexandre Câmara (2001: 80).

Reconhecendo a existência de uma *sociedade aberta de intérpretes* (Häberle, 2002) – em que cada sujeito possui uma pré-compreensão – é possível admitir que a Constituição de 1988 se apresenta e pode ser compreendida de diferentes formas, havendo, em última análise, a convivência concomitante de diversas Constituições no seio da sociedade.

Mas, mesmo que a Constituição compreendida pelos Ministros da Suprema Corte destoe bastante da Constituição compreendida pela sociedade aberta, ela se imporá soberanamente como sendo a Constituição.

E isso porque o discurso normativo proferido pelos Ministros do Pretório Excelso vem acompanhado do aparato estatal capaz de subjugar todos os demais discursos sobre o que seja constitucional.

Em decorrência disso, exemplificativamente, foi possível por fim à verticalização das coligações eleitorais, em detrimento do caráter nacional dos partidos políticos e do princípio da moralidade que há de presidir o certame eleitoral.

Daí decorre um perigo muito grande para a estruturação democrática, pois, na medida em que a Constituição se apresentar apenas como o que os Ministros do STF disserem que ela é, haverá o risco indesejável de imposição arbitrária do discurso constitucional, destituído de consentimento legítimo.

Extremando a hipótese, o processo de interpretação constitucional ficaria reduzido ao entendimento da Corte, culminando por excluir totalmente a sociedade do processo e fechar a compreensão do fenômeno Constituição para os demais, esquecendo-se que o discurso normativo só será legitimado *se e somente se* estiver acompanhado da Constituição real.

Este estudo propõe que o processo de democratização alcance o espaço de construção da Constituição, de forma a inserir a sociedade no processo de formação da vontade constitucional, até porque ela, Constituição, é menos um conjunto de hieróglifos decifrados apenas por magistrados do que uma realidade viva, interpretada e construída diariamente pela sociedade aberta de intérpretes<sup>16</sup>.

16 A Constituição, enquanto objeto, se desvela para o mundo não apenas como produto da vontade jurisdicional. Basta lembrar os fatores reais de poder referidos por Lassalle (2001) para constatar que a Constituição é muito mais do que aquilo que os juízes dizem que ela é. Reduzir a Constituição a um fenômeno normativo-jurisdicional implica em antecipar a sua inefetividade e encomendar seu leito de morte. Como adverte Nagib Slaibi Filho (1990: 17), “É condição necessária de efetividade que a Constituição formal seja vivida pelo Estado em conjunto e cada agente público em particular; que não seja uma mera declaração solene e fria, distante dos fatos e da consciência daqueles que se encaram na relação de poder”.

No particular, calha bem fixar lição de Manoel Jorge e Silva Neto (2004: 257):

Convictamente, o processo de fiscalização da constitucionalidade indica circunstância singular para o aprimoramento das instituições, para a interpretação plural da Constituição, e, sobretudo, para consolidar-se a cultura constitucional, algo de que nos ressentimos bastante no Brasil, porque os assuntos a ela relacionados são habitualmente envolvidos em “penumbra misteriosa” e como se a sua compreensão apenas fosse possível a seres especiais e iluminados.

Mas, cultura não é, está sendo, razão suficiente para nos precatarmos contra o intelectualismo assolador da interpretação constitucional no Brasil, abrindo a porta da Constituição ao indivíduo comum, outorgando-lhe igualmente a oportunidade de participar do processo de concretização da vontade constitucional.

É importante registrar, para evitar tergiversação deste discurso, que não se advoga a subversão da autoridade da Suprema Corte; tão somente se defende a abertura do debate constitucional com a sociedade.

Não se trata de atacar a instituição Supremo Tribunal Federal e pregar o anarquismo; o que se propõe é outra coisa, qual seja, a democratização do processo de formação do dizer soberano sobre o que é (ou não é) constitucional.

Em toda e qualquer sociedade organizada, o poder institucionalizado é algo contingente e necessário para a coordenação das atividades sociais e, mais que isso, esse poder necessita ser soberano para que possa prevalecer sobre os demais poderes sociais.

A existência de um Tribunal soberano no dizer o que é ou não é constitucional é imprescindível ao funcionamento da sociedade, obstando que cada qual adote sua própria Constituição e haja conforme sua vontade, em detrimento completo da lei.

De outra parte, no Brasil, é possível questionar a falta de legitimação real das decisões do Tribunal, na medida em que resultam dum debate travado apenas entre os Ministros da Corte, com exclusão da sociedade, que, muitas vezes, não tem a oportunidade dialética de manifestar seu dissenso.

Havendo de prevalecer o entendimento dos Ministros do STF acerca da Constituição, mister se faz, ao menos, democratizar o debate constitucional para que a sociedade possa, eventualmente, manifestar seu dissenso junto ao Tribunal, por vezes mesmo ensejando uma mudança de entendimento da Corte.

Democracia pressupõe uma constante dialética do debate, pressupõe o convívio suportável do consenso com o dissenso. Para que um Estado se afirme Democrático de Direito – como sói ocorrer com o Brasil –, o consentimento deve ser fruto do processo dialético de discussão com a sociedade, e, não, imposto de cima para baixo arbitrariamente.

O consenso que for alcançado exclusivamente pelos Ministros do STF, sem participação da sociedade no debate, carecerá de legitimação democrática, enfraquecendo a democracia, negando-se mesmo o Estado Democrático de Direito.

É valioso trazer novamente palavras de Bobbio (2002: 75):

Quero dizer que, num regime que se apóia no consenso não imposto a partir do alto, alguma forma de dissenso é inevitável e que apenas onde o dissenso é livre para se manifestar o consenso é real, e que apenas onde o consenso é real o sistema pode proclamar-se com justeza democrático. Por isto afirmo existir uma relação necessária entre democracia e dissenso, pois, repito, uma vez admitido que a democracia significa consenso real e não fictício, a única possibilidade que temos de verificar se o consenso é real é verificando o seu contrário. Mas como poderemos verificá-lo se o impedirmos?

No contexto de uma sociedade aberta, a sociedade deve participar ativamente do debate constitucional, no foro institucionalizado para debater a Constituição, que, inequivocamente, é o Supremo Tribunal Federal.

No particular, importa sobrelevar que o Direito não tem o poder de mudar a realidade dos fatos, senão os fatos que têm o poder de ditar a dinâmica a ser adotada pelo Direito. O Direito, no máximo, tenta condicionar os comportamentos sociais, o que nem sempre consegue alcançar<sup>17</sup>.

As portas e janelas do Supremo Tribunal hão de ser abertas para que vozes da sociedade entrem e ecoem pelos arautos da Corte, tal qual um raio de sol que penetra pelas rochas e consegue iluminar uma gruta profunda e escura.

Esta medida não retira a soberania do Pretório Excelso e democratiza (e legitima) o processo de dicção constitucional, evitando, ainda, que o *Partenon* se isole do mundo e se perca em sua própria escuridão, sombria, nefasta e distante do cidadão comum.

O que se propõe é perfeitamente adequado ao contexto da atual democracia brasileira, que é uma democracia participativa, definida por Maués (1999:123) como *“um conjunto de propostas tendentes a aumentar o grau de participação dos cidadãos na vida pública, pela abertura de novos canais que complementam as instituições representativas tradicionais”*.

17. A realidade empírica confirma esta afirmação. Desde muito, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que a norma constante do art. 37, VII/CF possui eficácia limitada, declarou que os servidores públicos não gozam do direito de fazer greve enquanto não advier a legislação específica dispondo sobre a matéria. Não obstante as decisões da Corte sejam dotadas de imperatividade, diversas greves foram deflagradas no País no âmbito do serviço público em todos os níveis, e fatalmente continuarão sendo deflagradas, exatamente porque o Direito não tem o poder de mudar a realidade dos fatos, senão tentar condicioná-la.

Assim, se propõe inserir a sociedade ativamente no debate constitucional, junto ao Supremo Tribunal Federal, mesmo porque a posição de cidadão mero expectador de prestações sociais não coaduna com a perspectiva trazida pelo Estado Democrático de Direito.

Bobbio (2002: 31) apresenta uma definição mínima de democracia como sendo “*um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos*”. Na opinião do grande jurista italiano, para que decisões vinculatórias de toda a coletividade sejam aceitas, devem estar amparadas em regras que estabeleçam quem está autorizado a tomá-las e à luz de quais procedimentos.

E inofensível que o Supremo Tribunal Federal deve ser titular do poder-dever de dizer para a sociedade o que é a Constituição; que, em termos positivos, ele está autorizado, pela Constituição<sup>18</sup>, a tomar decisões judiciais vinculantes para toda a coletividade; e que essas decisões são tomadas segundo procedimento legalmente estabelecido.

Todavia, propõe-se a mudança das regras do jogo *no que toca aos procedimentos*, para inserir a participação da sociedade no debate constitucional, que é de onde resultam as decisões vinculatórias.

Num aforismo à marcante passagem de Gadamer – “*se queres dizer algo sobre um texto, deixa primeiro que o texto lhe diga algo*” – se os Ministros do Supremo querem dizer para a sociedade o que é a Constituição, devem primeiro escutar da sociedade o que a Constituição é para ela.

Cabe lembrar a lição de Benjamin Cardozo, invocada pelo Ministro Cezar Peluso no voto relator da ADI nº 3.367-1, em que o Supremo declarou a constitucionalidade do Conselho Nacional de Justiça, segundo a qual o magistrado deve ter “*aberto os ouvidos sacerdotais ao apelo de outras vozes*”. É exatamente disto que se trata.

No contexto de uma sociedade aberta, permite-se o convívio dialético do consenso com o dissenso, rejeita-se que o primeiro seja imposto de maneira autocrática, e, nas palavras clássicas de Churchill, acredita-se que “*a democracia é a pior de todas as formas imagináveis de governo, com exceção de todas as demais que já se experimentaram*”.

18. Mais do que autorizado, trata-se de um poder-dever do Tribunal Excelso, decorrente da competência que lhe foi atribuída pela Constituição (arts. 102, I, “a” c.c 102, §2º e art. 102, III c.c 103-A/CF).



Por isso, há de se acreditar na abertura do horizonte e caminhar em busca da efetiva democratização do debate constitucional, lembrando sempre das palavras de Bobbio (2002: 76), para quem “a atitude do bom democrata é a de não se iludir com o melhor e a de não se resignar com o pior”.

### 3. REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 8ª edição, 2002.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Democracia e constitucionalismo. A produção do Direito num Estado de Direito Constitucional. A crise da democracia e do constitucionalismo. Reflexos nas funções legislativo e jurisdicional*. Salvador: paper não publicado, fornecido aos alunos durante Curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Uma breve reflexão sobre Direito, Lei e Justiça*. In TUBENCHLAK, James (coordenação). *Doutrina, nº 11*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 8ª edição, 2003.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 6ª edição, 2001.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 26ª edição, atualizada por Miguel Alfredo Malufe Neto, 2003.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político a Constituição de 1998*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2ª edição, 2000.
- SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação popular mandatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1990.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 16ª edição, 1999.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso Básico de Direito Constitucional, Tomo I*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.





# XI

## POR QUE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO AUTORAL DEVEM CAIR EM DOMÍNIO PÚBLICO?

*Rodrigo Moraes*

Advogado, mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia, professor universitário de Direito Civil e Direito da Propriedade Intelectual da FABAC, da FSBA e da UNYAHNA, consócio do Instituto dos Advogados da Bahia (IAB) e Presidente da Comissão de Educação, Cultura, Esporte e Lazer da OAB/Ba, triênio de 2007/2009. Site: [www.rodrigomoraes.adv.br](http://www.rodrigomoraes.adv.br).

**RESUMO:** O presente artigo analisa os conflitos sobre domínio público de obras protegidas pelo Direito Autoral. Ao tecer argumentos favoráveis à temporalidade dos “direitos patrimoniais”, critica as ampliações de prazo que vêm ocorrendo nos Estados Unidos. Em última análise, tais dilatações temporais objetivaram satisfazer interesses de intermediários (grupos econômicos da indústria cultural), e não anseios de sucessores de autores falecidos.

**ABSTRACT:** This article analyses public domain conflicts regarding works under intellectual property protection. The author highlights the favorable aspects of having a term related to “economic rights” of the authors, and criticizes the term’s enlargement trend that is occurring

in United States. Indeed, he appoints that this behavior intended to satisfy the interests of intermediary groups, basically economic corporations inside cultural industry, instead of the authors’ heirs’ interests.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Autoral; direitos de autor e direitos conexos; dos direitos patrimoniais do autor e de sua duração; propriedade intelectual; propriedade literária, artística e científica; domínio público; direito à cultura.

**KEYWORDS:** Copyright; rights of the author and neighboring rights; economic rights of the authors and term thereof; intellectual property; literary, artistic and scientific property; public domain; right of culture.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações preliminares; 2. Breve histórico da positivação do Direito Autoral; 3. Breve histórico brasileiro do domínio público de obras protegidas pelo Direito Autoral; 4. A discussão travada, em Portugal, entre Almeida Garrett e Alexandre Herculano; 5. A recente ampliação norte-americana do prazo de proteção; 6. Argumentos a favor da restrição temporal; 6.1. O autor não cria do nada, mas a partir de um acervo cultural preexistente; 6.2. As obras espirituais são bens não-competitivos; 6.3. O pedido de autorização a sucessores do autor falecido como entrave à difusão da cultura; 7. Domínio público remunerado: incentivo ou empecilho à cultura?; 8. Conclusões; 9. Referências.



## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

No século XXI, o Direito Autoral tem o grande desafio de compor, equitativamente, dois interesses colidentes, o privado e o público, evitando tendências extremistas, exacerbações no exercício dos respectivos titulares. Como harmonizar, na era das novas tecnologias, a lógica privatística, organizada principalmente para a lucratividade, com a publicística, orientada pelo interesse público de participação de todos na vida cultural?

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. XXVII, dispõe:

1. Todo homem tem direito a participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística, da qual seja autor.

Os dois incisos, que constituem os pilares da atual Sociedade da Informação, trazem, na prática, interesses conflitantes. O primeiro consagra o direito da coletividade de acesso à cultura. O segundo, os direitos morais e patrimoniais de autor.

É possível a coexistência desses dois interesses antagônicos, que, historicamente, sofrem inúmeros choques e embates. A pretendida conciliação entre interesses público e privado, sem dúvida, não ocorrerá sem ranhuras, disputas políticas e econômicas. Aqui, torna-se impossível esquivar-se do substrato ideológico do Direito.

Pois bem. Os chamados “direitos patrimoniais” de autor devem ser perpétuos ou temporários? Por que, no Brasil, obras literárias e musicais caem em domínio público depois de setenta anos contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da *morte do autor*? Por sua vez, por que obras audiovisuais e fotográficas caem em domínio público após setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua *divulgação*? Ademais, por que essa diferença no início da contagem do prazo entre obras literárias e fotográficas, musicais e audiovisuais? Em outras palavras, por que nem sempre a morte é o fato que desencadeia a contagem do prazo inicial?

As obras protegidas pela vigente Lei de Direito Autoral (Lei n. 9.610/98) reputam-se “bens móveis” (LDA-98, art. 3º). Em outras palavras, reputam-se propriedade mobiliária. O Código Civil de 1916 trazia a seguinte denominação: “propriedade literária, artística e científica”.

Acontece que o direito exclusivo à exploração econômica (direito de gozo) de tais bens é delimitado no tempo. Em se tratando de obras protegidas pelo Direito Autoral, é transitório o direito exclusivo de percepção dos rendimentos econômicos.

Ora, se a perpetuidade – atributo do direito real de propriedade – não existe, como, então, obras literárias, artísticas e científicas podem ser consideradas “propriedade”? A doutrina civilista costuma afirmar que o direito real de propriedade é “forte”, perpétuo, somente se extinguindo nos casos expressos em lei (desapropriação, usucapião, etc.). Se os direitos patrimoniais de autor são considerados “direito real de propriedade”, como podem ser temporários? Como explicar a regra da temporalidade?

Portanto, quando se fala em Direito Autoral, a teoria do direito real de propriedade não serve para explicar a sua natureza jurídica. Além da ausência do atributo da perpetuidade, essa teoria não abarca o chamado “direito moral”, o vínculo pessoal que liga o autor a sua obra. O Direito Autoral tem natureza jurídica dúplice: pessoal-patrimonial. Não recai, portanto, somente sobre a obra, mas também sobre a pessoa do criador intelectual. A teoria do direito real de propriedade não explica nem compreende esse elo íntimo e perene que liga o criador à criação.

A temporalidade de obras protegidas pelo Direito Autoral, prevista constitucionalmente (CF, art. 5º, XXVII), justifica-se pelo interesse público, pela função social da propriedade intelectual. O caráter transitório, aqui defendido, atende à exigência da funcionalização.

Antes de enfrentar essa questão, ponto fulcral do presente estudo, faz-se mister tecer alguns breves comentários sobre a evolução histórica da positivação do Direito Autoral. Tal visita ao passado contribuirá para melhor entendimento dos atuais conflitos sobre domínio público.

## 2. BREVE HISTÓRICO DA POSITIVAÇÃO DO DIREITO AUTURAL

Antes da invenção da imprensa mecânica pelo alemão Johann Gutenberg (1398-1468), o Direito Autoral não despertava grande interesse, tanto na vida cotidiana dos criadores intelectuais como no ambiente jurídico. A invenção gutenberguiana da imprensa com tipos móveis é considerada o berço, o ponto de partida, o nascedouro da regulamentação autoral.

Não é exagero afirmar que Gutenberg revolucionou o mundo, tornando possível a reprodução de livros numa dimensão, até então, desconhecida; em quantidades,

para a época, inimagináveis. As idéias e informações, finalmente, puderam atingir divulgação em escala industrial. A disseminação do conhecimento passou a ser o novo paradigma. O livro, que era raro e caro, foi se tornando mais acessível ao público.

É importante afirmar que o início da normatização do Direito Autoral não foi uma reivindicação espontânea dos próprios criadores intelectuais, mas um descontentamento do poder econômico da época, representado pela classe dos editores de obras literárias.

Os primeiros privilégios foram concessões feitas a editores. O Direito Autoral era encarado de forma análoga ao Direito Industrial, ou seja, entendido também como um privilégio real consistente no direito ao recebimento de *royalties*.

Segundo o autoralista português José de Oliveira Ascensão, “a *ratio* da tutela não foi proteger a criação intelectual, mas sim, desde o início, proteger os investimentos”.<sup>1</sup>

Importante frisar que, por volta do século XVII, tanto editores como autores ainda não eram titulares de qualquer direito. Apenas possuíam a certeza de que não lhes seria imposta concorrência naquela atividade. Os editores utilizavam os pretextos “fama”, “notoriedade”, “prestígio” e “reconhecimento”, proporcionados pela publicação de um livro, como recompensa suficiente ao trabalho intelectual. Tempos depois, honrarias de tipo acadêmico e distinções públicas já não bastavam para satisfazer os autores.

Os privilégios adquiridos geralmente pelos impressores podiam ser resumidos numa espécie de permissão garantida pelo Estado, para que somente eles pudessem publicar obras literárias. Evitava-se, assim, a concorrência de outros editores. Durante esse período do privilégio, o monopólio real não permitia que nenhum outro indivíduo pudesse imprimir ou vender a mesma obra protegida. Tal faculdade era reservada, com exclusividade, àquele que fosse detentor do documento do privilégio estatal.

Em relação aos privilégios governamentais, eles serviam de poderoso instrumento de censura prévia à publicação de gêneros proibidos, que pudessem ofender valores morais e religiosos considerados pelo Estado e pela Igreja. No Antigo Regime, estado absolutista, a censura – impeditiva do direito à livre manifestação do pensamento – estava atrelada aos privilégios. O registro era obrigatório porque,

1. ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 4.

através dele, o Estado exercia censura prévia de textos considerados contrários ao regime. O registro era, portanto, mecanismo camuflado de controle da imprensa. Nesse sentido, comenta a autoralista argentina Delia Lipszyc:

Los privilegios eran *monopolios de explotación* que el poder gubernativo otorgaba a los impresores y libreros, por un tiempo determinado, a condición de haber obtenido la aprobación de la censura – con lo cual servían como resorte político para controlar la difusión de las doctrinas que se consideraran peligrosas – y de registrar la obra publicada.<sup>2</sup>

Os ingleses são os precursores da legislação autoral. A primeira lei específica que se tem conhecimento, criada na Inglaterra, em 1709, no período da Rainha Ana (*Statute of Anne*), entrou em vigor em 10 de abril de 1710. O Estatuto previa prazo de proteção de 21 anos para os livros já publicados, e de 14, renováveis pelo mesmo período, para os ainda não publicados.

Antes do advento do Estatuto de Ana, era prática comum das corporações dos livreiros a exclusividade na comercialização de obras de autores falecidos há centenas de anos.<sup>3</sup> Sem dúvida, esse monopólio perene representava entrave ao acesso público à cultura e à circulação de idéias.

O regime dos privilégios começou a ser fortemente criticado e combatido. Entre as reações, a prática da contrafação (reprodução não autorizada). Com a ascensão de uma nova classe social, a burguesia, trazendo o triunfo do liberalismo econômico e político, os privilégios começaram a ser contestados. O monopólio real em favor de grupos editoriais foi submetido a severo inconformismo e, finalmente, suprimido.

Em 04 de agosto de 1789, após a tomada da Bastilha, todos os privilégios de autores e editores, que representavam um entrave à liberdade econômica defendida pelos burgueses, foram abolidos. O autoralista português Luiz Francisco Rebello cita a seguinte declaração de Laboulaye: “Falai de propriedade, todos se inclinam; falai de privilégio, todos se revoltam. O primeiro título representa o que há de mais respeitável, o direito; o segundo o que há de mais abominável, o monopólio”.<sup>4</sup>

2. LIPSYC, Delia. *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, 2001, p. 30.

3. GANDELMAN, Marisa. *Poder e conhecimento na economia global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 65.

4. REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 32. 1 v.

A Revolução Francesa foi caracterizada pelo radicalismo anti-aristocrático dos revolucionários burgueses, pelo derramamento de sangue, pela luta armada. Tudo o que lembrasse o Antigo Regime deveria ser extinto.

Finda essa tempestade violenta, adveio relativa calma. Enfraquecidos pela quebra do monopólio real, os livreiros utilizaram nova estratégia: fizeram-se paladinos dos autores, com um discurso despistador. Pediram proteção não mais para si, mas para os autores. Somente na aparência, pois o real objetivo era tentar recuperar privilégios perdidos com a quebra do monopólio. A intenção era o regresso das regalias de outrora. O anseio, na verdade, era de pôr fim ao caráter transitório da comercialização exclusiva, e, conseqüentemente, retornar a perpetuidade perdida.

Surgiu, então, a noção de “propriedade literária”, substituindo o regime de privilégios. A França revolucionária reconheceu o Direito Autoral como propriedade, e não mais como privilégio concedido pela Coroa. O fundamento do direito deixou de ser uma questionável concessão do Estado (benevolência do soberano) ou de grupos econômicos. A proteção passou a ser considerada fruto da própria criação intelectual: “a mais sagrada, a mais legítima, a mais inatacável e a mais pessoal de todas as propriedades”, como proclamou *Le Chapelier*.<sup>5</sup>

Em França, duas leis foram aprovadas pela Assembléia Constituinte. A primeira, de 13-19 de janeiro de 1791, limitou-se a consagrar o direito de representação, ou seja, restringiu a proteção aos autores teatrais. A segunda, de 19-24 de julho de 1793, ampliou esse direito para todas as categorias de obras existentes à época.

Assevera Luiz Francisco Rebello:

Para as leis revolucionárias de 1791-1793, o prazo estendia-se até *dez anos* após a morte do autor, tendo sido posteriormente ampliado para *vinte anos* em 1810 e *cinquenta* em 1886 – o ano da assinatura da Convenção de Berna, que a partir do Acto de revisão de Bruxelas de 1948, estabeleceu obrigatoriamente para os países aderentes essa duração mínima.<sup>6</sup>

Com a revisão de Bruxelas, em 1948, a Convenção de Berna (art. 7º) passou a determinar que todos os países signatários assegurassem proteção de, no mínimo, 50 anos *post mortem auctoris*.

Alguns países beligerantes, a exemplo de França, Bélgica, Itália e Noruega, já haviam prorrogado o prazo de proteção, com o intuito de compensar os autores dos prejuízos econômicos ocasionados pelas grandes Guerras<sup>7</sup>.

5. Op. cit., p. 32.

6. Op. cit., p. 187.

7. REBELLO, Luiz Francisco. Op. cit., p. 188.



Atualmente, um outro tipo de guerra fundamenta as ampliações do prazo *post mortem auctoris*. Trata-se de uma batalha sem armas e sem derramamento de sangue; de uma briga fomentada, sim, por poderosos grupos econômicos ligados à indústria cultural, cessionários de direitos patrimoniais de autor.

Não é possível aceitar, acriticamente, o argumento trazido na Directiva 93/98/CEE, de 29 de outubro de 1993, relativa à harmonização da duração de proteção dos direitos patrimoniais de autor em 70 anos. *Data venia*, eis a falaciosa fundamentação constante nessa Directiva da Comunidade Européia:

Considerando que o objetivo do prazo mínimo de proteção de cinquenta anos após a morte do autor, tal como prevê a Convenção de Berna, era o de proteger os direitos do autor e das duas primeiras gerações de descendentes; que a prolongação da média de duração da vida na Comunidade [Européia] fez que tal período não fosse já suficiente para cobrir duas gerações.

Pois bem. Tal argumento, que camufla interesses econômicos de grupos cessionários da indústria cultural, não deixa de ser despistador, como se demonstrará no presente estudo.

### 3. BREVE HISTÓRICO BRASILEIRO DO DOMÍNIO PÚBLICO DE OBRAS PROTEGIDAS PELO DIREITO AUTORAL

A política cultural que Portugal aplicava na sua então colônia foi a principal causa do atraso da regulação do Direito Autoral no país. Portugal limitou por muito tempo – até quando possível – o desenvolvimento cultural do Brasil, proibindo a imprensa e indeferindo solicitações de cursos universitários. Somente em 1808, com a abertura dos portos, foi autorizada a utilização da imprensa.

Com a lei de 11 de agosto de 1827, foram criadas as duas primeiras Faculdades de Direito do país: uma em São Paulo e outra em Olinda. Foi garantido aos autores dos compêndios o privilégio exclusivo da obra por 10 (dez) anos. Antes, contudo, as referidas obras didáticas deveriam ser aprovadas pela Congregação e submetidos à aprovação da Assembléia Geral. Como bem dizia o autoralista Eduardo Vieira Manso, “tratava-se, no entanto, de um direito aplicável apenas *intra* muros, nas Faculdades de Direito de Olinda e de São Paulo, não alcançando os demais autores brasileiros”.<sup>8</sup>

8. MANSO, Eduardo J. Vieira. *O que é Direito Autoral*. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992, p. 16.

O prazo de proteção, na primeira lei brasileira específica sobre Direito Autoral, denominada Medeiros e Albuquerque (Lei nº 496, de 1898), em homenagem ao escritor e deputado federal pernambucano relator do projeto, era de 50 anos contados de 1º de janeiro do ano em que a obra fosse publicada.

Na concepção original do Código Civil de 1916, elaborada por Clóvis Beviláqua, em 1899, era prevista a perpetuidade. Uma emenda estabeleceu o tempo de 60 anos, contados do dia do falecimento do autor, para a obra cair em domínio público. Tal modificação, que resultou no art. 649 do CC-16, não convenceu Beviláqua. Eis os seus comentários favoráveis à perpetuidade:

O Projeto primitivo propusera a perpetuidade para o direito dos autores. Contra esse modo de ver levantam-se objeções, que não são muito convincentes. [...] E, uma vez criada essa riqueza imaterial, não há, em princípio, razão teórica para que se não transmita pelos modos adotados para a transmissão da riqueza material. São razões de ordem prática, e uma certa obscuridade de idéias, próprias da fase evolucionar, em que se acha o direito autoral, que explicam essa forma de propriedade menos plena, de propriedade temporária e revogável, que as leis imprimem ao direito dos autores.<sup>9</sup>

*Data venia*, não se pode concordar com a opinião do mestre Beviláqua, que será minuciosamente refutada no capítulo 6 do presente estudo.

Com a Lei n. 5.988, de 1973, o Direito Autoral desgarrou-se do Código Civil. Em seu art. 42, a LDA-73 estabeleceu nova duração dos direitos patrimoniais de autor. Os filhos, pais ou cônjuge gozavam vitaliciamente dos direitos patrimoniais do autor transmitidos por sucessão *mortis causa*. Os demais sucessores do autor (colaterais), contudo, gozavam dos direitos patrimoniais pelo período de 60 anos, contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao do falecimento do autor.

A atual LDA-98 (9.610/98), em seu art. 41, aumentou o prazo de proteção de 60 para 70 (setenta) anos.

Esse prazo, adotado por inúmeros países, começa a ser computado a partir de 1º de janeiro: a) do ano seguinte à *morte* do autor de obra musical e literária (LDA-98, art. 41); b) do ano seguinte à *divulgação* da obra audiovisual e fotográfica (LDA-98, art. 44); c) do ano seguinte à *fixação* do fonograma (LDA-98, art. 96); d) do ano seguinte à *emissão* de radiodifusão (LDA-98, art. 96).

Observa-se, portanto, que o prazo inicial nem sempre é *post mortem auctoris*.

9. BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1923, p. 181-182.

Existem desvios quanto ao termo *a quo* até mesmo no caso de *post mortem auctoris*. Se a obra literária, artística ou científica realizada em co-autoria for indivisível, o prazo de setenta anos *post mortem auctoris* será iniciado a partir da morte do último dos co-autores sobreviventes (art. 42). Por exemplo, em se tratando das geniais parcerias de Chico Buarque e Tom Jobim (p.ex., “Retrato em branco e preto” e “Anos Dourados”) e das de Toquinho e Vinícius de Moraes (p.ex., “Tarde em Itapuã”), o prazo ainda não começou a correr, pois Chico e Toquinho encontram-se vivos.

O art. 7º *bis* da Convenção de Berna dispõe no mesmo sentido do art. 42 da LDA-98. A justificativa desse dispositivo é a seguinte: seria, no mínimo, estranho, que uma mesma obra lítero-musical caísse em domínio público para apenas um dos co-autores. Seria, também, injusta a redução do prazo de proteção para os sucessores do autor sobrevivente.

As obras de autores falecidos que não deixam sucessores (LDA-98, art. 45, I) e as obras de autores desconhecidos, transmitidas por tradição (art. 45, II), são consideradas de domínio público.

Vale dizer, também, que a ampliação do prazo para setenta anos foi conferida de forma irretroativa (LDA-98, art. 112). *In verbis*: “Se uma obra, em consequência de ter expirado o prazo de proteção que lhe era anteriormente reconhecido pelo § 2º do art. 42 da Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973, caiu no domínio público, não terá o prazo de proteção dos direitos patrimoniais ampliado por força do art. 41 desta Lei.” Tal artigo evitou criar instabilidade no cenário jurídico-cultural.<sup>10</sup>

Vê-se, pois, que um mesmo autor poderá ter obras ainda protegidas e obras que já caíram em domínio público, a depender da existência ou não de parceria.

O art. 5º, XXVII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, exemplo de norma de eficácia contida, dá margem para que o legislador ordinário aumente

10 As obras do famoso poeta português Fernando Pessoa (1888-1935), em janeiro de 2006, caíram em domínio público. A editora *Assírio & Alvim* perdeu a exclusividade de exploração econômica. Inúmeras outras editoras, a partir de 2006, já podem publicar o poeta.

Fato curioso é que, em 1986, quando o prazo de proteção em Portugal ainda era de 50 anos *post mortem auctoris*, as obras de Pessoa haviam caído em domínio público. A Ática portuguesa, então, perdeu a exclusividade. Durante cerca de uma década, diversas outras editoras passaram a publicar Pessoa. Com a Directiva 93/98/CEE de 1993, que ampliou a duração do prazo para 70 anos após a morte do autor, houve uma espécie de “reprivatização”. As obras saíram do domínio público e voltaram ao domínio privado. Diversas editoras portuguesas ficaram indignadas com a proibição.

Desde a vinda de 2006, a obra de Fernando Pessoa entrou no rol dos acervos livres. Belas poesias ganharam plena liberdade.

Pois bem. O art. 112 da LDA-98 visa, exatamente, evitar essa instabilidade ocorrida em Portugal. Não é permitida pela legislação brasileira, portanto, a retroatividade de lei que aumente o prazo de proteção para obras já caídas em domínio público.

o prazo de proteção dos direitos patrimoniais, ao dispor: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, *transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar*”.

A lei ordinária muda com mais facilidade. O país corre o risco de sofrer, num futuro não longínquo, novos aumentos de prazo. No Brasil, todas as contínuas alterações ocorridas aumentaram a duração dos direitos patrimoniais. Essa é a atual tendência em âmbito internacional.

#### **4. A DISCUSSÃO TRAVADA, EM PORTUGAL, ENTRE ALMEIDA GARRETT E ALEXANDRE HERCULANO**

A perpetuidade defendida por Beviláqua acendeu e continua acendendo bastante polêmica, desde o século XIX.

Em Portugal, a discussão travada entre Almeida Garrett e Alexandre Herculano é atualíssima, de enorme interesse, não podendo ser considerada meramente histórica ou acadêmica. As duas concepções conflitantes continuam em choque na Era Digital.

Garrett, poeta, dramaturgo e deputado federal, foi o autor do primeiro projeto de lei português versando sobre propriedade intelectual, apresentado à Câmara dos Deputados em 18 de maio de 1839 e aprovado doze anos depois, em 8 de julho de 1851. No longo relatório de justificativa do projeto de lei, Garrett aborda os dois pilares da atual Sociedade da Informação: o direito dos autores em relação às suas obras e o direito da coletividade de acesso a elas. A pioneira lei autoral portuguesa continha prazo de proteção de trinta anos após a morte do autor.

O deputado Herculano, contudo, em carta enviada a Garrett, em 1851, criticou essa restrição temporal, alegando que ela retirava uma característica fundamental da propriedade: a perpetuidade. *In verbis*:

Se esta propriedade é sacratíssima, ou por outra, se é sagrada entre as mais sagradas, por que lhe recusais a vantagem que o direito assegura sem exceção a todo o outro capital acumulado e activo, a perpetuidade? O capital não se consumiu, porque o livro aí está. Em virtude de que princípio moral ou jurídico hão-de eles ser privados de uma herança sacratíssima? Em virtude da utilidade pública? Mas as expropriações de outra qualquer propriedade menos sagrada, em proveito comum, por mais remota que seja a origem desse capital acumulado, pagam-se.<sup>11</sup>

11. REBELLO, Luiz Francisco. *Garrett, Herculano e a Propriedade Literária*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999, p. 77.

Garrett, em seu relatório de 1839, em sentido contrário à concepção individualista de Herculano, defendeu a temporalidade da proteção, afirmando que a sociedade tem o direito de acesso à cultura:

Os imortais Lusíadas estavam na alma de Camões e eram já o que são; mas foi mister que se lessem, que se admirassem e estudassem, para adquirirem o valor que têm. [...]

A sociedade exige pois concessões pela sua cooperação, assim o autor as exige dela, e por igual motivo. Seja inviolável, seja transmissível a propriedade literária mas dentro de um prazo determinado, findo o qual o direito de autor cesse e o da sociedade comece.<sup>12</sup>

A lei portuguesa de 1927, que sucedeu a de 1851, previu a perpetuidade do direito de autor. Caso isolado entre os países signatários da Convenção de Berna. Tal diploma perdurou naquele país por cerca de quarenta anos. Com o Código do Direito de Autor, de 1966, foi revogado o regime de proteção perpétua.

O tema da temporalidade volta a render acirradas discussões. Cresce a tendência pelo aumento do prazo, como se verá a seguir.

## 5. A RECENTE AMPLIAÇÃO NORTE-AMERICANA DO PRAZO DE PROTEÇÃO

Desde a década de 60, o Congresso norte-americano dilatou onze vezes o prazo de proteção. Steamboat Willie, o primeiro desenho animado de Walt Disney sobre Mickey Mouse, foi lançado em 1928. Em 1998, na iminência de completar 70 anos e, portanto, cair em domínio público, o Congresso estendeu o prazo por mais vinte anos, através da lei intitulada “Sonny Bono Copyright Term Extension Act”.<sup>13</sup> Sonny Bono, falecido em 1998, era cantor-ator, deputado federal republicano pela Califórnia e ex-marido da cantora-atriz Cher. Foi o autor do referido projeto de lei. Mantinha íntimo relacionamento com a indústria do show business norte-americana.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão de sete votos a dois, entendeu ser constitucional esse aumento do prazo de proteção. Lawrence Lessig, advogado e professor norte-americano, critica o entendimento da Corte, alegando que quem se beneficia com a prorrogação do prazo não é o titular originário, mas empresas cessionárias, a indústria do *show business*, representada pela Walt Disney.

12. Op. cit., p. 32.

13. LESSIG, Lawrence. *Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*. New York: The Penguin Press, 2004, p. 134.

O autoralista português José de Oliveira Ascensão também critica a campanha norte-americana para aumentar o período de proteção. Segundo ele, o prazo europeu de 70 anos *post mortem auctoris* já é “absurdamente longo”.<sup>14</sup>

É oportuno dizer que o México, em 23 de julho de 2003, seguindo essa perigosa tendência expansionista, alterou sua Ley Federal del Derecho de Autor (art. 29º), de 1997, aumentando o prazo de 75 para 100 anos *post mortem auctoris*<sup>15</sup>. Com isso, tornou-se o país da América Latina com o maior prazo de proteção, superando o da Colômbia, que é de 80 anos *post mortem auctoris*.

## 6. ARGUMENTOS A FAVOR DA RESTRIÇÃO TEMPORAL

Existem bons argumentos a favor da restrição temporal, que vão de encontro, portanto, às opiniões supramencionadas de Clóvis Beviláqua e Alexandre Herculano. Eis os três principais: a) o autor não cria do nada, mas a partir de um acervo cultural preexistente; b) as obras espirituais são bens não-competitivos; c) depois de determinado tempo, fica extremamente difícil encontrar todos os herdeiros do autor falecido, assim como obter uma convergência de vontades para que uma determinada obra seja autorizada com a celeridade exigida por quem pretende difundi-la. A seguir, inicia-se uma análise crítica de tais argumentos.

### 6.1. O autor não cria do nada, mas a partir de um acervo cultural preexistente

Para fundamentar a temporalidade, a doutrina autoralista sustenta que o autor retira do acervo cultural preexistente a matéria-prima com que cria suas obras. Utiliza algo que já existe, dando forma e significado. Portanto, deveria ser considerado bem mais “artífice” que sobrenatural “criador”.

Já que a sociedade coopera com as criações feitas pelo autor, impõe a regra da temporalidade. Existe uma motivação social para a caducidade dos chamados *direitos patrimoniais*. Como o autor também coopera com a sociedade, na evolução do acervo cultural, exige benefícios de ordem econômica durante certo lapso de tempo. Vê-se que a cooperação é recíproca. Ambos, sociedade e autor, desfrutam de um bônus. Ambos, também, sujeitam-se a um ônus. Diversos pensadores caminham nessa razoável perspectiva.

14. ASCENSÃO, José Oliveira. *Estilos de Arte e Direito de Autor: Parecer*. In Revista de Direito Autoral, Ano II, Número III. São Paulo: Lumen Juris, 2005, p. 155.

15. Eis a redação do atual art. 29 da Lei Mexicana: “*Artículo 29.- Los derechos patrimoniales estarán vigentes durante: I. La vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más. Cuando la obra le pertenezca a varios coautores los cien años se contarán a partir de la muerte del último*”.



Rodrigo Moraes

Na evolução histórica, é importante destacar que, antes da invenção da imprensa, o conhecimento era transmitido oralmente, de geração a geração. Leciona o professor inglês de História da Cultura, Peter Burke, sobre a concepção coletivista que predominava até o advento da invenção de Gutenberg:

Essa visão foi a predominante na Idade Média, como mostra a tradição das cópias. Os escribas que copiavam manuscritos aparentemente se sentiam livres para fazer acréscimos e alterações. De modo análogo, os estudiosos que escreviam obras “novas” se sentiam livres para incorporar passagens de seus predecessores. A tendência a atitudes mais individualistas foi estimulada pela possibilidade da impressão, que ajudou ao mesmo tempo a fixar e a difundir textos. Mesmo assim, o processo de mudança não foi nem repentino nem suave, e exemplos da sobrevivência de atitudes coletivistas nos séculos XVI e XVII não são difíceis de encontrar, coexistindo com a ascensão de privilégios e patentes.<sup>16</sup>

Outro consagrado autor, Marshall McLuhan, corrobora esse pensamento:

A Idade Média por várias razões e várias causas não dava ao conceito de “autoria” exatamente o mesmo sentido que lhe damos agora. [...] A indiferença dos eruditos medievais pela exata identidade dos autores, em cujos livros estudavam, é incontestável. Os próprios escritores, por outro lado, nem sempre se davam ao trabalho de “pôr entre aspas” o que extraíam de outros livros ou de indicar a fonte de onde haviam citado o trecho [...]. A invenção da tipografia eliminou muitas das causas técnicas do anonimato, ao mesmo tempo em que o movimento da Renascença criou novas idéias sobre fama literária e propriedade intelectual.<sup>17</sup>

Ainda hoje, em pleno século XXI, a chamada “cultura erudita”, urbana e burguesa, tem a mania de reduzir o folclore à condição de criação coletiva anônima, esquecendo diversas autorias. Vale a pena transcrever balizada opinião do professor Carlos Rodrigues Brandão:

A criação do folclore é pessoal. Alguém fez, em um dia de algum lugar. Mas a sua reprodução ao longo do tempo tende a ser coletivizada, e a autoria cai no chamado “domínio público”. A música erudita e a música popular da cidade eternizam o nome de seus autores, e o que “todo mundo canta” é de alguém que “todo mundo sabe”. O folclore vive da coletivização anônima do que se cria, conhece e produz, ainda que durante algum tempo os autores possam ser conhecidos. [...]

Algumas pessoas acreditam que só em meio à “cultura erudita” ou a uma “cultura popular urbana” existe uma criação nominada de autores

16. BURKE, Peter. *Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p. 139-140.

17. MCLUHAN, Marshall. *A galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. 2. ed. São Paulo, Editora Nacional, 1977, p.184.



individuais. Esta é uma maneira de pensar que herdamos dos colonizadores, para quem uma das diferenças entre a “elite letrada” e o “povo iletrado” é que ela “tem cultura” e, ele, não. Ao contrário, também nas comunidades populares de *cultura de folk* existem criadores individualizados, muitos deles, a seu modo e em sua dimensão, tão geniais quanto um Edu Lobo ou um Villa-Lobos.<sup>18</sup>

A Bíblia Sagrada (Eclesiastes 1, 9-11), que, durante séculos, foi construída em regime colaborativo, diz:

O que aconteceu, de novo acontecerá; e o que se fez, de novo será feito: debaixo do sol não há nenhuma novidade. Às vezes, ouvimos dizer: “Veja: esta é uma coisa nova!” Mas ela já existiu em outros tempos, muito antes de nós. Ninguém se lembra dos antigos, e aqueles que existem não serão lembrados pelos que virão depois deles.

Todo criador recebe influências do contexto histórico-social em que vive. Millôr Fernandes, autor de frases antológicas, diz com irreverência que “todo homem nasce original e morre plágio”. O criador está imerso em sua condição histórica, preso às raízes e aos costumes de seu povo.

Pode-se dizer que cultura é algo sempre inacabado, assim como é sempre inconcluso um software aberto. Em outras palavras: a cultura consiste em um estar-se-fazendo eterno. *Mutatis mutandi*, é possível parafrasear a máxima de Lavoisier: na cultura, nada se perde, tudo se transforma. Tem a ver com o que diz o velho brocardo popular: quem conta um conto, acrescenta um ponto. Portanto, todo criador intelectual age “refazendo tudo”, como escreveu Gilberto Gil, em 1975, em sua obra lítero-musical Refazenda. Toda criação é, de certo modo, uma derivação.

Em face de o autor, ainda que inconscientemente, se aproveitar do acervo da cultura, o Direito Autoral não exige novidade absoluta, mas apenas originalidade. A obra não precisa trazer algo absolutamente novo.

O Direito Autoral nasceu para estimular a criação, e não para engessá-la. Obras semelhantes podem perfeitamente coexistir de forma harmônica, sem a incidência de plágio. É preciso estar atento àqueles que em tudo e em todos vêem a caracterização de plágio. O exagero existente na “plagiofobia” merece rechaço. Ir além do verdadeiro alcance da proteção autoral fere, inclusive, o direito de livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença, previsto na Carta Magna (CF, art. 5º, IX).

18. BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é folclore*. 13. ed. São Paulo: Brasiliense: 2000, p. 34-36.



A poetisa Adélia Prado confirma esse pensamento da intertextualidade com suas próprias e belas palavras: “Porque tudo que invento já foi dito nos dois livros que eu li: as escrituras de Deus, as escrituras de João. Tudo é Bíblias. Tudo é Grande Sertão.”

Gonzaguinha ratifica o modelo da intertextualidade com os seguintes versos: “Toda pessoa sempre é as marcas das lições diárias de outras tantas pessoas. E é tão bonito quando a gente entende que a gente é tanta gente onde quer que a gente vá. E tão bonito quando a gente sente que nunca está sozinho por mais que pense estar”. Não existe autor sem marcas (influências) de outros tantos autores. Não existe criação sem fusão de horizontes, sem inter-relação cultural.

O irreverente Tom Zé, no encarte do seu CD “Com defeito de fabricação”, lançado em 1998, afirma que “terminou a era do compositor, a era autoral, inaugurando-se a Era do Plagicombinador, processando-se uma entropia acelerada”.<sup>19</sup> O autor lança o manifesto da “Estética do Arrastão”, considerando que seu trabalho musical captura – como nos arrastões das praias cariocas – inúmeras referências de outros tantos criadores. Tom Zé, em outras palavras, critica a figura moderna e individualista de “autor”, a cultura do gênio aloucado e egocêntrico, que assina obras como se fosse asséptico a qualquer influência externa.

Exageros à parte, não terminou a era do compositor. Vale dizer que o próprio tropicalista Tom Zé vetou a utilização de suas obras na 17ª Edição da São Paulo Fashion Week, ocorrida em junho de 2004. Com simplicidade, explicou as razões da exigência do pagamento pela utilização de suas canções:

Cacilda Becker que me ajude: não posso dar de graça a única coisa que tenho para vender. Senti muita humilhação com esse episódio. Tenho 67 anos, e o assunto da sobrevivência é tema de pensamento de grande parte dos meus dias, pois até hoje não descobri ainda outro meio de ganhar a vida, de sustentar minha família, de ter dignidade e respeito próprio, a não ser vendendo o que faço.

Ronaldo Fraga alega que está fazendo divulgação de minha obra. Divulgação, é claro, é necessária em qualquer ramo. Ora, várias vezes comprei na loja de Ronaldo Fraga e sempre paguei o que comprei. Apresentei-me em programas de Serginho Groisman e de Ana Maria Braga, por exemplo, usando roupas dele, nem por isso me considerando divulgador visual da marca. Jamais me passou pela cabeça pedir abatimento, quando da compra, porque estaria fazendo divulgação. Quanto mais, alegando que eu estava me convertendo em passivo modelo da loja, argumentar que ele deveria me dar as roupas de graça.

Isso que está acontecendo com a minha música me deixa muito humilhado.

19. Disponível em: <<http://www.tomze.com.br/pdefeito.htm#Estética>>. Acesso em 25 ago. 2004.

Não sou uma vedete, mas imagine se Ana Paula Arósio, que é naturalmente muitíssimo divulgada pela Embratel, não recebesse um honrado pagamento pelo seu trabalho. [...]

Para estudantes, cineastas, dramaturgos, encenadores, profissionais iniciantes, concedo uma média superior a dez autorizações por mês, abrindo mão de quaisquer direitos autorais, quando eles me consultam para inserir minhas músicas em seus trabalhos. Em tais casos, estou dialogando com a nova geração, ainda desprovida de recursos, e concedendo-lhe, na minha medida, o que considero meu dever, um mínimo de possibilidades.<sup>20</sup>

Esse veto demonstra que todo ato de criação, ao mesmo tempo em que se alimenta do acervo cultural de um povo, é, antes de tudo, um ato eminentemente pessoal. Não haveria, por exemplo, a canção *Wave* se não existisse o movimento da Bossa Nova. Contudo, se o consagrado compositor Antônio Carlos Brasileiro de Almeida Jobim não tivesse nascido, tal obra certamente não existiria. A concepção coletivista equivoca-se por confundir idéias em si com as formas que lhes são dadas. O Direito Autoral somente protege a idéia exteriorizada, que possui o caráter pessoal do criador, ainda que sob diversas influências.

Roland Barthes, em seu ensaio “A morte do autor”, afirma que “o texto é um tecido de citações, saídas dos mil focos da cultura” e que “o escritor não pode deixar de imitar um gesto sempre anterior, nunca original; o seu único poder é o de misturar as escritas”.<sup>21</sup>

Mikhail Bakhtin (1895-1975), em seu livro “Marxismo e Filosofia da Linguagem”<sup>22</sup>, publicado na Rússia, em 1929, defende o “dialogismo”, termo hoje mais conhecido por *intertextualidade*. Põe em xeque o individualismo existente no sentido tradicional de autor, na concepção do *self* burguês de propriedade intelectual. Segundo ele, até um eremita não é “dono” de suas palavras, tendo em vista que elas provêm sempre da boca de um outro.

Stewart Home, principal teórico do grupo inglês Neoísta, radicalizando o discurso, defende explicitamente a prática do plágio:

Atacamos o culto ao individualismo, os “eu-memistas”, as tentativas de se apropriar de nomes e palavras para um uso exclusivo. Rejeitamos a noção de copyright. Pegue o que puder usar.

20. ZÉ, Tom. *Isso que está acontecendo me deixa muito humilhado*. Folha de S. Paulo, São Paulo, p. E3, 27 de junho de 2004.

21. BARTHES, Roland. *O rumor da língua*. Tradução de Antônio Gonçalves. Lisboa: Edições 70, 1982, p. 52.

22. STAM, Robert. *Bakhtin: da teoria literária à cultura de massa*. Tradução de Heloisa Jahn. São Paulo: Ática, 1992, p. 73.

Rejeitamos a noção de gênio. Os artistas são iguais a todas as pessoas. A individualidade é o último e mais perigoso mito do Ocidente.<sup>23</sup>

Não merece crédito o posicionamento neoísta exacerbadamente contrário ao conceito de criação individual. Não se pode levar a sério a exagerada dose de anarquismo existente no primeiro manifesto neoísta internacional: “A Conspiração Cultural Neoísta promove o plágio, porque o plágio economiza tempo e esforço”.<sup>24</sup> Merece rechaço, pois, essa postura radical da contracultura inglesa. Mister frisar: todo ato de criação, ao mesmo tempo em que se alimenta do acervo cultural de um povo, é, antes de tudo, um ato eminentemente pessoal.

Mais equilibrado é o pensamento do sociólogo italiano Domenico de Masi, catedrático de Sociologia do Trabalho na Universidade La Sapienza, de Roma:

Talvez obra alguma possa ser *inteiramente* atribuída a quem a assina, nem mesmo aqueles últimos e incríveis quartetos de Beethoven, compostos quando ele já era surdo há vários anos, ou ainda os Ensaios precursores de Michel de Montaigne, escritos quando ele já estava há muitos anos recluso, no seu castelo solitário.

No terceiro milênio depois de Cristo, a criatividade individual é somente uma abstração ou um delírio de onipotência. Neste campo, mais do que nunca, é válida a frase de Thomas Merton: “Nenhum homem é uma ilha”.<sup>25</sup>

[...] Na maioria dos casos, a opinião pública atribui o prêmio Nobel a um determinado cientista, mesmo quando a sua descoberta se deve a vários colaboradores. Da mesma forma, todas as leis tomam o nome do primeiro signatário.<sup>26</sup>

[...] Quando se concede ao artista o direito de assinar as suas obras e se lhe atribui inteiramente o mérito por elas, permanece o fato de que ele não pôde fazer tudo sozinho e de que a sua contribuição deve ter sido tão mais parcial quanto mais complexa a obra-prima e escancaradamente plurinominal, como no caso de uma catedral, um palácio senhorial ou um conjunto de afrescos.<sup>27</sup>

[...] Quanto mais estudo as etapas da criatividade na sua milenar evolução, mais me dou conta de que se tratou predominantemente de processos coletivos que, por vaidade ideológica ou por simplificação prática, foram atribuídos a gênios individuais.<sup>28</sup>

23. HOME, Stewart. *Manifestos neoístas: greve da arte*. Tradução de Monty Cantsin. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004, p. 23.

24. Op. cit., p. 40.

25. DE MASI, Domenico. *Criatividade e grupos criativos*. Tradução de Lea Manzi e Yadyr Figueiredo Rio de Janeiro: Sextante, 2003, p. 47.

26. Op. Cit., p.187-188.

27. Op. Cit., p. 191.

28. Op. Cit., p. 192.

O ilustre professor Luiz Edson Fachin, autor da obra “Teoria Crítica do Direito Civil”, metaforicamente, denomina “Bibliografia” – expressão comum no final de todas as obras jurídicas – de “Rol das nascentes”. Afirma o célebre civilista que seu estudo “frutificou nos rios onde se banhou e sorveu das origens”. Finaliza com humildade de mestre: “as nascentes formaram os cursos das águas por onde correm as reflexões da presente obra”.<sup>29</sup> Em seguida, lista mais de trezentas obras consultadas. O manancial de suas idéias, portanto, foi formado a partir da colaboração intelectual de diversos autores nacionais e estrangeiros.

No romance “O Carteiro e o Poeta”, de Antonio Skármeta, Pablo Neruda, o poeta, reclama com Mario Jiménez, o carteiro, por este ter plagiado versos de sua autoria, utilizando-os para conquistar a jovem Beatriz González. Ouve, então, a seguinte resposta: “A poesia não é de quem escreve, mas de quem usa!” Neruda, com discernimento, rechaça com ternura o extremismo levantado pelo humilde-amigo-plagiário: “Alegra-me muito uma frase tão democrática, mas não levemos a democracia ao extremo de submeter a uma votação dentro da família para saber quem é o pai”.<sup>30</sup> Em outras palavras, o poeta não descarta a existência de autoria individual.

Filósofos antigos diziam: *bonum est diffusivum sui* (o bom tende a difundir-se).<sup>31</sup> As obras intangíveis têm essa vocação cosmopolita, transnacional. O poeta Thiago de Mello, mostrando desprendimento, proclama: “O que eu escrevi já caiu na vida, não me pertence”. O capitalismo global, contudo, refuta com unhas e dentes essa generosa tese.

## 6.2. As obras espirituais são bens não-competitivos

É difícil falar na vocação solidária das obras espirituais sem lembrar da canção *Codínome Beija-Flor*, do poeta Cazusa, que diz: “Pra que mentir, fingir que perdoou, / tentar ficar amigos sem rancor? / A emoção acabou... / Que coincidência é o amor. / **A nossa música nunca mais tocou...**”.

De fato, uma bela música criada por alguém, a partir do momento em que é revelada ao público, torna-se solidária com inúmeras e diferentes histórias. Marca vidas. Torna-se sacramento para diversas pessoas. Divide-se, espalha-se, sem, todavia, deixar de ser criação de alguém, de um determinado autor.

29. FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 333.

30. SHÁRMETA, Antonio. *O carteiro e o poeta*. Tradução de Beatriz Sidou. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 65.

31. HAMMES, Bruno Jorge. *O direito de propriedade intelectual*. 3. ed. São Leopoldo (RS): Editora Unisinos: 2002, p. 90.

A lógica dos bens espirituais (não-rivais; não-competitivos) é diferente da lógica dos bens materiais (rivais; competitivos). A música Codinome Beija-Flor continua sendo de Cazusa, ao mesmo tempo em que já é de milhões de brasileiros e também será de todos aqueles que queiram, no futuro, apreciá-la.

Analisando, com profundidade, a mística solidária dos bens espirituais, Leonardo Bife assevera:

A economia dos bens espirituais é diferente da economia dos bens materiais. Quanto mais se dá e aliena bens materiais, dinheiro, terras, casas, roupas e alimentos, menos se tem. Vai-se empobrecendo até terminar na extrema pobreza. Pessoas muito ricas, quando perdulárias e esbanjadoras, acabam na miséria.

A economia dos bens espirituais obedece a uma lógica inversa. Quanto mais damos, mais recebemos; quanto mais entregamos, mais temos. Quanto mais amor, mostramos solidariedade, distribuimos benquerença e praticamos o perdão, mais ganhamos como pessoa humana e mais recebemos estima. Os bens espirituais são como o amor: ao se dividirem, multiplicam-se. São como o fogo: ao se espalharem, aumentam.<sup>32</sup>

O advento da digitalização impõe a adoção de um novo paradigma, exige uma profunda releitura do Direito Autoral, que era visto, anteriormente, como necessário aos custos da reprodução e à circulação de obras literárias. É gigantesco o poder da Internet na distribuição de obras musicais, que não precisam mais do suporte físico<sup>33</sup>.

Nessa nova perspectiva, Ronaldo Lemos, mestre em direito pela Universidade de Harvard, doutor em direito pela Universidade de São Paulo e diretor do projeto *Creative Commons* no Brasil, refletindo sobre as diferenças entre bens espirituais e bens materiais, leciona:

O ar é o típico exemplo de bem passível de compartilhamento por todos, configurando-se como um bem **não-competitivo**: o fato de eu respirar não priva ninguém mais da possibilidade de fazer o mesmo, em igualdade de condições. [...]

As obras literárias, as músicas e outras obras intelectuais são **competitivas** apenas na medida em que se materializam em um suporte físico. De outro modo, não são competitivas. Assim, com o advento da tecnologia digital e da internet, as obras intelectuais perderam seu suporte físico e passaram a tornar-se cada vez

32. BOFF, Leonardo. *A Oração de São Francisco: uma mensagem de paz para o mundo atual*. 7. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 1999, p. 122.

33. MORAES, Rodrigo. *A função social da propriedade intelectual na Era das Novas Tecnologias*. Monografia classificada em 3º lugar no Concurso Nacional de Monografias sobre Direito Autoral promovido pelo Ministério da Cultura, em 2003.

mais bens **não-competitivos** puros. Enquanto dependem do suporte físico, são **não-competitivos** impuros. Quando não se dependem dele, aproxima-se de ser **não-competitivos** puros.[...]

Se eu tenho um determinado texto em meu computador, posso copiá-lo para outra pessoa sem, no entanto, perder minha cópia do texto. Ao final do processo, tanto eu quanto a outra pessoa teremos o mesmo texto, de modo idêntico. O mesmo princípio aplica-se ao conhecimento contido nas fórmulas matemáticas, ou, ainda, ao benefício gerado por um farol marítimo: não é possível excluir naturalmente outras pessoas de se beneficiarem desses bens.

Entretanto, é a sociedade que decide fazer com que uma parte desses bens “não-competitivos” não seja tratada como *commons*. Com isso, a sociedade cria diversos artificios que trazem uma **competitividade artificial** a esses bens que não faz parte da sua natureza. Como exemplo desses elementos que trazem uma competitividade artificial, podem ser mencionados os direitos autorais. Eles estabelecem um monopólio sobre criações intelectuais que, de outro modo, seriam livres. Ao mesmo tempo, garantem que, após o decurso de um determinado período de tempo, essas criações voltarão à comunidade de modo livre, tornando-se então *res commune*, como é de sua natureza, compondo então o domínio público.<sup>34</sup>

Os imóveis que Tom Jobim deixou para seus herdeiros consistem em bens rivais, competitivos. Não cairão, portanto, em domínio público depois de um determinado tempo. Todavia, as mais de trezentas obras do saudoso Maestro voltarão à comunidade humana de modo livre, por serem, essencialmente, bens não-competitivos.

O gênio Jobim (1927-1994) prestou um serviço qualificado ao bem comum, enriquecendo o patrimônio cultural da humanidade. Sua herança não beneficiou somente seus herdeiros necessários, mas todas as nações. Em sua obra *Querida*, escreveu: “Longa é a arte, tão breve a vida”. Enfim, se a arte tem fôlego capaz de atravessar séculos, isso não quer dizer que os direitos patrimoniais de autor devam estar amarrados *ad eternum* a essa longevidade.

### **6.3. O pedido de autorização a sucessores do autor falecido como entrave à difusão da cultura**

Quem são os descendentes de Bach e de Beethoven? E os de Mozart e Vivaldi? E os de Camões e Shakespeare? Existem? São quantos? Encontram-se vivos? Onde moram?

34. LEMOS, Ronaldo. *Direito, tecnologia e cultura*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 17-18.

Se obras musicais e literárias não caíssem em domínio público, depois de um determinado lapso de tempo, ter-se-ia um entrave à difusão da cultura. É assustadora e insólita a busca de autorizações de descendentes de autores falecidos há séculos. Seria o verdadeiro caos. Nefasta barreira ao livre acesso a bens culturais.

Todas as obras dos referidos autores (Bach, Beethoven, Mozart, Vivaldi, Camões e Shakespeare) encontram-se em domínio público. Qualquer músico, orquestra ou editora poderá gravá-las ou publicá-las sem quaisquer pagamentos de direitos autorais a descendentes.

Inelutavelmente, é de uma clareza solar a necessidade da temporalidade dos direitos patrimoniais de autor. Em outras palavras, trata-se de imprescindível regra de ordem prática.

## **7. DOMÍNIO PÚBLICO REMUNERADO: INCENTIVO OU EMPECILHO À CULTURA?**

A LDA-73 previa, no parágrafo único de seu art. 93, o domínio público remunerado ou pagante. Este dispositivo foi revogado pela Lei n. 7.123, de 12 de setembro de 1983. A “remuneração” tratava-se de uma taxa específica paga ao Conselho Nacional de Direito Autoral (CNDA), extinto no governo Collor. Logo foi contestada, por representar uma espécie de tributo ou imposto. O domínio público remunerado teve vida curta, de menos de 10 anos e, na prática, não chegou a funcionar de forma eficaz. Assim dizia o revogado artigo:

Art. 93. A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral.

Parágrafo único. Se a utilização visar ao lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento.

José de Oliveira Ascensão tece críticas ao sistema de domínio público remunerado:

Por este sistema, a utilização destas obras continua a estar sujeita ao pagamento de uma remuneração. Como por definição não há direito de autor, essa remuneração só pode ter a natureza do imposto. Lança-o o Estado, embora não o confessando como tal, ansioso por explorar este filão. Autojustifica-se normalmente pela proteção da cultura. Suporíamos que a cultura deveria ser destino e não fonte das receitas do Estado.<sup>35</sup>

35. Op. cit., 355-356.

A LDA-98 não previu novamente o domínio público remunerado. Carlos Alberto Bittar era favorável à restauração do instituto.<sup>36</sup> O saudoso autoralista Bruno Jorge Hammes, porém, afirmava que o legislador andou bem ao não repetir a fórmula da LDA-73.<sup>37</sup>

Bem antes da LDA-73, exatamente no ano de 1938, houve, no Brasil, um projeto de lei tendente a criar o domínio público remunerado. Objetivando “Proteção aos Homens de Letras”, o referido projeto, noticiado por Pedro Orlando<sup>38</sup>, não chegou a ser aprovado. Dispunha o seguinte: “Das importâncias arrecadas, 50 por cento serão destinadas à Caixa de Pensões e Aposentadoria dos Autores e os restantes entregues ao Departamento Nacional da Propriedade Intelectual para o financiamento dos prêmios de animação”.

A tese do domínio público remunerado, ainda que seja discutível, não é absurda. Luiz Francisco Rebello assevera bons argumentos favoráveis à sua implantação:

O custo do acesso às obras, a pagar pelo público, não diminui pelo facto de estas deixarem de ser oneradas com o pagamento da retribuição aos autores. Um disco com obras de Beethoven não custa menos do que outro com obras de Lopes-Graça, o preço do bilhete de teatro para assistir à representação de uma obra de Gil Vicente não é mais barato do que para uma peça de Santareno... A margem de lucro do produtor, do empresário ou do editor, é que aumenta: os direitos que eles teriam a pagar se a obra continuasse a ser protegida acabam, afinal, por reverter em seu exclusivo proveito, sem que o público beneficie minimamente. Na realidade, o domínio público é um logro – ou, na melhor hipótese, uma ficção.

Por isso alguns países europeus como a Itália e a Checoslováquia, sul-americanos como a Argentina e o México, africanos como a Argélia e o Senegal, instituíram um sistema conhecido pela designação de *domínio público remunerado*, segundo o qual a utilização de obras relativamente às quais o prazo de protecção legal expirou fica sujeita ao pagamento de uma remuneração destinada a fins de interesse geral na esfera da cultura, como, por exemplo, a afectação a um fundo de assistência social em benefício dos autores ou um fundo de fomento e promoção cultural.<sup>39</sup>

36. BITTAR, Carlos Alberto. *Reflexões sobre Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Fundação Biblioteca Nacional, Dep. Nacional do Livro, p. 204.

37. HAMMES, Bruno Jorge. Op. cit., p. 131.

38. ORLANDO, Pedro. *Direitos Autorais (seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais)*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editoria: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 229.

39. REBELLO, Luiz Francisco. *Introdução ao Direito de Autor*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994, p. 194-195. 1 v.



Apesar de possuir inegáveis boas intenções, o sistema de domínio público remunerado merece ser rechaçado. Certamente, em futuro não longínquo, o tema voltará a ser discutido pela doutrina pátria.

O Estado já possui outros meios de arrecadação. É preciso impor limites à sua sede desmedida de tributar. É exagerado intervencionismo ter de pedir sua autorização para utilizar obras intelectuais caídas em domínio público.

A verdade é que o Brasil, de fato, não prioriza a cultura. O domínio público remunerado não pode servir de “tapa buraco” para o desleixo governamental. Com a sua implantação, corre-se o risco de o Estado elevar as taxas de forma arbitrária, criando obstáculo à difusão de bens culturais.

A participação estatal deve priorizar, sim, a defesa da integridade e da autoria de obra caída em domínio público, como determina o §2º do art. 24 da LDA-98, salvaguardando, assim, o patrimônio cultural.

## 8. CONCLUSÕES

A seguir, de forma sistemática, encontram-se os doze principais pontos desenvolvidos no presente artigo. São eles:

1. O início da normatização do Direito Autoral não foi uma reivindicação espontânea dos próprios criadores intelectuais, mas um descontentamento do poder econômico da época, representado pela classe dos editores de obras literárias.

2. Em relação aos privilégios governamentais, eles serviam de poderoso instrumento de censura prévia à publicação de gêneros proibidos, que pudessem ofender valores morais e religiosos considerados pelo Estado e pela Igreja. No Antigo Regime, a censura estava atrelada aos privilégios.

3. Em relação ao Direito Autoral, a primeira lei específica que se tem conhecimento, criada na Inglaterra, em 1709, no período da Rainha Ana (*Statute of Anne*), entrou em vigor em 10 de abril de 1710. O Estatuto previa prazo de proteção de 21 anos para os livros já publicados, e de 14, renováveis pelo mesmo período, para os ainda não publicados.

4. O regime dos privilégios começou a ser fortemente criticado e combatido. Entre as reações, a prática da contrafação (reprodução não autorizada). Com a ascensão de uma nova classe social, a burguesia, trazendo o triunfo do liberalismo econômico e político, os privilégios começaram a ser contestados. O monopólio real em favor de grupos editoriais foi submetido a severo inconformismo e, finalmente, suprimido.

5. Com a Revolução Francesa, surgiu a noção de propriedade literária, substituindo o regime de privilégios. A França revolucionária reconheceu o Direito Autoral como propriedade, e não mais como privilégio concedido pela Coroa. O fundamento do direito deixou de ser uma questionável concessão do Estado (benevolência do soberano) ou de grupos econômicos.

6. No Brasil, todas as alterações ocorridas aumentaram a duração dos direitos patrimoniais. Na concepção original do Código Civil de 1916, elaborada por Clóvis Beviláqua, em 1899, era prevista a perpetuidade. Uma emenda estabeleceu o tempo de 60 anos, contados do dia do falecimento do autor, para a obra cair em domínio público. Tal modificação, que resultou no art. 649 do CC-16, não convenceu Beviláqua.

7. A lei portuguesa de 1927, que sucedeu a de 1851, previu a perpetuidade do direito de autor. Caso isolado entre os países signatários da Convenção de Berna. Tal diploma perdurou naquele país por cerca de quarenta anos. Com o Código do Direito de Autor, de 1966, foi revogado o regime de proteção perpétua.

8. Desde a década de 60, o Congresso norte-americano dilatou onze vezes o prazo de proteção. Em 1998, na iminência de o personagem Mickey Mouse completar 70 anos e, portanto, cair em domínio público, através da lei intitulada “Sonny Bono Copyright Term Extension Act”, o Congresso estendeu o prazo por mais vinte anos.

9. Para fundamentar a temporalidade, a doutrina autoralista sustenta que o autor retira do acervo cultural preexistente a matéria-prima com que cria suas obras. O domínio público permite maior facilidade na difusão da cultura. Se o autor “bebe” do acervo cultural da humanidade, não há razão para que obras intelectuais se tornem, *ad eternum*, propriedade privada.

10. A tendência norte-americana de proteção perpétua merece cuidadoso rechaço dos autoralistas. A restrição temporal é uma irradiação da funcionalização da propriedade intelectual e, portanto, há de ser mantida.

11. É gigantesco o poder da Internet na distribuição de obras musicais e literárias, que não precisam mais do suporte físico, o que fomenta a lógica da circulação de bens espirituais (não-rivais; não-competitivos), que difere da lógica dos bens materiais (rivais; competitivos).

12. Apesar de possuir inegáveis boas intenções, merece ser rechaçado o sistema de domínio público remunerado. O Estado já possui outros meios de arrecadação.

## 9. REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Estilos de Arte e Direito de Autor. Parecer**. In Revista de Direito Autoral, Ano II, Número III. São Paulo: Lumen Juris, 2005.
- BARTHES, Roland. **O rumor da língua**. Tradução de Antônio Gonçalves. Lisboa: Edições 70, 1982.
- BOFF, Leonardo. **A Oração de São Francisco: uma mensagem de paz para o mundo atual**. 7. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 1999.
- BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é folclore**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BURKE, Peter. **Uma história social do conhecimento: de Gutenberg a Diderot**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1923.
- DE MASI, Domenico. **Criatividade e grupos criativos**. Tradução de Lea Manzi e Yadyr Figueiredo. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GANDELMAN, Marisa. **Poder e conhecimento na economia global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- HAMMES, Bruno Jorge. **O direito de propriedade intelectual**. 3. ed. São Leopoldo (RS): Editora Unisinos: 2002.
- HOME, Stewart. **Manifestos neoístas: greve da arte**. Tradução de Monty Cantsin. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004.
- LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- LESSIG, Lawrence. **Free Culture: how big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity**. New York: The Penguin Press, 2004.
- LIPSZYC, Delia. **Derecho de autor y derechos conexos**. Buenos Aires: UNESCO, 2001.
- MANSO, Eduardo J. Vieira. **O que é Direito Autoral**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1992.
- MCLUHAN, Marshall. **A galáxia de Gutenberg: a formação do homem tipográfico**. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho e Anísio Teixeira. 2. ed. São Paulo, Editora Nacional, 1977.

MORAES, Rodrigo. **A função social da propriedade intelectual na Era das Novas Tecnologias**. Monografia classificada em 3º lugar no Concurso Nacional de Monografias sobre Direito Autoral promovido pelo Ministério da Cultura, em 2003.

ORLANDO, Pedro. **Direitos Autorais (seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais)**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editoria: Superior Tribunal de Justiça, 2004, p. 229.

REBELLO, Luiz Francisco. **Garrett, Herculano e a Propriedade Literária**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1999.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Direito de Autor**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1994. 1 v.

SHÁRMETA, Antonio. **O carteiro e o poeta**. Tradução de Beatriz Sidou. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 1996.

STAM, Robert. **Bakhtin: da teoria literária à cultura de massa**. Tradução de Heloísa Jahn. São Paulo: Ática, 1992.



## XII

# O DIREITO E A JUSTIÇA PARA ALF ROSS, SOB A LUZ DA TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE CHAÏM PERELMAN

(Uma breve análise das ponderações de Alf Ross e Chaïm Perelman sobre a importância da argumentação na administração da Justiça)

*Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves*

Mestranda em Direito Público.

**RESUMO:** Alf Ross, jusfilósofo da corrente do neopositivismo, desenvolve uma metodologia de estudo do Direito conforme os padrões de observação e verificação que animam a ciência empírica moderna, propondo uma teoria jurídica de caráter realista na medida em que visualiza, no Direito, um fenômeno social determinado pela aplicação que é feita pelos tribunais. Consta que o juiz exerce um papel criativo na prolação da sentença, mas que precisa ser justificado. E que para realizar seu mister, utiliza-se de uma “técnica de argumentação”, onde poderá sustentar que o conteúdo decisório está embasado na vontade do legislador ou no significado do texto de lei, porém trata-se, em verdade, de uma “fachada de justificação”, por parte do magistrado, ao qual é permitido decidir, com base nessa premissa, da maneira que desejar, conforme uma ideologia que busca a sua própria essência em aspectos psico-sociológicos. Nesse ponto, Ross encontra respaldo na teoria da argumentação, elaborada por Chaïm Perelman, exposta na obra Tratado da Argumentação. A nova Retórica, verdadeira reabilitação da retórica e da argumentação da época clássica.

**RÉSUMÉ:** Philosophe juridique du neopositivisme, Alf Ross développe une méthodologie de

l'étude du Droit selon les bases d'observation et vérification qui marquent la science empirique moderne, en proposant une théorie juridique de caractère réaliste car il visualise, au Droit, un phénomène social déterminé par ce qui se passe aux tribunaux. Il affirme que le juge exerce un rôle créatif au moment qu'il prend sa décision. Mais comme cette décision demande une justification, le juge utilise une “technique d'argumentation”, qui pourra affirmer que son contenu est basé sur le désir du législateur ou bien au signifié du texte de la loi. Cependant, il ne s'agit en effet que d'une “façade de justificative” car, basé sur cette prémisse, il lui permet de décider comme il veut, selon une idéologie qui cherche son essence dans les aspects psycho-sociologiques. Dans cet aspect Ross rencontre support dans la théorie de l'argumentation, élaborée par Chaïm Perelman, exposée à l'oeuvre Traité de l'Argumentation - La nouvelle Rhétorique, une vraie réhabilitation de la Rhétorique et de l'argumentation de l'époque classique.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito; Justiça; Sentença; Motivação; Argumentação.

**MOTS CLÉS:** Droit; Justice; Sentence; Raison; Argumentation.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Direito e a Justiça para Alf Ross; 2.1. Alf Ross e o realismo-empírico; 2.2. Validade, vigência e eficácia da norma jurídica; 2.3. Ross e as fontes de Direito; 2.4. O método de interpretação e a argumentação jurídica; 3. Chaïm Perelman: o Direito e as Técnicas de Argumentação; 3.1. Revisitando a antiga retórica; 3.2. As técnicas argumentativas; 3.3. Perelman



e a Justiça; 4. A argumentação: ferramenta do juiz; 4. 1. Incursão doutrinária sobre a argumentação nas decisões judiciais; 4.2. Ponto de encontro entre a doutrina de Alf Ross e Chaïm Perelman: a argumentação na administração da justiça; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Alf Niels Christian Ross<sup>1</sup>, filósofo dinamarquês, filiado à escola do realismo escandinavo, inicia sua obra mais relevante, **Direito e Justiça**, publicada em 1953, levantando questionamentos acerca da natureza, do propósito ou da idéia do Direito, e do específico problema da interação entre o Direito e a sociedade.

Na natureza do Direito, inclui conceitos fundamentais, tais como a sua fonte, a matéria, a norma jurídica, o dever e a sanção legal. O propósito ou idéia de Direito diz respeito ao princípio racional que lhe concede sua validade ou força obrigatória e que constitui o critério para a retidão de uma norma jurídica<sup>2</sup>.

A interação entre Direito e sociedade inclui as questões relativas à origem histórica e ao desenvolvimento do Direito; os fatores sociais que em nossos dias determinam o seu teor variável; a sua dependência da economia e da consciência jurídica popular e influência sobre estas; os efeitos sociais de certas regras ou instituições jurídicas; o poder do legislador em dirigir o desenvolvimento social; a relação entre o direito vivo ou tal como ele se desenvolve realmente na vida da comunidade e aquele teórico ou dos livros; além das forças que de fato motivam a aplicação do direito em contraposição aos fundamentos racionalizados presentes nas decisões judiciais<sup>3</sup>.

Preocupado com a interpretação jurídica, o jusfilósofo dinamarquês conceitua a hermenêutica como o conjunto dos princípios que norteiam os tribunais no trânsito da regra geral para a decisão particular nos sistemas de direito escrito, propondo a divisão de seu estudo em duas partes: doutrinária e teoria geral. A primeira (doutrinária) estuda o método seguido pelos tribunais num determinado ordenamento jurídico, eis que inexistente, para o mencionado autor, uma metodologia universal de interpretação. Já a teoria geral tem como função elaborar uma tipologia dos vários estilos de métodos que são utilizados pelos tribunais.

Para Alf Ross, a interpretação não conduz o julgador a um resultado certo, pois, no seu entendimento, a decisão judicial é um ato de vontade do juiz, que

1. Nascido em Copenhague, em 1889 e falecido em 17 de agosto de 1979.

2. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 24-25.

3. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 26.

possui, como tarefa, a resolução de um problema prático, onde utiliza um leque variado de conhecimentos. Afirma que na administração da justiça atuam dois vetores: a interpretação cognoscitiva da lei ou “consciência jurídica formal”, e a atitude valorativa da consciência jurídica ou “consciência jurídica material”, os quais se fundem na elaboração da decisão. Assim, a interpretação, como “atividade construtiva”, é simultaneamente conhecimento e valoração, passividade e atividade por parte do magistrado<sup>4</sup>.

Alf Ross estabelece ainda o que denomina de “fatores pragmáticos de interpretação”, que podem ser definidos como as considerações baseadas numa valoração da razoabilidade prática do resultado da decisão judicial, e se respaldam na medida das conseqüências que uma certa interpretação acarretará, estimadas e mutuamente ponderadas à luz de valores fundamentais<sup>5</sup>. Nesse diapasão, o juiz exerce um papel criativo na prolação da sentença, mas que precisa ser justificado. Para tal desiderato, utiliza-se de uma “técnica de argumentação”, onde poderá sustentar que o conteúdo decisório está embasado na vontade do legislador ou no significado do texto de lei. Entretanto, trata-se de uma “fachada de justificação”, por parte do magistrado, ao qual é permitido decidir, com base nessa premissa, da maneira que desejar, conforme uma ideologia que busca a sua própria essência em aspectos psico-sociológicos<sup>6</sup>.

Assevera, ainda, Ross, que tais “técnicas de argumentação” são recursos integrantes do equipamento de todo o jurista experimentado, o qual deve saber como justificar tecnicamente, mediante argumentos racionais, a solução jurídica que considera justa ou desejável. E que seria um erro aceitar os argumentos técnicos como se fossem as razões verdadeiras do *decisum*. Já a função dos métodos de interpretação seria o estabelecimento de limites à liberdade do magistrado, na administração da justiça, determinando a área de “soluções justificáveis”<sup>7</sup>.

No que tange à política jurídica ou aquela que se destina a enunciar alguma forma de orientação para o legislador, afirma sobre a existência de apenas um conhecimento, o empírico, rechaçando a metafísica que assegura ser apenas uma “quimera”, prendendo-se à forma argumentativa racional para estabelecer uma resolução proveniente de considerações múltiplas, colhidas do contexto social.

4. \_\_\_\_\_, p.169.

5. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 176.

6. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 182.

7. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 183.

Nesse ponto, Alf Ross encontra, na teoria da argumentação, sua função e sua mecânica, baseando-se no ponto de vista fundamental de que a discussão política não se dá no plano da lógica, pois não se trata de provar verdades, mas no plano psicológico-técnico, e reconhece, assim, a importância de uma disciplina que desempenhou um papel considerável na antiguidade clássica, mas que foi completamente esquecida com Descartes: a retórica<sup>8</sup>.

A retórica, como se depreende dos **Tópicos** e da **Retórica** de Aristóteles, diz Ross, é “um estudo amplo da técnica que se deve empregar para obter-se o apoio dos outros, mediante uma ação adequada sobre seus pensamentos e espíritos”. E a tarefa da ciência, conclui, “é, precisamente, fomentar a argumentação política com o maior respeito possível pela verdade”. Dentre os filósofos da modernidade, menciona Chaïm Perelman como um dos grandes expoentes da “Teoria da Argumentação”<sup>9</sup>.

Chaïm Perelman, nascido em Varsóvia, na Polônia, construiu toda a sua carreira acadêmica na Bélgica, para onde emigrou, em 1925, quando se dedicou com profundidade tanto ao estudo do Direito quanto da Justiça, e foi o fundador da Retórica moderna, constituindo, sua obra, uma completa reabilitação da Retórica e da Argumentação da época clássica.

Perelman posiciona-se expressamente contra a filosofia da evidência de Descartes, buscando uma outra dimensão da racionalidade compatível com a vida prática. Através de sua obra, demonstra a aptidão da razão para lidar também com valores, organizar preferências e fundamentar, com razoabilidade, as decisões humanas<sup>10</sup>. Assim, encontra na teoria da argumentação o solo perfeito para a construção da Justiça. E nesse aspecto assemelha-se a Alf Ross e o seu realismo empírico, ao delinear sua tese sobre a administração da justiça, com ênfase na fundamentação das decisões judiciais. Mas qual seria, efetivamente, o ponto de contato, entre ambos os pensadores?

O presente estudo pretende, de forma sintética, reunir as considerações dos juristas supramencionados, no que tange aos temas “Direito, Justiça, Interpretação e Argumentação”, evidenciando, sobretudo, as teses esboçadas nas obras **Direito e Justiça**, de Alf Ross, e o **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**, de Chaïm Perelman e de sua assistente Lucie Olbrechts Tyteca.

8. \_\_\_\_\_, Obra supramencionada, p. 374.

9. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 374.

10. CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187.



Para tanto, serão utilizados, também, os conhecimentos adquiridos através da leitura de obras específicas sobre teorias da argumentação e da ciência interpretativa do Direito.

Antes de adentrar-se ao tema específico, far-se-á uma breve exposição sobre os marcos teóricos gerais dos autores eleitos ao exame, com o escopo de melhor situar o leitor na análise encetada na presente investigação.

## 2. O DIREITO E A JUSTIÇA PARA ALF ROSS

### 2.1. Alf Ross e o realismo-empírico

Alf Ross foi influenciado, em sua doutrina, pelos jusfilósofos Axel Hägerström e Hans Kelsen, tendo aderido à escola realista escandinava, que possui, como propósito, o estudo do direito como um conjunto de fatos sociais. No seu entendimento, a análise do fenômeno jurídico deve seguir os padrões de observação e de verificação que inspiraram a ciência moderna, filiando-se, nesse diapasão, à filosofia empirista. Esta preconiza que a razão, a verdade e as idéias racionais são adquiridas pelos homens, através da experiência, opondo-se ao inatismo, onde os princípios racionais são sustentados como idéias natas<sup>11</sup>.

Segundo Paulo Roberto Lyrio Pimenta, as principais influências de Hägerstrom em Ross foram: “a separação entre sujeito e objeto cognoscente e a rejeição de qualquer postura metafísica”<sup>12</sup>. Herdou, pois, de Hägerstrom, fundador da escola de Uppsala, um conceito materialista da realidade e também as tendências de crítica filosófica da linguagem, na esteira do movimento neoempirista que grassava na Europa, antes da Segunda Guerra Mundial, por influência da Escola de Cambridge e do Círculo de Viena<sup>13</sup>.

Alf Ross, em consonância com o positivismo de Hägerstrom, assevera que o direito é uma palavra que não designa uma natureza ontológica, um direito em si, mas é utilizada como instrumento semântico para descrever sistemas ou ordens normativas nacionais desenvolvidas que se apresentam de forma empírica à própria investigação científica. Nesse passo, considera que a experiência jurídica é indicada por definições que apenas servem para assinalar certos ordenamentos

11. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Hermenêutica Jurídica na Obra de Alf Ross**. Revista Jurídica da Seção Judiciária da Bahia, Vol.3, n.3 (maio 2004).Salvador. TRF da 1ª Região, p. 30-33.

12. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada. p. 30-33

13. ALVES, Alaôr Caffê. **Apresentação à Edição Brasileira**. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, São Paulo: Edipro, 2003, p. 9.

normativos nacionais. Assim, não procura realidades essenciais ou substâncias no mundo dos fatos jurídicos, envidando esforços tão somente na busca de referências que possam submeter-se ao tratamento empírico-científico do direito.

Na obra, **Diretivas e Normas**, publicada em 1967, Alf Ross cuida das relações entre a linguagem e o discurso diretivo, com o escopo de “compreender o material jurídico como prescrições”, pontua Adrian Sgarbi. Nesse lanço, referindo-se à distinção entre língua e palavra, de Ferdinand Saussure, Scarbi assevera que, no dizer de Ross, “a língua é um fenômeno social, ao passo que a palavra é um fenômeno individual”. Passa, desse modo, o jusfilósofo dinamarquês, a utilizar os termos “linguagem” e “discurso”. O “discurso” deve ser entendido como qualquer uso da linguagem, seja através de uma seqüência de sons (fonemas), seja como um verdadeiro texto, isto é, “uma seqüência de caracteres”. Assim, Ross recorda os três tradicionais estudos da linguagem: o sintático, o semântico e o pragmático<sup>14</sup>.

O campo sintático restringe-se à construção das sentenças, pois governa a sua composição, enquanto o campo semântico estuda as expressões lingüísticas como portadoras de significado. O campo pragmático, por sua vez, se ocupa do discurso considerado como ato humano que se dirige à produção de certos efeitos<sup>15</sup>.

Tal estudo tem repercussão na diferenciação entre o Direito e a ciência do Direito, ao utilizar-se de dois tipos de discurso: o discurso indicativo e o diretivo. O primeiro se refere a uma idéia de um tema concebido como real; e o segundo diz respeito aos enunciados que expressam uma idéia-ação, ou seja, uma conduta a ser realizada<sup>16</sup>.

Paulo Pimenta ressalta ter sido, Ross, aluno de Kelsen, em Viena, de 1923 a 1926, oportunidade em que o jusfilósofo adotou do mestre as seguintes idéias: “a) distinção entre norma e proposição jurídica; b) presença da coerção como nota identificadora do direito; c) os juízes como destinatários das normas jurídicas; d) reconhecimento do papel das normas no mundo do direito; e) impossibilidade do conhecimento jurídico versar sobre questões morais”<sup>17</sup>.

Embora Alf Ross tenha sido discípulo de Kelsen, veio a criticar, mais tarde, a teoria pura do direito e a noção kelseniana de validade jurídica, defendendo uma

14 ROSS, Alf (1967), p. 4; (DN, p. 3), *apud* SCARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 68.

15 \_\_\_\_\_, p. 8-9; (DN, p. 6-7), *apud* \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 68.

16 \_\_\_\_\_, p. 9-10; (DN, p. 7-8), *apud* \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 69.

17 PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Hermenêutica Jurídica na Obra de Alf Ross**. Revista Jurídica da Seção Judiciária da Bahia, Vol.3, n.3 (maio 2004). Salvador. TRF da 1ª Região, p. 30-33.

construção realista desse e de outros conceitos do direito, objetivando um conhecimento empírico dos mesmos<sup>18</sup>.

## 2. 2. Validade, vigência e eficácia da norma jurídica

O problema central da filosofia do direito se resume, conforme o jusfilósofo, em interpretar o conceito de “direito vigente”. Porém, tal tarefa possui, como pressuposto, o esclarecimento do conceito de norma ou regra jurídica, que se resume numa subespécie do gênero das proposições diretivas e que são utilizadas para influir no comportamento do destinatário.

Alf Ross não distingue os conceitos de validade, vigência e eficácia normativa. Significam, em suma, adesão de certa regra, porque os juízes se sentem socialmente obrigados por ela. Possui dois aspectos: o da realidade, que se subsume na conduta dos juízes exercendo a força, que é objeto das normas; e o psicológico, quando os juízes sentem as normas como obrigatórias.

Com a didática finalidade de esclarecer o que se entende por regra jurídica, Ross remete o leitor, na obra **Direito e Justiça**, a uma analogia com o “jogo de xadrez”. Assim, propõe o exemplo de dois jogadores de xadrez e um terceiro que os observa. Deduz que o observador que não conhece as regras do jogo não pode compreender os movimentos realizados pelos dois jogadores, mas se o observador conhece as regras, ele compreende a tramitação do jogo e os movimentos encetados.

E tal compreensão, enfatiza Ross, é completamente distinta da causal, aquela operada pelas leis da causalidade, havendo uma “conexão de significado”, podendo-se afirmar, ainda, que a co-participação constitui um fator essencial num jogo de xadrez. Assim, atesta: “cada jogador tem seu papel a ser desempenhado, mas cada papel apenas logra significação quando o segundo jogador cumpre seu papel”<sup>19</sup>.

Nesse ponto, assegura que o jogo de xadrez pode ser tomado como um simples modelo do que se chama “fenômeno social”, afirmando:

“A vida social humana numa comunidade não é um caos de ações individuais mutuamente isoladas. Adquire o caráter de vida comunitária do próprio fato de que um grande número de ações individuais (não todas) são relevantes

18. ALVES, Alaôr Caffé. **Apresentação à Edição Brasileira**. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, São Paulo: Edipro, 2003, p. 9.

19. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 36.

e têm significação relativamente a um conjunto de regras comuns. Tais ações constituem um todo significativo, guardando a mesma relação entre si como movimento e contra-movimento. Aqui também há interação mútua, motivada pelas regras comuns do 'jogo' social, que lhe conferem seu significado. E é a consciência dessas regras que possibilita o entendimento, e numa certa medida, a predição do curso dos eventos<sup>20</sup>.

Atesta, assim, Ross, que as regras do xadrez são diretivas, ou seja, são regras que apontam no sentido de que cada jogador deve sentir-se a elas vinculado, com o pleno conhecimento de que com a sua transgressão provocará o protesto do adversário.

Desta maneira, também, deduz, são as regras jurídicas “socialmente obrigatórias” e, portanto, diretivas da conduta social dos membros de uma comunidade. Mas quais são os critérios que permitem identificar as regras que efetivamente governam o jogo, segundo o autor em exame?

Nesse prisma, pondera Ross, sobre a eventual possibilidade de duas alternativas: a primeira fornecida pelo modelo “condutivista”, e a segunda que poderia ser chamada de “formalista”.

Conforme o modelo “condutivista”, é possível identificar as regras observando o comportamento dos usuários, embora assente que a observação externa não permite diferenciar uma regra (de xadrez) de uma simples regularidade de comportamento, de um hábito, de uma regra técnica, ou de uma prática corrente.

A alternativa formalista consiste em recorrer aos códigos e regulamentos do jogo (social/xadrez) para verificar quais as regras que se encontram prescritas. Atesta, pois, Ross, que esta alternativa é também insuficiente, por si só, pois não se sabe se essas regras possuem adesão na prática.

Nesse passo, em face da insuficiência dos dois critérios supramencionados, Ross adota, contra o formalismo, o critério da efetividade, no sentido de que a regra possa ser aferida por uma observação externa; e contra o condutivismo, estabelece a necessidade da experiência emocional da regra como socialmente obrigatória.

Desta maneira, uma regra só é válida ou vigente, dentro de uma comunidade determinada, quando recebe adesão efetiva de seus integrantes (os jogadores, no dizer de Alf Ross), os quais se sentem socialmente obrigados pelas “diretivas” nela contidas. E pode ser que uma regra exista somente em um manual e não exista de fato, mas somente aquela que existir de fato poderá ser considerada “válida”.

20. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 37.

Assim, o conceito de “direito válido” é explicado, por Ross, do mesmo modo que uma “regra válida de xadrez”. Nesse sentido, assevera que direito válido “é o conjunto abstrato de idéias normativas que servem como um esquema de interpretação para os fenômenos do direito em ação, o que, por sua vez, significa que essas normas são efetivamente obedecidas, e que o são, porque elas são vividas como socialmente obrigatórias”. O “direito em ação” consiste no “conjunto de atos sociais que, postos em relação com as normas jurídicas, podem ser pensados como um todo com sentido”. Ross imagina, desta maneira, poder identificar esses atos sociais por meio de uma análise da estrutura do único caso a que ele aplica o termo ‘direito’: às ordens jurídicas nacionais <sup>21</sup>.

As ordens jurídicas nacionais, segundo Ross, podem ser divididas em: normas de conduta e normas de competência. Ao primeiro grupo pertencem as regras que prescrevem uma certa linha a ação (moralidade, religião, trato social, convenções, usos, regras políticas, etc.); ao segundo, pertencem aquelas que instituem autoridades, podendo-se afirmar que somente as regras estabelecidas pelas autoridades instituídas pelas regras de competência podem ser consideradas regras de conduta.

Ross assevera que as normas de conduta têm de se referir a ações definidas e realizadas por pessoas específicas, sustentando que os juízes são os destinatários das normas e o objeto delas é o exercício da força, verificando-se, aí, entretanto, uma forte influência da teoria pura de Kelsen. Explana que o direito é uma ordem normativa que estabelece as condições do exercício da força e determina quem deve exercê-la. Esclarece, entretanto, que esse fato obriga o destinatário primário da norma de forma reflexa, voltando-se, diretamente para o juiz, com o fito de que respalde essa regra pela força. Nesse ponto, conclui que “a relação das normas jurídicas com a força consiste no fato de que se referem à aplicação da força, e não que são respaldadas pela força” <sup>22</sup>.

Nesse passo, é de se concluir que Ross expõe um conceito de vigência que se obtém por remissão ao comportamento de seus destinatários, ou seja, com o sentimento de sua obrigatoriedade social, diferentemente de Kelsen, que busca a validade da norma exclusivamente por remissão à norma superior.

Sobre o tema, Ross se pronuncia:

21. BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, p.76-77.

22. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 78.

“Quer dizer, ‘direito vigente’ significa o conjunto abstrato de idéias normativas que serve como um esquema interpretativo para os fenômenos do direito em ação, o que por sua vez significa que essas normas são efetivamente acatadas e que o são porque são experimentadas e sentidas como socialmente obrigatórias”<sup>23</sup>

Kelsen, por sua vez, explana:

“A ‘existência’ de uma norma positiva, a sua vigência, é diferente da existência do ato de vontade de que ela é o sentido objetivo. A norma pode valer (ser vigente) quando o ato de vontade de que ela constitui o sentido já não existe. Sim, ela só entra mesmo em vigor depois que o ato de vontade, cujo sentido ela constitui, ter deixado de existir. O indivíduo que, com seu ato intencional dirigido à conduta de outrem, criou uma norma jurídica, não precisa continuar a querer essa conduta para que a norma que constitui o sentido do seu ato valha (seja vigente)”<sup>24</sup>.

Diferenciando validade de eficácia, Kelsen assegura que uma norma não aplicada nem seguida em nenhum outro tempo, em nenhum lugar, ou seja, uma norma que “como se costuma dizer-se – não é eficaz em uma certa medida, não será considerada uma norma jurídica válida (vigente)”, e que um mínimo desta chamada “eficácia” é uma condição para a sua vigência. Adverte, entretanto, que não se deve confundir condição de validade com fundamento de validade, afirmando que o fundamento de validade de uma norma só pode ser outra norma e que não há transição do “dever ser” ao “ser”. E que o fundamento último de validade é a norma fundamental. “A eficácia, como a estatuição, é apenas uma condição de validade”<sup>25</sup>.

Para Ross, o jusnaturalismo e Kelsen utilizam o termo validade com o significado de “uma qualidade apriorística, especificamente moral, chamada também força obrigatória do direito, que dá lugar a uma obrigação moral correspondente”. Tal concepção não é aceita pelo jusfilósofo dinamarquês, aduzindo ser essa posição mera “justificação moral do direito”<sup>26</sup>.

Ross defende, pois, uma noção psico-sociológica (empírico-fática) da vigência jurídica. Atende, pois, ao seu propósito empirista de buscar o direito na realidade dos fatos, possibilitando-lhe o conhecimento científico. Nesse ponto, tenta superar a alternativa entre o realismo psicológico da escola de Uppsala (Hägerstrom,

23 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 41.

24 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.11.

25 \_\_\_\_\_.Obra supramencionada, p. 236.

26 BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, p.79.

Lundstedt, Olivecrona) e o realismo comportamentista ou condutivista americano (Holmes, Llewellyn, etc.).

O realismo psicológico considera que a regra jurídica é assim qualificada por ser aceita pela consciência jurídica popular e, por via de consequência, determina as reações dos juízes. Desta maneira, o direito é aplicado porque é vigente, segundo critérios psicológicos, o que não se reduz, entretanto, ao âmbito individual das opiniões subjetivas.

O realismo “comportamentista”, por sua vez, converte a realidade do direito em fatos sociais, compreendidos nas ações dos tribunais. Segundo Holmes: “o direito são as profecias que os tribunais farão de fato”. Conforme essa corrente, uma norma jurídica é considerada vigente se existem fundamentos suficientes para supor ser aceita pelos tribunais como base de suas decisões. Assim, o direito é vigente, porque é aplicado<sup>27</sup>.

Conforme Alaôr Caffé Alves<sup>28</sup>, essas duas vertentes teóricas do realismo jurídico são sintetizadas no pensamento de Ross, “perfazendo o realismo psicossociológico”. Citando o professor dinamarquês, assevera:

“[...] a sua opinião é comportamentista ‘na medida em que visa a descobrir consistência e previsibilidade no comportamento verbal externamente observado do juiz; e é psicológica na medida em que a aludida consistência constitui um todo coerente de significado e motivação, somente possível com base na hipótese de que em sua vida espiritual o juiz é governado e motivado por uma ideologia normativa cujo conteúdo nós conhecemos’ ”<sup>29</sup>.

Nesse diapasão, Alaôr Caffé Alves assegura que a vigência jurídica, no pensamento de Alf Ross, resulta do encontro do fator comportamental, integrante das decisões dos tribunais quando exercem a força contida nas regras de direito, e do fator psicológico, integrante do sentimento de obrigatoriedade social que acompanha o referido comportamento judicial<sup>30</sup>.

Para Luís Fernando Barzotto, Ross pretende, ao menos explicitamente, seguir o justo meio entre o “psicologismo”, que reduz a validade da norma à sua dimensão psicológica e o “condutivismo”, que a restringe ao seu acatamento efetivo. Mas constata, entretanto, que Ross se mantém no “horizonte psicologista”. Para tanto,

27. ALVES, Alaôr Caffé. Apresentação à Edição Brasileira. Alf. Ross. **Direito e Justiça**, São Paulo: Edipro, 2003, p. 13.

28. \_\_\_\_\_.Obra supramencionada. \_\_\_\_\_. p.14.

29. \_\_\_\_\_.Obra supramencionada. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 14.

30. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 14.

evidencia que o autor dinamarquês inicia a sua análise sobre o *locus* da validade asseverando que seu conceito repousa em hipóteses referentes à vida espiritual do juiz, não se podendo determinar o que é direito válido por meios condutivistas, ou seja, mediante à observação externa de regularidades nas reações (costumes) dos juízes, mas, efetivamente, pelo fato do magistrado sentir-se vinculado pelas regras que aplica<sup>31</sup>.

Prossegue Luis Fernando Barzotto<sup>32</sup>, ao proceder ao exame do estatuto psicológico da validade de Ross, aduzindo que a mente humana contém duas classes de impulsos: “a primeira manifesta-se em atitudes que se fundamentam nas necessidades biológicas do indivíduo, e são vividas como ‘interesses’. A segunda surge a partir de uma série de experiências sociais que fazem com que o indivíduo sinta certos impulsos como obrigatórios, ainda que sejam contrários a seus interesses”. Esses seriam os impulsos chamados de “desinteressados”. Assim, no entendimento de Ross, se as normas enquanto diretivas relativas ao exercício da força são direcionadas aos juízes, a análise deve atentar para o tipo de impulsos que orientam as suas decisões.

Nesse diapasão, Ross<sup>33</sup> atesta que o juiz está motivado “primeira e principalmente por motivos desinteressados, por um puro sentimento de dever e não por temor às sanções legais ou por qualquer outro interesse”. “O juiz sente-se vinculado à ideologia jurídica em vigor”.

Mas Ross sustenta, ainda, que a maioria das pessoas é animada, em maior ou menor grau, por uma atitude de acato ao direito. Ressalta que quando as regras estão bem estabelecidas, essa atitude se torna automática. É o que o jusfilósofo denomina de “consciência jurídica formal”. Aduz, de forma esclarecedora: “o direito é o direito, e tem de ser observado – dizem as pessoas – e aplicam esta máxima mesmo aos casos nos quais as exigências do direito estão em conflito com idéias de justiça aceitas”<sup>34</sup>.

Entretanto, Ross enuncia também a existência da “consciência jurídica material”, que possui conteúdo moral, e adverte sobre a impossibilidade de uma cisão radical entre ambas as consciências jurídicas, a formal e a material, sob pena de ocorrer a chamada “consciência revolucionária”, quando os padrões morais da comunidade não se vêem mais reconhecidos nas instituições.

31. BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, p.82.

32. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p.83.

33. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p.79.

34. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 80/81.



Nesse ponto, o jusfilósofo afirma que aqueles que estão submetidos a um regime de força, nem sempre o experimentam como válido”. E quando um regime jurídico não recebe a aprovação ideológica pela consciência jurídica formal dos governados, sendo obedecido, apenas, pelo temor imposto, estes não o experimentam como um ordenamento jurídico, mas sim, como “um ditado de força e violência”. Não há, portanto, legitimidade por parte do governo imposto nessa condição<sup>35</sup>”.

Havendo, outrossim, adesão ideológica, consideram-se normas válidas aquelas que produzem um sentimento de compulsão psicológica nos juízes, eis que respaldadas na própria ideologia jurídica em vigor. Porém, nem o mero exame da conduta externa do juiz, nem o que procede da psicologia individual do magistrado, são suficientes, tampouco, para o exame de validade da norma. Nesse diapasão, Ross opta por uma investigação do “fundamento social dos sentimentos de obrigatoriedade que animam os juízes”, afirma Luiz Fernando Barzotto<sup>36</sup>.

Na concepção de Alf Ross, existe uma ideologia que atua na mente dos juízes, que vem indicar-lhes quais são as normas válidas. Assim, afirma:

“Um ordenamento jurídico nacional não é apenas uma vasta multiplicidade de normas, estando, ao mesmo tempo, sujeito a um contínuo processo de evolução. Em cada caso, por conseguinte, o juiz tem que abrir caminho através das normas de conduta que necessita como fundamento para a sua decisão. Se, a despeito de tudo, a previsão for possível, terá que sê-lo porque o processo mental pelo qual o juiz decide fundar sua decisão em uma regra de preferência a outra não é uma questão de capricho e arbítrio, variável de um juiz para outro, mas sim, um processo determinado por posturas e conceitos, por uma ideologia normativa comum, presente e ativa nas mentes dos juízes quando atuam como tais. É verdade que não podemos observar diretamente o que ocorre na mente do juiz, porém é possível construir hipóteses no tocante a isso, e o valor delas pode ser comprovado observando-se simplesmente se as previsões nelas baseadas foram acertadas”<sup>37</sup>.

Acrescenta:

“Essa ideologia é o objeto da doutrina das fontes de direito. Constitui o fundamento do ordenamento jurídico e consiste em diretivas que não concernem diretamente ao modo como deverá ser resolvida uma disputa legal, mas que indicam a maneira pela qual um juiz deverá proceder

35. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 85.

36. BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos, p.85.

37. ROSS, Alf. Obra supramencionada, p. 101/102.

a fim de descobrir a diretiva ou diretivas decisivas para a questão em pauta”<sup>38</sup>.

### 2.3. Ross e as fontes de direito

Para Ross, as fontes de direito são o conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda a sua decisão. E essa influência varia desde aquelas fontes que conferem ao juiz uma norma jurídica até as que lhe oferecem nada mais do que idéias e inspirações para o juiz formular a regra que necessita.

Classifica, Alf Ross, as fontes de direito, basicamente, em três tipos: a completamente objetivada, que se configura da legislação em sentido amplo, a parcialmente objetivada, constituída pelos costumes e precedentes, e o tipo de fonte não objetivada, que é livre, composta pela razão<sup>39</sup>.

O direito legislado, segundo a concepção rossiana, é aquele que foi criado por seres humanos e que foi previsto através de normas de competência, compreendendo a constituição escrita, as leis em sentido formal (emanadas do poder legislativo), e outras normas, tais como decretos e regulamentos.

Importante salientar que as normas de competência definem condições de ordem formal e material. As primeiras determinam as pessoas qualificadas para legislar e o procedimento a ser utilizado, cabendo às condições materiais definir o conteúdo da norma a ser legislada.

O ordenamento jurídico, para Ross, possui uma estrutura complexa, havendo uma hierarquia entre normas e autoridades, e a produção de uma norma se procede através de condições formais e materiais estabelecidas em outra norma, que é superior à primeira. Há, portanto, um encadeamento normativo entre as próprias normas.

Existe, ainda, uma norma pressuposta, que se encontra, segundo o jusfilósofo, na própria constituição formal, possuindo o poder de emenda da constituição, sendo superior a todas às demais normas, porque diz respeito à própria elaboração de normas constitucionais. Tal norma consiste numa ideologia pressuposta.

Conforme a interpretação de Luís Fernando Barzotto, a diferença crucial entre Kelsen e Ross, acerca da natureza da autoridade máxima no sistema, é

38. \_\_\_\_\_. *Obra supramencionada*, p. 102.

39. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p.104.

justamente que, enquanto em Kelsen a autoridade máxima do sistema é o poder constituinte originário, em Ross, é o poder constituinte instituído, ou seja, o poder de reforma da constituição. E a principal consequência, assevera, “é a impossibilidade de reformar, juridicamente, a norma (ou normas) que prevê a reforma da constituição”. Atesta que a mudança dessa norma “constitui-se apenas em um fato sociopsicológico, sem caráter jurídico, pois o poder jurídico mais alto do sistema é aquele criado pela norma básica. A natureza desta é a de ser ‘o mais alto pressuposto ideológico do ordenamento jurídico’. É pressuposta porque ‘não pode ser considerada como posta por alguma autoridade’, sob pena de regresso ao infinito”. Também é pressuposta na medida em que não pode ser alterada por nenhuma norma posta, “ainda que tenha sua origem na autoridade máxima do sistema”. Desta maneira, para Ross, existe completa impossibilidade de reforma da norma que estabelece o poder constituinte instituído<sup>40</sup>.

Em suma, para Ross, o fenômeno jurídico constitui-se em um conjunto de normas válidas. Essas normas são válidas, por sua vez, porque foram produzidas conforme as disposições das normas de competência, e se apóiam, em última instância, sobre a norma básica. Mas essa construção de validade depende da atuação dos juízes. Assim, o direito não se configura em um sistema normativo autônomo em relação aos fatos, onde se inclui, nessa proposição, também a norma suprema.

Segundo a concepção de Ross, para que a norma básica fundamente o direito, os juízes devem “aceitar” o sistema legislado, “obedecendo” ao sistema normativo, quando, efetivamente, esse ordenamento jurídico será considerado válido. Os magistrados reconhecerão, em realidade, como válidas, as normas que podem ser reconduzidas à norma básica ou à hipótese inicial pressuposta, que é a primeira autoridade normativa do sistema.

Como acima delineado, dentre as fontes de direito parcialmente objetivadas, situam-se, também, os precedentes e o costume.

Precedentes são as decisões jurídicas anteriores, que podem influenciar na escolha da regra a ser utilizada em sentenças de juízes e tribunais, em casos similares. Assevera Ross que tal procedimento, além de poupar tempo, dificuldades e responsabilidades ao juiz, a motivação está estreitamente ligada à idéia de justiça formal, já reconhecida em todos os tempos. Advertete, outrossim, que razões de peso podem ser levadas em conta para a ruptura com decisões anteriores, em

40. BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart.** São Leopoldo: Unisinos, p. 88-89.

casos de mudanças nas condições sociais a justificar, inclusive, a necessidade de atualização das normas <sup>41</sup>.

No que tange ao costume, trata-se do ponto de partida natural da evolução jurídica, afirma Ross. Reforça que foi de modo lento e gradual que a legislação passou a ser um instrumento social e político, colimando o regramento consciente e deliberado da vida da comunidade.

O professor dinamarquês busca a explicação do costume, como fonte de direito, de acordo com seu próprio esquema da história de evolução, onde, originalmente, todas as relações da vida comum no grupo social se achavam igualmente submetidas ao regramento não organizado do costume, sendo que a diferenciação de um ordenamento jurídico fundado na aplicação da força física dividiu essas relações.

Ross evidencia que, no Estado moderno, um costume jurídico indica, em certas situações, que determinadas regras jurídicas podem não ser observadas por setores representativos da população que acatam, em contraste com a norma jurídica, a regra consuetudinária. E que tal estado de coisas pode levar um magistrado a apoiar-se no costume para respaldar sua decisão, o que será, muitas vezes, justo e apropriado. Atesta, ainda, que a regra básica em virtude da qual o juiz leva em consideração o costume é o “elemento psicológico – o sentimento de obrigação e validade – com a qual a conduta consuetudinária é experimentada” <sup>42</sup>.

O tipo de fonte não objetivada, composta pela razão, no entendimento de Ross, se subsume no que ele chama de “tradição da cultura”. Nesse ponto, assevera que “no seio de todo o povo há uma tradição viva de cultura que anima todas as formas manifestas da vida do povo, seus costumes e suas instituições jurídicas, religiosas e sociais”. Trata-se de um espírito que expressa uma filosofia de vida, que é uma “íntima combinação de valorações” e uma “cosmogonia teórica” que inclui uma teoria social mais ou menos primitiva. Expressa-se Ross: “a religião, a poesia, a filosofia e a arte ocupam-se, de distintas maneiras, dos mesmos objetos. E todos eles são, em idêntica medida, a expressão de ideais, de modos de vida e de crenças teóricas” <sup>43</sup>.

As normas jurídicas, na concepção de Ross, somente são compreensíveis, se forem interpretadas de acordo com o meio cultural que lhes deu origem. E o juiz,

41. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 111.

42. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 123.

43. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, 2003, p. 125.

em seu mister, também se encontra sob a influência da tradição cultural, porque é um ser humano e também um “fenômeno cultural”, que enxerga sua própria tarefa como uma prestação de serviço à comunidade. Busca uma decisão que não seja o fruto mecânico da aplicação das leis aos fatos concretos, mas que possua validade na própria tradição cultural que vivencia. Ademais, tal tradição pode atuar, também, como uma fonte de direito direta, ou seja, “pode ser o elemento fundamental que inspira o juiz quando este formula a regra na qual baseia sua decisão”<sup>44</sup>.

A importância dessa fonte de direito se faz sentir quando ocorre uma lacuna nas leis vigentes, devendo, o juiz, ao preenchê-la, decidir a questão concreta na forma como entender “justa”, empenhando-se em respaldar sua decisão, com base nas idéias fundamentais da tradição jurídica e cultural. O magistrado pode tentar se orientar diretamente por seu senso de justiça, ou pode tentar racionalizar sua reação por meio de uma análise das “considerações práticas com base num cálculo jurídico-sociológico dos efeitos presumíveis de uma regra geral ou outra”<sup>45</sup>.

Importante ressaltar que a doutrina realista das fontes do direito tem de se ocupar, no dizer de Ross, da ideologia que efetivamente anima os tribunais, que os motiva na busca das normas que irão adotar como fundamento de suas decisões. E tal ideologia só pode ser descoberta, assevera, estudando-se a conduta efetiva dos tribunais.

#### 2.4. O método de interpretação e a argumentação jurídica

Atesta o jusfilósofo dinamarquês que tal como a doutrina das fontes do direito, a doutrina do método de interpretação deve ser “descritiva, não normativa (descritiva de normas, não expressiva de normas)”. Ademais, insiste que na interpretação do direito vigente, “a ciência do direito e a política não podem, em última análise, ser separadas”<sup>46</sup>.

Ross afirma, ainda, que as ideologias das fontes do direito e do método estão intimamente ligadas e, por esta razão, fica claro que o estudo doutrinário do

44. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 127.

45. O que Alf Ross denomina de considerações práticas ou razão é uma fusão da concepção de realidade e de uma atitude valorativa. Trata-se, em suma, da tarefa da política jurídica, que é a enunciação das premissas. Ross afirma que uma comunidade não seria uma comunidade se não houvesse um amplo corpo de credo e vontade compartilhados, de ideologia e interesses comuns. E é este corpo que chama de unidade de uma cultura e de uma nação. Atesta que em questões de política jurídica em sentido estrito, é preciso buscar as premissas em nível mais elevado, na tradição cultural, no corpo de idéias compartilhadas relativamente permanentes. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 383/384.

46. ROSS, Alf. Obra supramencionada, p. 137.

método tem de assumir um caráter diferente nos diversos sistemas: num sistema onde os precedentes constituem a fonte predominante do direito; e num sistema onde a legislação é a fonte principal.

Num sistema constituído de precedentes, “a técnica de argumentação exigida para esse método visa a mostrar as semelhanças e diferenças exibidas pelos casos e asseverar que as diferenças são ou não são relevantes”, sustenta Ross. No segundo sistema, “a técnica de argumentação exigida por esse método visa a descobrir o significado da lei e a sustentar que os fatos dados são abarcados por ele ou não”<sup>47</sup>.

Daí deduzir-se sobre a importância da teoria da argumentação como ferramenta indispensável ao método interpretativo preconizado por Alf Ross, a ser adotado pelo aplicador do Direito, pois é através dela que o magistrado justifica a adoção ou rejeição de uma lei ou precedente, para o caso concreto.

Adverte, ainda, Ross, que o papel criador desempenhado pelo juiz, na administração da justiça, ao definir com mais precisão ou retificar a diretiva da lei, “manifesta-se raramente”, mas, quando ocorre, vai se mostrar indispensável à utilização de uma técnica argumentativa, tocante, sobretudo, aos fatores pragmáticos que influem o julgador.

Desta maneira, argüi:

“Comumente o juiz não admite que sua interpretação tenha esse caráter construtivo, mas, por meio de uma técnica de argumentação procura fazer ver que chegou a sua decisão objetivamente e que esta é abarcada pelo significado da lei ou pela intenção do legislador: cuida de preservar ante seus próprios olhos, ou, pelo menos, ante os olhos dos demais a imagem examinada no parágrafo 28, ou seja, que a administração da justiça é somente determinada pelo motivo da obediência ao direito, em combinação com uma percepção racional do significado da lei ou da vontade do legislador”<sup>48</sup>.

Importante discernir que, no dizer de Ross, os fatores pragmáticos na administração da justiça “são considerações baseadas numa valoração da razoabilidade prática do resultado apreciado em relação a certas valorações fundamentais pressupostas”. Pontua que a interpretação pragmática vai além do “senso comum”, mas que também se reveste daqueles que assomam deliberações a respeito das conseqüências que podem acarretar, “estimadas e mutuamente ponderadas à luz de valores fundamentais”<sup>49</sup>.

47. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 138.

48. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 182.

49. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 176.

Ross sustenta que havendo uma combinação de fatores, tais como as palavras da lei, as considerações pragmáticas e a avaliação dos fatos, de modo que tenham produzido efeito na mente do juiz e o influenciado a favor de uma determinada decisão, “uma fachada de justificação é construída, amiúde, discordante daquilo que, na realidade, o fez se decidir da maneira que decidiu”<sup>50</sup>.

Nesse contexto, assevera que as técnicas de argumentação são recursos integrantes do equipamento de todo jurista experimentado, o qual precisa saber como justificar tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, “a solução jurídica que considera justa ou desejável”<sup>51</sup>.

Não fossem, portanto, as chamadas “técnicas argumentativas”, que aqui se pretende evidenciar, há de se questionar como poderia, o jurista, evitar os equívocos provindos de um sistema legal que desatende, muitas vezes, aos justos reclames da comunidade, ou de precedentes que subestimam até mesmo os direitos fundamentais. A própria utilização das fontes de direito demanda, pois, a necessidade de justificação que se concretiza através dos postulados da teoria da argumentação.

É justamente nesse ponto que se encontram as visões de Alf Ross sobre o Direito e a Justiça e a teoria da argumentação desenvolvida por Chaïm Perelman. Embora, à primeira vista, possam, suas posições, parecerem paradoxais pelo fato de ser, Alf Ross, um dos representantes do realismo empírico, de onde surge a exigência metodológica de que o estudo do Direito siga os tradicionais padrões de observação e verificação que inspiram as ciências modernas, cruzam-se pelo reconhecimento premente da necessidade de utilização da mencionada “teoria da argumentação”, no alcance da Justiça, como será desenvolvido adiante.

No próximo tópico, far-se-á um rápido exame da “teoria da argumentação” de Perelman e de sua importante concepção de Justiça.

### **3. CHAÏM PERELMAN: O DIREITO E AS TÉCNICAS DE ARGUMENTAÇÃO**

#### **3.1. Revisitando a antiga retórica**

Chaïm Perelman, filósofo polonês fundador da Retórica Moderna, que se dedicou, com profundidade, tanto ao estudo do Direito como da Justiça, é considerado um dos ícones mundiais da Filosofia do Direito do século XX. Iniciou

50. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 182.

51. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 183.

sua obra no ano de 1945 e prosseguiu durante quarenta anos, dando ênfase às questões da justiça, dos valores, do razoável e da importância dos procedimentos argumentativos no raciocínio dos magistrados.

O grande marco da obra de Perelman é o **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**, escrito com a colaboração de L. Olbrechts-Tyteca, onde textualiza as linhas mestras de sua “Teoria da Argumentação”, tratando-se de estudo de ampla abrangência, aplicável aos campos da Ética, Metafísica, Lógica, Direito e outras disciplinas.

No entender de José Américo Motta Pessanha, a teoria da argumentação de Perelman “constitui uma das mais importantes contribuições, em nosso século, à revisão do conceito de Razão, incidindo particularmente sobre a questão da cientificidade no campo das ciências humanas ou sociais”<sup>52</sup>.

Registre-se que a tradição de cunho formalista, surgida na Era Moderna, associa o conhecimento científico à impossibilidade do questionamento de hipóteses materialmente comprovadas, havendo uma rígida separação nas esferas da ciência e da opinião. Assim, divergindo dessa assertiva, Chaïm Perelman reabilita o lado dialético do conhecimento, através de sua “Teoria da Argumentação”, que pretende utilizar o campo da adesão para atrair as pessoas para uma determinada idéia.

Perelman percebe, com clareza de espírito, que “a busca da verdade a partir de opiniões, através do método dialético, pressupõe o diálogo”. Nesse ponto, perde espaço a filosofia contemplativa e a pesquisa empírica, pois não é dado ao sujeito buscar, sozinho, as evidências, sendo necessária a presença de um interlocutor, que Perelman chama de “auditório”<sup>53</sup>.

Nesse passo, o processo argumentativo, no pensamento de Perelman, não lida com verdades absolutas, universais, que são próprias das ciências exatas, mas com conhecimentos que são dominantes, durante um determinado período de tempo, e que se sujeitam a modificações e questionamentos presentes e futuros. Ademais, ressalta que muitas das teses sustentadas em um processo argumentativo não são verdadeiras por si só, mas “construídas”, com o fito de parecerem “razoáveis”.

52. PESSANHA, José Américo Motta. **A Teoria da Argumentação ou Nova Retórica**, in CARVALHO, Maria Cecília Maringini (org). **Paradigmas Filosóficos da Atualidade**, Campinas, Papyrus, 1989. *apud* MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 86.

53. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 199-200.



Sobre o tema, explana Margarida Maria Lacombe Camargo <sup>54</sup>:

“Perelman posiciona-se expressamente contra a filosofia da evidência de Descartes. Seu esforço consistiu, justamente, na busca de uma outra dimensão da racionalidade compatível com a vida prática. Pretendia demonstrar a aptidão da razão para lidar também com valores, organizar preferências e fundamentar, com razoabilidade, nossas decisões.

Perelman parte do princípio de que o raciocínio valorativo viu-se marginalizado da filosofia ocidental nos últimos séculos por ter sido equiparado à irracionalidade ou à ausência de razão. Assim era visto porque fugia do modelo geométrico admitido como o único verdadeiramente científico. Mas Perelman percebe que nem tudo se sujeita ao campo da matemática, que exhibe como verdade apenas aquilo que é rigorosamente demonstrável ou provado como evidente. Admite existir um outro âmbito da existência cujas relações não se sujeitam ao argumento da indiscutibilidade, qual seja, o das relações humanas. Trata-se da práxis ou prática deliberativa conduzida pela ação moral, relativa à tomada de decisão. Decisão esta, tida por seu agente como a mais adequada para determinada situação”.

Deve-se evidenciar que Perelman, embora tenha baseado-se na fonte da retórica Aristotélico-Ciceroniana, propôs, com originalidade ímpar, não apenas um retorno à antiga noção da retórica, mas a formação de um novo paradigma de estudo das ciências humanas e sociais, fundado em um tipo de lógica respaldada amplamente num racional e eficaz processo de argumentação.

Perelman admite identificar-se com Aristóteles na busca de um tipo de raciocínio capaz de lidar com as incertezas, no escopo de alcançar soluções. Entretanto, despreza os chamados “ornamentos da oratória”, que fazem parte da retórica antiga e concentra-se sobre o problema da relatividade e dos valores.

Paulo Roberto Soares Mendonça afirma que a Nova Retórica de Perelman tenta transcender alguns limites existentes no pensamento da Antigüidade, principalmente no que tange à sua “forte tradição oral”<sup>55</sup>. Sem dúvida que o auditório de Perelman não se restringe às pessoas que assistem pessoalmente ao discurso, mas engloba os diversos mecanismos de comunicação (rádio, televisão, livros, revistas, etc.), através de dimensões que podem assumir o porte nacional, institucional e até mundial, o que se justifica pela evolução dos tempos, numa ampla adaptação ao momento histórico vigente.

54. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 187-188.

55. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p.88.

Portanto, de maneira diversa a uma fórmula matemática, cujo conteúdo representa um *a priori* metodológico, constituído de um princípio imutável e independente da adesão de outras pessoas, os procedimentos argumentativos dependem, na concepção de Perelman, de um auditório, possuindo, na sua própria essência, a demanda por um interlocutor. Assim, manifesta-se Paulo Roberto Soares Mendonça: “toda a Teoria da Argumentação de Perelman pressupõe a existência de um auditório, seguindo o modelo da Antigüidade Clássica, em face do qual são apresentadas teses e debatidas opiniões, na busca da adesão dos ‘espíritos’ daqueles que recebem o discurso”<sup>56</sup>.

Perelman textualiza, em sua teoria da argumentação, dentre outros fundamentos, que deve existir uma certa consonância entre as teses propostas e os conhecimentos e valores acumulados pelo auditório. É o que se pode chamar de “compatibilidade” entre ambos, possibilitando a ocorrência da denominada “adesão”, que é um conceito flexível, implicando uma certa “gradação”. “Pode-se perfeitamente falar de uma adesão maior ou menor a uma tese”, diz Carroll Arnold, mencionado por Paulo Roberto Soares Mendonça, no que tange à reação do auditório perelmaniano, ressaltando que os termos “aceitação x rejeição” e “concordância x discordância” são efetivamente afeitos às provas demonstrativas<sup>57</sup>.

Digna de nota, também, a criação, por Perelman, do chamado “auditório universal”, que engloba todas aquelas pessoas que são interessadas em conhecer os argumentos desse próprio auditório (do interlocutor) e que também são capazes de compreender a proposta formulada.

No dizer de Margarida Maria Lacombe Camargo<sup>58</sup>, o auditório universal significa, para Perelman, a própria razão, aquela força que se impõe às mentes esclarecidas, aos sábios. É o auditório concebido pelo filósofo, o conjunto que o orador pretende influenciar pela sua argumentação.

Mas a sua concepção de universalidade tem um aspecto relativista, acrescenta Camargo, pois acredita que para diferentes épocas e diferentes locais sejam admitidas idéias como absolutamente verdadeiras.

Nesse diapasão, pronuncia-se Perelman<sup>59</sup>:

56. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.88.

57. ARNOLD, Carroll *apud* MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 90.

58. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 216.

59. PERELMAN, Chaïm e TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 37.



“O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideraram, no decorrer da história, *real, verdadeiro e objetivamente válido*”.

### 3. 2. As técnicas argumentativas

No que diz respeito às técnicas argumentativas, apostas na terceira parte de sua obra, **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**, Perelman distingue três grandes grupos de argumentos: os argumentos quase-lógicos, os argumentos baseados na estrutura do real e as ligações que fundamentam a estrutura do real.

Os argumentos quase-lógicos são aqueles construídos à imagem de princípios lógicos. Pretendem certa força de convicção por se apresentarem comparáveis a raciocínios formais, lógicos ou matemáticos. Argumentos quase-lógicos são, portanto, aqueles cuja estrutura lembra os argumentos da lógica formal, mas que não possuem o mesmo rigor, ou melhor, não possuem o mesmo valor conclusivo, já que não é possível extirpar da linguagem comum toda a espécie de ambigüidade ou remover do argumento a possibilidade de interpretações diversificadas. Podem ser exemplificados como argumentos de reciprocidade, transitividade, inclusão da parte no todo, divisão do todo em suas partes e comparação.

Os argumentos baseados na estrutura do real não se interessam por uma descrição objetiva do real, importando “a maneira pela qual se apresentam as opiniões a eles concernentes; podendo estas, aliás, ser tratadas, quer como fatos, quer como verdades, quer como presunções”, atesta Perelman<sup>60</sup>. Podem ser de sucessão ou coexistência.

Os argumentos fundados na estrutura do real por sucessão se encontram num mesmo plano fenomênico e podem ser exemplificados como os de vínculo causal, como o argumento pragmático, os fins e os meios, o argumento do desperdício, o argumento da direção e a superação. Os argumentos fundados na estrutura do real por coexistência destinam-se a ligar “duas realidades de nível desigual, sendo uma mais fundamental, mais explicativa do que a outra”<sup>61</sup>. São eles: a interação entre os atos e a pessoa, o argumento de autoridade, as técnicas de ruptura e de refreamento opostas à interação ato-pessoa, o discurso como ato do orador, o

60. \_\_\_\_\_.Obra supramencionada, p. 298.

61. PERELMAN, Chaïm e TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 333.



grupo e seus membros, o ato e a essência, a ligação simbólica, o argumento de hierarquia dupla aplicado às ligações de sucessão e de coexistência, e os argumentos concernentes às diferenças de grau e ordem.

Os argumentos que fundamentam a estrutura do real operam estabelecendo generalizações e regularidades, propondo modelos, exemplos, ilustrações a partir de casos particulares. Dividem-se em: a) fundamento pelo caso particular, que inclui a argumentação pelo exemplo, a ilustração, o modelo e o antimodelo, e o Ser perfeito como modelo; b) o raciocínio por analogia e a metáfora.

Digno de nota são, ainda, os argumentos por dissociação, descritos por Perelman. Nestes mostra-se que “uma ligação que fora considerada aceita, que fora presumida ou desejada, não existe, porque nada permite constatar ou justificar a influência que certos fenômenos examinados teriam sobre aqueles que estão em causa e porque, em conseqüência, é irrelevante levar-se em consideração os primeiros”. Podem ser entendidos como aqueles que procuram solucionar uma incompatibilidade do discurso, restabelecendo uma visão coerente da realidade. Trata-se de uma técnica fundamental para a filosofia e encontra-se na base de todos os pares filosóficos, ou seja, de todos os conceitos que giram em torno do par “aparência/realidade” e seus correlatos<sup>62</sup>. São constituídos de definições dissociadoras, da retórica como expediente, de enunciados que incentivam a dissociação e outros argumentos.

Por fim, trata, Perelman, da “interação dos argumentos”, aduzindo que os elementos isolados com vistas ao estudo formam, na realidade, um todo, e que estão em constante interação, e em vários planos: “interação entre diversos argumentos enunciados, interação entre estes e sua conclusão e, enfim, interação entre os argumentos contidos no discurso e aqueles que têm este último por objeto”<sup>63</sup>. São catalogados, segundo o filósofo, em: interação e força dos argumentos, apreciação da força dos argumentos, interação por convergência, amplitude da argumentação, perigos da amplitude, paliativos para o perigo da amplitude, ordem e persuasão, ordem do discurso e condicionamento do auditório, além de ordem e método.

A “Teoria da Argumentação” de Chaïm Perelman demanda “parâmetros básicos de estruturação”, como se depreende do que foi acima mencionado, podendo ser compreendida como uma abordagem filosófica consistente, atesta Mendonça, sendo importante que se trabalhe com “interlocutores razoáveis e abertos ao diálogo” para que haja plena “contraposição de argumentos”, prevalecendo, ao final,

62. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 467.

63. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 523.

os mais sólidos, sem esquecer, contudo, que o diálogo deve seguir uma “regra de justiça”, onde os “atores” precisam estar atentos, observando semelhanças existentes entre fatos, pessoas e coisas, para a obtenção de uma “solução justa”, sendo, efetivamente, esta, a proposta de Perelman, que abriga uma ampla noção valorativa, principalmente quando o filósofo trava um debate mais ligado ao Direito <sup>64</sup>.

### 3.3. Perelman e a Justiça

Perelman preocupou-se, sobretudo, com as questões do Direito. Nesse passo, a “lógica jurídica” tem um especial significado para ele, ao entendê-la como “a ciência encarregada de analisar o raciocínio propriamente jurídico, que ele sabe aproximar-se do raciocínio dialético”. E deve ficar claro que “se trata de uma outra lógica que não a formal identificada com o pensamento analítico, mas da lógica relativa à retórica e à argumentação, voltada para um campo mais alargado, que é o da dialética”, assevera Camargo <sup>65</sup>.

Para Perelman, as decisões judiciais não se consubstanciam em “proposições verdadeiras tiradas de um silogismo, mas em respostas mais aceitáveis e adaptadas, integradas numa argumentação. Se há sistema e ciência do direito, eles não podem esboçar-se fora da controvérsia permanente”, afirma Alain Lempereur, em Apresentação da obra “Ética e Direito”<sup>66</sup>.

Textualmente, as palavras do filósofo polonês <sup>67</sup>:

“O Direito, tal como funciona efetivamente, é essencialmente um problema de decisão: o legislador deve decidir quais serão as leis obrigatórias numa comunidade organizada, o juiz deve decidir o que é o direito em cada situação submetida ao seu juízo. Mas nem o legislador nem o juiz tomam decisões puramente arbitrárias: a exposição de motivos indica razões por que uma lei foi votada e, num sistema moderno, toda a sentença deve ser motivada. O direito positivo tem como correlativo a noção de decisão, senão razoável, pelo menos raciocinada”.

No entender de Perelman, o Direito não se subsume do irracional, tampouco do racionalismo proposto pelas ciências exatas, mas se perfaz do meio-termo que

64 MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 94.

65 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 228.

66 LEMPEREUR, Alain. Apresentação. **Ética e Direito**, *apud* PERELMAN, Chaïm. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XV.

67 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.376.

identifica a Nova Retórica, devendo levar-se em conta os debates, as trocas de argumentos e de questionamentos que se assentam no cotidiano humano.

Sobre o tema, atesta Alain Lempereur: “o realismo radical de Perelman tem condições de explicar a evolução no direito: é suscitada por uma dialética equilibrada entre formalismo e pragmatismo, entre legislador e juiz. Para encontrar a solução mais adequada, o estatismo do prescrito legal é adaptado pelo dinamismo da decisão judiciária <sup>68</sup>”.

Na obra “Lógica Jurídica”, Perelman discorre que, durante séculos, quando a busca da solução justa era o desiderato a ser perseguido pelo magistrado e os critérios desse “justo” faziam-se comuns, tanto ao direito, como à moral e à religião, o direito se caracterizava, sobretudo, pela competência atribuída a certos órgãos para legislar e a outros para julgar e administrar. Deve-se levar em conta que, muitas vezes, todos os poderes estavam reunidos nas mãos do soberano, que poderia outorgar misteres de julgamento a determinados funcionários, sob certos limites. Registra que nesse período, não havia necessidade de motivar as sentenças das quais não se dava publicidade, asseverando que as fontes de direito eram imprecisas e que o próprio sistema do direito era pouco elaborado. Nesse lance, a argumentação jurídica era pouco específica e quase despicienda<sup>69</sup>.

Porém, atesta que após a Revolução Francesa, a situação mudou completamente com a proclamação do princípio da separação dos poderes, com a codificação de leis e com a exigência de motivação das decisões judiciais.

Tratava-se da necessidade de valorar-se a segurança jurídica, ou seja, a conformidade das decisões judiciais com as prescrições legais, não podendo, o magistrado, aplicar critérios que lhe fossem próprios: “sua vontade e seu senso de equidade deveriam inclinar-se diante da manifestação da vontade geral, tal como era dada a conhecer pela legislação” <sup>70</sup>.

Entretanto, Perelman destaca que após “o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação poderiam ser iníquos, e mesmo criminosos”, foi evidenciada, pela maioria dos teóricos do direito, uma orientação antipositivista, que nasceu para abrir espaços na interpretação e aplicação da lei, e que passou a buscar uma solução “equitativa, razoável, aceitável” e, ao mesmo tempo, “justa e conciliável com o direito em vigor” <sup>71</sup>.

68. LEMPEREUR, Alain. Obra supramencionada, p. XV.

69. PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.183.

70. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 184.

71. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada p. 184.

Assim, vem se confiando ao juiz (sem o radical retorno ao direito natural), diz Perelman, a missão de solucionar os litígios particulares, de forma “equitativa<sup>72</sup> e razoável”, mas dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito, sendo-lhe permitido tornar a lei mais flexível, “graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito<sup>73</sup> e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos”<sup>74</sup>.

Camargo<sup>75</sup> ressalta que desde o primeiro escrito sobre a justiça, Perelman mostrou-se sensível à questão da razoabilidade das decisões jurídicas. Nesse ponto, atesta que:

“[...]a equidade, as ficções jurídicas e até mesmo a caridade apresentam-se muitas vezes necessárias à obtenção da justiça, quando a lei mostra-se inflexível. Enquanto a equidade aparece muito próxima da idéia de justiça, a ficção consiste naquela decisão em que se qualificam os fatos contrariamente à realidade, para se obter o resultado desejável, pois, segundo Perelman, o direito não pode se desinteressar das consciências. E como a solução jurídica tem um compromisso com a paz judicial, tendo em vista tratar-se de uma atividade prática e não puramente teórica, a decisão razoável será aquela que não se opõe, sem razão, ao senso comum de cada sociedade. Mas, sendo a razoabilidade uma noção vaga, talvez possamos chegar mais perto do razoável excluindo-se o não razoável”.

Perelman parte, então, para a defesa de uma postura política e criativa, por parte do poder judiciário, no sentido deste não atuar, mais, como um simples subordinado do poder legislativo, mas sim, harmonizar a legislação com as idéias dominantes do que seja “justo e equitativo”, complementando a atividade legislativa.

Nas palavras de Perelman, invocando as lições de J. Esser:

“Essa dialética, implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme o direito, coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui

72 Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., Aristóteles é responsável pela definição de equidade como “a justiça do caso concreto. A solução de litígios por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especialidade da situação a fim de que a solução seja justa. Pois, como diziam os romanos, *summum jus summa injuria*. Não se trata de um princípio que se oponha à justiça, mas que a completa, que a torna plena”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 248.

73 Para Tércio Sampaio Ferraz, os princípios gerais de direito constituem uma reminiscência do direito natural como fonte. “[...] trata-se não de normas, mas de princípios. Ou seja, não são elementos do repertório do sistema, mas relação entre as normas no sistema, ao qual conferem coesão”. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 247.

74 PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 185.

75 CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 229.

um aspecto indispensável seu, que se impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio. É por essa razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais”<sup>76</sup>.

Nesse aspecto, evidencia Perelman que, cabe ao juiz ponderar sobre os valores que envolvem o caso concreto, o qual se encontra, regulado, pela lei, conferindo-lhe uma interpretação condizente e razoável. Trata-se de um mecanismo de interpretação que se concretiza, portanto, pelo recurso às técnicas argumentativas, o que torna possível defender uma posição em prejuízo de outra.

Em Ética e Direito, Perelman sustenta que as teses jurídicas não se fundamentam em provas demonstrativas, mas em argumentos cuja força e pertinência podem ser diversamente apreciados. E o que se chama de demonstração, em Direito, não passa de argumentação, sendo que a lógica-jurídica comporta o estudo de esquemas argumentativos não-formais, que são próprios do contexto jurídico<sup>77</sup>.

Afirma, ainda, Perelman, *in* obra supramencionada que toda a argumentação se dirige a um auditório que ela se empenha em persuadir ou em convencer, “cuja adesão, às teses defendidas pelo orador, ela deve ganhar”. Assevera que é essencial conhecer o auditório, saber quais as teses que ele poderia aceitar e que poderiam servir de premissas para a argumentação encetada<sup>78</sup>.

Importante registrar que Perelman se preocupa exclusivamente com a argumentação que é formulada pelo juiz, enquanto aplicador do Direito. Não se manifesta sobre as razões que são desenvolvidas pelos advogados, nem pelo Ministério Público. E isto se verifica ao definir o parágrafo 37, que se ocupa do “raciocínio jurídico”, na mencionada obra “Ética e direito”.

Perelman assim se posiciona, porque necessita demonstrar que o magistrado, ao proferir uma decisão, está distante de assimilar um silogismo ou proceder como um autômato do Direito, e que a imparcialidade não deve ser confundida com uma escolha isenta de raciocínio jurídico<sup>79</sup>. Deve, sim, pensar numa solução calcada nas premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor, o que exige a devida justificação. É o juiz, em sua sentença, argüi o filósofo, “que deverá dizer

76. PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 116.

77. \_\_\_\_\_. **Ética e direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 493.

78. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 493.

79. Aqui a expressão raciocínio jurídico é utilizada como o ato de utilizar-se da razão dentro da esfera do pensamento no Direito.



se acolhe ou rejeita o pedido ou a acusação, e indicar as razões que lhe motivam a decisão”<sup>80</sup>.

Não há dúvidas de que as teses esposadas pelas partes e apresentadas ao juiz merecem relevo quanto à utilização das técnicas argumentativas, e parece óbvio que sejam sustentadas em face da necessidade de evidenciar o próprio interesse no litígio. Mas a importância do juiz motivar, através de argumentos pertinentes, a eleição de uma das teses apresentadas, confere legitimidade à sentença prolatada pelo magistrado.

Perelman atesta que o poder de apreciação do juiz, ao qual cumpre-se recorrer, quando são vagos os termos da lei, desempenha um papel essencial quando se trata de evitar as consequências iníquas ou socialmente indesejáveis na aplicação daquela lei a determinados casos particulares. Ademais, mesmo na hipótese de lacunas ou antinomias, incumbe-lhe pronunciar sua sentença e motivá-la, enumerando as considerações necessárias à fundamentação<sup>81</sup>.

As razões fornecidas pelo juiz serão “argumentos” que possuem uma “força convincente variável”, atesta Perelman<sup>82</sup>. Desta maneira, a aplicação de um texto legal, a interpretação desse texto, o recurso a princípios gerais, a apreciação das consequências que resultariam da apreciação da lei constituem o cerne motivador da decisão, diferenciado-se do que se passa num sistema dedutivo formal onde ao serem aceitas determinadas premissas, as conclusões que delas se tiram se impõem.

Aproximam-se, pois, as doutrinas de ambos os filósofos, Alf Ross e Perelman, pelo específico prisma da motivação das decisões judiciais, com base no instrumental da “Teoria da Argumentação”.

Passa-se, assim, ao próximo tópico que se dedicará, após breve exame da importância da argumentação jurídica, amplamente reconhecida por outros doutrinadores contemporâneos, a analisar o preciso ponto de encontro detectado entre as teses esboçadas.

#### **4. A ARGUMENTAÇÃO: FERRAMENTA DO JUIZ**

##### **4.1. Incursão doutrinária sobre a argumentação nas decisões judiciais**

Primeiramente, é indispensável ressaltar que a argumentação, no campo da ciência jurídica, vem sendo reconhecida, nos últimos séculos, por vários filósofos

80. PERELMAN, Chaïm. Obra supramencionada, p. 482.

81. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 487-488.

82. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 489.

do Direito, como importante instrumento para a fundamentação das decisões judiciais. Trata-se, sem dúvida, de recurso que põe em prática o mandamento constitucional específico sobre a necessidade do magistrado em proferir julgamentos motivados, sob pena de nulidade.<sup>83</sup>

Registre-se que a fundamentação reportada não pode ser entendida como uma mera invocação do texto legal aos casos concretos, mas deve se constituir em uma ampla valoração das fontes do Direito, com a indispensável ponderação e justificação através de “argumentos”.

É importante registrar que os julgamentos motivados derivaram de contingências históricas. De início, o direito medieval não exigia qualquer tipo de fundamentação, eis que os trâmites processuais eram essencialmente arbitrários e fundados em ordálios e outros mecanismos irracionais. Posteriormente, os julgamentos passaram a ser organizados de forma a investigar a verdade dos fatos, quando foi adotado o modelo inquisitorial. Ainda nessa fase os juízes não tinham necessidade de motivar suas decisões, pois detinham o pleno poder em suas jurisdições.

Somente com a Revolução Francesa é que a obrigação de motivar as sentenças tomou vulto, tendo como finalidade controlar a atividade dos juízes, que deveriam agir em total fidelidade à lei, que era tida como a expressão da vontade da nação<sup>84</sup>. Nesse passo, surgiu a necessidade de fundamentação das decisões judiciais para limitar a atividade criadora dos magistrados. Porém, com o passar do tempo, verificou-se que havia uma completa impossibilidade de reduzir a tarefa criativa dos juízes em face da necessidade de interpretação das normas que deveriam se tornar compatíveis com as mudanças operadas constantemente na sociedade.

Desta maneira, ao proceder à fundamentação de uma sentença, o magistrado necessita utilizar-se de recursos argumentativos, com o escopo de articular a matéria de fato e de direito, além de superar as lacunas e ambigüidades do direito positivo. Em suma, assevera Mendonça: “o julgador tem uma certa esfera de liberdade de apreciação, mas as suas decisões devem ser orientadas por parâmetros de razoabilidade”<sup>85</sup>

83. No Brasil, a exigência de motivação das decisões judiciais encontra-se inserta no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

84. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 562.

85. MENDONÇA, Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 290.

É importante diferenciar fundamentação de argumentação. A motivação compreende “a exposição atinente às provas produzidas e os respectivos critérios de avaliação”<sup>86</sup>. A motivação surge “como instrumento através do qual as partes e o meio social tomam conhecimento da atividade jurisdicional; as partes para, se for o caso, impugnarem os fundamentos da sentença, buscando seja reformada; a sociedade a fim de que possa formar opinião positiva ou negativa a respeito da qualidade dos serviços prestados pela Justiça”<sup>87</sup>. Já a argumentação é a defesa de um ponto de vista, na busca de uma adesão à tese lançada. Quem argumenta, “além de constituir um raciocínio logicamente aceitável e persuasivo, preocupa-se em enunciá-lo com elementos lingüísticos, de conteúdo e de forma, que facilitem a aceitação do interlocutor sobre a tese que procura fazer valer”<sup>88</sup>.

Muitas vezes, o julgador, ao invés de restringir-se à construção de fundamentos que conferem motivação ao *decisum*, acaba convencendo-se por fatores muito diversos daqueles que enumera, passando ao exercício de uma atividade argumentativa, na medida em que pretende, também, convencer as partes. Eis o questionamento levantado por Alf Ross e a mencionada “fachada de justificação”<sup>89</sup>.

Robert Alexy, com o escopo de sustentar uma teoria da argumentação jurídica racional busca na obra **Teoria da Argumentação Jurídica** definir critérios que se imponham ao discurso jurídico quando da existência de questões valorativas em debate, onde a tarefa do aplicador do Direito possa ser, por ela, beneficiada, como sustentáculo à sua própria atividade.

Assevera, invocando constatação de Karl Larenz, que “ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das normas jurídicas não é senão uma subsunção lógica às premissas maiores, abstratamente formuladas”<sup>90</sup>. E prossegue afirmando que “essa constatação de Karl Larenz caracteriza um dos poucos pontos em que há unanimidade dos juristas na discussão da metodologia contemporânea”. Atesta que em um grande número de casos, a decisão jurídica que põe fim a uma disputa

86. CHIVARRIO, Mário. In: FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**, apud RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 40.

87. GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 169.

88. RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 256.

89. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 182.

90. K. LARENZ, **Methodelehre der Rechtswissenschaft**, 3ª ed., Berlim/Heidelberg/Nova York, 1975, p. 154, apud ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Laudy, 2005, p. 33.

judicial, a qual se encontra disposta em um enunciado normativo singular, “não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devem reconhecer como verdadeiros ou provados”<sup>91</sup>.

Acrescenta Alexy:

“Quando ocorre de um caso singular não se seguir logicamente nem das normas pressupostas nem dos enunciados solidamente fundamentados de um sistema qualquer (juntamente com enunciados empíricos), nem poder ser fundamentada definitivamente com a ajuda das regras da metodologia jurídica, então resta ao intérprete um campo de ação em que tem de escolher entre várias soluções, a partir de normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados de sistemas jurídicos não determinados ulteriormente.

É essa escolha feita pelo intérprete que determina qual enunciado normativo singular é afirmado (por exemplo, em uma investigação da Ciência do Direito) ou é ditado como enunciado[...]. Na base de tal ação de preferir está, contudo, a enunciação da alternativa eleita como melhor em algum sentido e, portanto, uma valoração ou juízo de valor”<sup>92</sup>.

Humberto Ávila, em **Teoria dos Princípios**, por sua vez, evidencia a necessidade de justificação, pelo aplicador, na eleição de regras e princípios, observando existirem diferenças no que tange à fundamentação de ambos. Ressalta que a interpretação e a aplicação das regras exigem uma “avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, ao passo que a interpretação e a aplicação dos princípios demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária”<sup>93</sup>.

Atesta, Ávila, que o “ônus argumentativo”, no que tange à aplicação das regras é menor do que nos princípios, e que isto se dá porque “a descrição normativa serve, por si só, como justificação”. Entretanto, afirma que se a construção conceitual do fato, embora corresponda à construção conceitual da descrição normativa, “não

91. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**. São Paulo: Laudy, 2005, p. 33.

92. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 33.

93. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003, p.73.

se adequar à finalidade que lhe dá suporte ou for superável por outras razões, o ônus argumentativo é muito maior. São os chamados *casos difíceis*”<sup>94</sup>.

Sobre o tema, Ávila destaca:

“Quando há uma divergência entre o conteúdo semântico de uma regra (por exemplo, proibição da entrada de cães em veículos de transporte) e a justificação que a suporta (por exemplo, promover a segurança no trânsito), o intérprete, em casos excepcionais e devidamente justificáveis, termina analisando razões para adaptar o conteúdo da própria regra. Nessa hipótese, a investigação da finalidade da própria norma (*rule's purpose*) permite deixar de enquadrar na hipótese normativa casos preliminarmente enquadráveis. Isso significa – para o que aqui interessa – que é preciso ponderar a razão geradora da regra com as razões substanciais para seu não-cumprimento, diante de determinadas circunstâncias, com base na finalidade da própria regra ou em outros princípios. Para fazê-lo, porém, é preciso fundamentação que possa superar a importância das razões de autoridade que suportam o cumprimento incondicional da regra”<sup>95</sup>.

Ronald Dworkin<sup>96</sup> demonstra de forma esclarecedora, na obra **O Império do Direito**, a essência argumentativa da própria prática das lides forenses. E partindo dessa premissa, passa a estudar o argumento jurídico formal sob o ponto de vista do juiz, justificando que “o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica”.

Theodor Viehweg, em sua *Topik und Jurisprudenz*, resgata da “Tópica”, modelo da retórica antiga que remonta a Aristóteles e Cícero, uma nova forma de pensar a estrutura da Jurisprudência e acompanhar seu desenvolvimento histórico desde a antiguidade clássica até a idade contemporânea, com as atualizações realizadas pela lógica, lingüística e pela teoria da comunicação<sup>97</sup>.

O autor supramencionado procura um novo ângulo de observação que foge à lógica formal no que tange à fundamentação jurídica, a qual se encontrava, à época, completamente aprisionada à influência dos modelos matemáticos, buscando a possibilidade do sustento de uma discussão racional mesmo quando não se puder lidar integralmente com os meios dedutivos<sup>98</sup>.

94. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p.74.

95. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p.74.

96. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 17.

97. ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 14-15.

98. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 26-27.

Encontra, Viehweg, na tópica, conceituada por ele como “uma técnica de pensar por problemas”, e na retórica, a tentativa de encontrar e fundamentar outros parâmetros de racionalidade, fundados no discurso e na discutibilidade, reabilitando-se a filosofia prática e a própria idéia de racionalidade para além da exigida pelas ciências naturais<sup>99</sup>.

Assim, entende Viehweg tornar-se necessária a avaliação de questões teóricas também sob o ponto de vista cujos argumentos são apresentados, além do auditório a que são dirigidos, sendo, o conhecimento, o resultado de uma interação desse contexto. E é justamente nesse ponto que a antiga tradição retórica e, em especial, a tópica, podem ser buscadas, no dizer de Cláudia Rosane Roesler, “para esclarecer de onde os intervenientes numa discussão buscam suas premissas e seus posicionamentos e como seu papel como interlocutores está permeado de deveres éticos e pela sua inserção num determinado contexto”<sup>100</sup>.

Roesler afirma, ainda, que o ponto central da investigação de Viehweg, qualificado pelo mesmo como “aporia”, constitui-se na questão “do que é justo aqui e agora”, decorrendo daí que “a Jurisprudência, na medida em que possui como problemática fundamental a aporia da justiça, não consegue reduzi-lo a um princípio seguro e fecundo e por isso não consegue sistematizar-se”. Esclarece:

“Assim, sua estrutura deve ser a de uma discussão problemática, o que significa dizer que ela não pode abrir mão da tópica como técnica de discussão de problemas. Nesse caso, é necessário lidar com a discussão como único mecanismo de controle da fixação de opiniões. Configurar o que seja a discutibilidade do modo mais claro possível é a tarefa central”<sup>101</sup>.

Paulo Roberto Soares Mendonça<sup>102</sup> afirma ser inegável a proximidade entre a tópica jurídica e as concepções argumentativas sobre o Direito. E que ao defender o raciocínio jurídico fundado na solução dos problemas, “a tópica nada mais está fazendo do que ressaltar o papel da argumentação, na formulação das instituições do direito”. Acrescenta o mesmo autor que “a prática do direito adquire grande importância, porque o aspecto pragmático da linguagem jurídica irá exatamente ter a sua maior expressão na atividade dos tribunais, que é voltada essencialmente à busca de soluções para os casos concretos”.

99. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 30-31.

100. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 44.

101. ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 212.

102. MENDONÇA, Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 217.

É de grande relevo a contribuição de Mendonça no exame do papel das cortes superiores brasileiras, na obra **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**<sup>103</sup>, quando procede à análise de votos emitidos pelos Ministros, em vários acórdãos.

Invocando Habermas, Mendonça afirma que “as decisões dos tribunais superiores resultam de uma grande costura entre os argumentos trazidos pelas partes litigantes, precedentes judiciais e imperativos de razoabilidade e congruência entre fatos e normas jurídicas em vigor”<sup>104</sup>. Acrescenta:

“Uma decisão que fosse em princípio absolutamente justa, mas contrariasse as premissas fundantes de determinado ordenamento jurídico, comprometeria a estabilidade institucional do sistema normativo. Por outro lado, uma decisão absolutamente compatível com certos axiomas do sistema jurídico, mas que resultasse em uma solução pouco razoável em face do problema analisado, afetaria a credibilidade social da instituição judiciária, ocasionando, da mesma forma, uma crise de confiabilidade e segurança do sistema. Exatamente em função disso, a prática decisória dos tribunais superiores reveste-se de imensa importância não apenas para a estabilidade do ordenamento jurídico, mas também para a própria preservação do princípio democrático, que tem hoje uma abrangência muito mais ampla do que a do processo político-eleitoral.”<sup>105</sup>

A motivação das decisões judiciais representa o discurso que o órgão judicial emite ao seu auditório, que deve conciliar exigências legais, com o espírito do sistema e com a análise das repercussões da decisão tomada”<sup>106</sup>.

Nesse contexto, é de se concluir sobre o reconhecimento, pela doutrina contemporânea, de que as decisões judiciais necessitam de um instrumental argumentativo indispensável à fundamentação jurídica, o que está na imediata diretiva de concretização da justiça no moderno Estado democrático de Direito e na efetivação de valiosos princípios constitucionais.

#### **4.2. Ponto de encontro entre a doutrina de Alf Ross e Chaïm Perelman: a argumentação na administração da justiça**

Inicialmente, cabe mencionar que Alf Ross enfrenta a questão da administração da justiça, na obra retromencionada, após enfatizar os problemas que dizem

103. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada.

104. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, v. 1, op.cit., p.294, *apud* MENDONÇA, Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 291.

105. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Cit., p. 98. BOBBIO, Norberto, **Democracia Representativa e Democracia Direta**, in: **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**, tradução de Marco Aurélio Nogueira, 3. ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1996 (orig. 1984), P 41-64, *apud* MENDONÇA, Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 292.

106. PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 284, *apud* MENDONÇA, Roberto Soares. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 292.

respeito aos aspectos sintáticos, lógicos e semânticos, numa introdução ao método jurídico de interpretação, cujos pilares estão calcados em fundamentos lingüísticos indispensáveis à compreensão do texto legal.

Os problemas que concernem à conexão das palavras na estrutura da frase chamam-se, segundo Ross, de “problemas sintáticos de interpretação”. O significado de uma expressão depende, assim, da ordem das palavras no período, além da maneira em que se acham conectadas<sup>107</sup>.

Já os problemas lógicos são aqueles que se referem às relações de uma expressão com outras expressões dentro de um contexto, destacando-se, pois, a “inconsistência, a redundância e as pressuposições”<sup>108</sup>.

Quanto aos problemas semânticos, Ross os define “como aqueles que se referem ao significado das palavras individuais ou das frases”. Diz que o importante não é verificar o sentido individualizado das palavras ou o seu significado lingüístico natural, mas sim, “a expressão como um todo”, que se encontra situada no texto legal<sup>109</sup>.

Mas como são resolvidos esses problemas na administração da justiça, na concepção de Ross?

Importante registrar que o jusfilósofo não se preocupa em formular uma metodologia que estabeleça “como devem ser resolvidos esses problemas na administração da justiça”, mas procura descrever como ocorre na prática a interpretação jurídica. É o que se dessume de sua obra **Direito e Justiça**, em exame.

Dessa forma, o ponto de partida de sua teoria é que a tarefa do juiz é um “problema prático”, ou seja, o magistrado deverá decidir se utilizará ou não força contra o demandado<sup>110</sup>.

Nesse momento, faz-se importante o conhecimento dos fatos, no caso concreto, o conteúdo das normas, mas não se pode esquecer que a decisão judicial é um “ato de vontade”, diz Ross. E, como decisão deliberada, surge de um substrato da consciência constituído por dois componentes: “1º) um motivo que concede à atividade sua direção na busca de uma meta e 2º) certas concepções operativas, isto é, elementos cognitivos que dirigem a atividade rumo a tal meta”<sup>111</sup>.

107. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 151.

108. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 157.

109. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 164.

110. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 166.

111. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 166.



Diverge, assim, da mecânica ditada pela teoria positivo-mecanicista quanto à administração da justiça. Ali, o juiz não valora nem determina sua postura ante a possibilidade de interpretações diferentes, conduzindo-se como um autômato. Ajusta-se tão somente à lei, e sua função se limita a um ato que se subsume na compreensão do significado da norma, comparando sua descrição ao caso concreto.

Conforme Ross, a interpretação da lei, pelo juiz, é um ato de “natureza construtiva” e não um ato de puro conhecimento, pois seus motivos não podem ser reduzidos ao desejo de acatar uma determinada diretiva. Sustenta que o magistrado é um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, e que por trás da decisão tomada encontra-se a sua personalidade. Acrescenta que mesmo quando a obediência ao direito (“consciência jurídica formal”) está profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, o mesmo não poderá enxergar esse fator como o único aceitável. Toma as decisões que julga serem aquelas corretas, consoante o espírito da tradição jurídica e cultural. Aos olhos do juiz, assevera, “a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões ou valorações que denominamos tradição cultural”<sup>112</sup>.

Nas palavras do autor:

“Sob o nome de consciência jurídica material essa tradição vive no espírito do juiz e cria um motivo passível de entrar em conflito com a consciência jurídica formal e sua exigência de obediência ao direito. A crítica do juiz pode dirigir-se assim contra a decisão no caso específico, que ele sente como injusta, não obstante aprove a regra; ou pode dirigir-se contra a própria regra. A crítica pode surgir na consciência do juiz como uma reação emocional espontânea; ou resultar de uma análise consciente dos efeitos da decisão, realizada em relação a padrões pressupostos. Em todos esses casos, essas atitudes atuam participativamente na mente do juiz, como um fator que motiva a sua decisão. Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como correta, mas também como justa ou socialmente desejável. Se a divergência entre a consciência jurídica formal e a material exceder certo limite, pode até ser que o juiz prescindir de restrições obviamente impostas pelas palavras ou pela intenção do legislador. Sua interpretação construtiva, neste caso, não se reduz a buscar uma maior precisão, mas retifica os resultados alcançados por uma interpretação da lei que simplesmente averiguasse o que esta significa.

Pode-se assim dizer que a administração da justiça é o resultante de um paralelogramo de forças no qual os vetores dominantes são a consciência jurídica formal e a consciência jurídica material. A decisão obtida é determinada pelo efeito combinado da interpretação cognoscitiva da lei e da atitude valorativa da consciência jurídica”<sup>113</sup>.

112. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 168.

113. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 168.

No entendimento de Ross, não se pode limitar a atividade valorativa às ocasiões onde ela se manifesta como um “desvio do resultado a que conduziria uma interpretação meramente cognoscitiva da lei”. Atesta que a consciência jurídica material está presente em todas as decisões. E caso os postulados político-jurídico-morais de sua consciência jurídica levem o juiz a considerar que a decisão é inaceitável, ele poderá, mediante uma “argumentação adequada” optar por outra via de solução<sup>114</sup>.

Ademais, assegura Ross, administrar justiça é muito mais do que interpretar a lei. Atesta que esse “uso lingüístico” (interpretar) tem por objetivo ocultar a função criadora do juiz. Preserva-se, pois, a aparência de que o magistrado não passa de um mero porta-voz da lei. E embora “o juiz não admita abertamente que deixa o texto da lei de lado”, diz Ross, “graças a uma técnica de argumentação que desenvolvida como ingrediente tradicional da administração da justiça, o juiz aparenta que por meio de várias conclusões, sua decisão pode ser deduzida da verdadeira interpretação da lei”<sup>115</sup>.

Ross evidencia, em acréscimo, os chamados “fatores pragmáticos na interpretação”.

Os fatores pragmáticos na administração da justiça, conforme Ross os define, são “considerações baseadas numa valoração da razoabilidade prática do resultado apreciado em relação a certas valorações fundamentais pressupostas” e devem ser analisados em contraposição com os fatores puramente lingüísticos. Os últimos, atesta, encontram-se envolvidos pela “razoabilidade prática do resultado”, ocorrendo, desse modo, o que se pode chamar de uma interpretação entendida sob a forma do “senso comum”<sup>116</sup>.

Alf Ross prossegue em seu raciocínio, aduzindo, entretanto, que no estudo a que se propôs (**Direito e Justiça**) vai se ocupar somente da investigação dos “fatores pragmáticos superiores”, deixando de lado os fatores pragmáticos implícitos no simples “senso comum”. Atesta que os fatores pragmáticos superiores “assomam como deliberações a respeito das conseqüências que uma certa interpretação acarretará, estimadas e mutuamente ponderadas à luz de valores fundamentais” ou “argumentos baseados em considerações práticas (razão)”<sup>117</sup>.

114. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 169.

115. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 169.

116. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 175.

117. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 175.

Ross exemplifica, na seqüência, as possíveis valorações a serem consideradas na interpretação pragmática, como “os efeitos sociais previsíveis, a acuidade técnica da interpretação e sua concordância com o sistema jurídico e as idéias culturais que servem de base a esse sistema”, não se confundindo com a “interpretação teleológica”, que busca, apenas, o sentido que o legislador quis lhe conferir<sup>118</sup>.

Alf Ross prossegue sua exposição, aduzindo que, de acordo com o resultado da interpretação comparado com os significados lingüísticos naturais do texto, a interpretação pragmática pode ser especificadora, restritiva ou extensiva. A primeira ocorre quando as considerações pragmáticas são decisivas para a eleição entre várias interpretações, “todas elas possíveis e razoáveis dentro do significado lingüístico natural do texto”. A interpretação restritiva tem lugar quando as considerações pragmáticas excluem a aplicação de uma regra que conforme o sentido lingüístico natural seria aplicável. E, por fim, define a interpretação extensiva como aquela que se constitui de uma “analogia”<sup>119</sup>.

Ross sustenta, a seguir:

“O papel criador desempenhado pelo juiz na administração da justiça, ao definir com mais precisão ou retificar a diretiva da lei, manifesta-se raramente. Comumente o juiz não admite que sua interpretação tenha esse caráter construtivo, mas, por meio de uma técnica de argumentação procura fazer ver que chegou a sua decisão objetivamente e que esta é abarcada pelo significado da lei ou pela intenção do legislador. Cuida de preservar ante seus próprios olhos, ou, pelo menos, ante os olhos dos demais a imagem examinada no § 28, ou seja, que a administração da justiça é somente determinada pelo motivo da obediência ao direito, em combinação com uma percepção racional do significado da lei ou da vontade do legislador.

Uma vez os fatores de motivação combinados – as palavras da lei, as considerações pragmáticas, a avaliação dos fatos – tenham produzido seu efeito na mente do juiz e o influenciado a favor de uma determinada decisão, uma fachada de justificação é construída, amiúde discordante daquilo que, na realidade, o fez se decidir da maneira que decidiu”<sup>120</sup>.

Alf Ross destaca que se o juiz desejar tomar uma decisão que se situa na zona duvidosa da regra ou que possa ser, inclusive, contrária ao significado lingüístico natural, “buscará apoio para o resultado desejado onde quer que possa encontrá-lo”. Pode ser no relatório da comissão dos redatores da lei, se esta puder oferecer apoio a sua tese, senão, ele o ignorará. Não havendo outra possibilidade de jus-

118. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 177.

119. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 180.

120. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 181-182.

tificação ao juiz, poderá recorrer a meros postulados relativos à suposta intenção do legislador, “presumindo, simplesmente, que é forçoso ter ele desejado o que é desejável para o próprio juiz”<sup>121</sup>.

E mais: afirma Ross que o segredo dessa técnica de argumentação consiste justamente em não haver critério que indique qual regra de interpretação deverá ser empregada. Certifica:

“Essas técnicas de argumentação são recursos integrantes do equipamento de todo o jurista experimentado. Ele tem que saber como justificar tecnicamente, mediante argumentos interpretativos, a solução jurídica que considera justa ou desejável. Seria, porém, um erro aceitar os argumentos técnicos como se fossem as razões verdadeiras. Estas devem ser buscadas na consciência jurídica do juiz ou nos interesses defendidos pelo advogado. A função dos métodos de interpretação é estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, os quais determinam a área de soluções justificáveis.

As máximas de interpretação variam de um país para outro. Em todo o lugar, contudo, exibem características idênticas, fundamentalmente: são conjuntos não sistemáticos de frases atraentes (via de regra cunhadas sob forma de brocados) e de significado impreciso, passíveis de ser manejadas de tal maneira que conduzam a resultados contraditórios. Como não existem critérios objetivos quando se deve aplicar esta ou aquela máxima, elas proporcionam um largo espectro no qual o juiz possa atingir um resultado julgado por ele desejável”<sup>122</sup>.

Sustenta, Ross, em acréscimo, que as máximas de interpretação não são regras efetivas, são, porém, meros implementos de uma técnica que, dentro de certos limites, habilita o juiz a atingir a conclusão que acredita ser desejável, nas circunstâncias do caso concreto, preservando, ainda, a ficção de que está tão somente obedecendo a lei e os princípios objetivos de interpretação.

Afirma o jusfilósofo que este é um problema interessante para ser pesquisado pela psicologia social no sentido de se determinar o porquê de desejar-se ocultar o que ocorre, realmente, na administração da justiça, parecendo-lhe um fenômeno universal simular que esta se constitui de uma simples dedução lógica de regras jurídicas, sem apreciação valorativa por parte do magistrado. Arrisca, ainda, aduzir, que “sem uma profunda investigação de psicologia social”, não ousaria, sequer, negar que é provável que essa ficção tenha, inclusive, efeitos socialmente benéficos<sup>123</sup>.

121. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 182-183.

122. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 183-184.

123 ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 185.

Portanto, para motivar sua decisão, muitas vezes dissonante do arsenal legiferante estatal, o magistrado, na concepção de Ross, deverá recorrer a técnicas argumentativas que sejam suficientes para a justificação decisória. É, assim, justamente nesse ponto que a doutrina de Ross é complementada pela teoria da argumentação de Chaïm Perelman.

Sobre a motivação das decisões judiciais, manifesta-se em *Ética e Direito*, Chaïm Perelman, em termos semelhantes ao do professor dinamarquês: “quando a aplicação estrita da letra da lei dá azo a conseqüências inaceitáveis, porque iníquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do Estado, tentar-se-á, por todos os meios, chegando até a ficção jurídica, evitar essas conseqüências desarrazoadas”<sup>124</sup>.

O mestre da Universidade de Bruxelas cita, na mesma obra, alguns julgamentos célebres, onde foi necessária uma decisão contrária a uma lei vigente, com o escopo de evitar-se sentenças injustas, editadas em contraposição à admissibilidade do meio social em que estão inseridas, sendo juridicamente inaceitáveis. Senão, ilustra-se na seqüência.

Assevera que a Corte de Cassação da França, em acórdão de 15 de julho de 1901, recusou-se a aplicar os arts. 552 e seguintes do Código Civil no seguinte caso: “quando um proprietário ergue na beira de seu terreno uma construção que invade ligeiramente a propriedade do vizinho, este poderia, em virtude do art. 555, reivindicar a integralidade de seu terreno e obter a destruição do imóvel”; entretanto, se a construção for grande e a invasão pequena, a aplicação estrita do art.555 poderia ser concebida como “chocante e pouco eqüitativa, no dizer de Perelman, e, desse modo, passou a Corte a contentar-se em conceder, ao proprietário, apenas, uma indenização pela perda da parcela de seu terreno. Transcreve, assim, o que afirmou Fr. Gorphe: “Todas as vezes que as conseqüências das regras estritas parecem ir além da medida [tornar-se desarrazoadas], tenta-se descartá-las apelando para princípios mais justos”<sup>125</sup>.

Cita, Perelman, também, o caso cuja regulação encontra-se no art. 191, do Código Civil, onde se permitia ao Ministério Público intentar uma ação contra todo o casamento que não fosse celebrado pelo “oficial público competente”. Relata que por volta de 1900, na Prefeitura de Montrouge, o oficial do registro civil que, na ausência do prefeito, havia casado uma série de jovens era um oficial adjunto, mas “não era o adjunto mais próximo na ordem do quadro dos adjuntos

124. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 432.

125. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 433.

presentes”. A lei municipal precisava que o prefeito poderia delegar expressamente seus poderes a um adjunto ou a um conselheiro municipal de sua escolha e, à minguia de delegação especial, era exatamente a ordem do quadro que definia a competência. Assim, impedido o prefeito, era o primeiro adjunto que deveria fazer o casamento. Impedido o primeiro adjunto, passaria, o múnus, ao segundo adjunto, e daí por diante. Nesse caso específico, os casais haviam sido unidos pelo terceiro adjunto e não pelo segundo, como determinava a lei. Desta maneira, o promotor propôs uma ação anulatória de todos esses casamentos. Assim, “os esposos passaram a ser concubinos e os filhos havidos da união tornaram-se bastardos”, e o processo tramitou até a Corte de Cassação que, “bem inspirada”, no dizer de Perelman, “declarou que as coisas deveriam ficar como estavam”, voltando, os casamentos a ser legítimos. E, para prolatar semelhante sentença, a Corte recorreu a uma “ficção jurídica” ao criar a noção de “funcionário de fato”. Transcreve as palavras de Rivero:

“Um indivíduo, por causa de circunstâncias que podem ser muito diversas, foi levado durante certo lapso de tempo a exercer uma função pública. Todos aqueles que tiveram trato com ele acreditaram, de boa fé, na regularidade de sua investidura. No entanto, ele não era funcionário e nenhum de seus atos apresentava, no direito, o menor valor. Essa qualidade que ele não tinha realmente, o juiz lhe atribui ficticiamente, e trata como se emanassem de um verdadeiro funcionário algumas de suas decisões que interessam administrados de boa fé”<sup>126</sup>.

Por fim, Perelman menciona o seguinte caso: “durante a Primeira Guerra Mundial, a Bélgica fora quase inteiramente ocupada pelos exércitos alemães. Como o Rei e o governo belga estavam no Havre, o poder legislativo era exercido pelo Rei sozinho, sob a forma de decretos-leis”. Depois da guerra, entretanto, esses decretos-leis tiveram a constitucionalidade contestada, na assertiva de que violavam o art. 26 da Constituição. Isto, porque esse dispositivo enunciava que o poder legislativo se exercia coletivamente pelo Rei, pela Câmara dos Representantes e pelo Senado. Também o art. 130 rezava expressamente que a “Constituição não poderia ser suspensa em seu todo nem em parte”. Mas a Corte de Cassação da Bélgica prolatou, em 11 de fevereiro de 1919 (*Pas.*, 1919, I, p. 8) um famoso aresto declarando os decretos-leis conforme à Constituição, em face da primazia concedida aos “axiomas de direito público” que deveriam permitir à Bélgica exercer sua soberania. Assim, decidiu: “não tendo esta nunca sido suspensa, devendo a Bélgica ser governada, implicando o governo um poder legislativo, estando a Câmara dos Representantes e o Senado impossibilitados de reunir-se, cumpria que o Rei pudesse legislar sozinho”<sup>127</sup>.

126. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 434.

127. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 434-435.

É justamente em casos como os mencionados que poderão ser utilizadas, pelos juízes, as chamadas técnicas argumentativas, de Chaïm Perelman. Entram em cena quando os julgadores precisam justificar, conforme o Direito, suas decisões, sem atrelar-se à metodologia simplista do positivismo jurídico.

Aqui, a título ilustrativo, examinar-se-á o primeiro caso mencionado, à luz da Teoria da Argumentação de Perelman e de suas técnicas específicas.

Vê-se que no primeiro caso descrito supra, foi, sem qualquer sombra de dúvidas, aplicada a “regra de justiça”, que consta da “Teoria da Argumentação”, de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca<sup>128</sup>.

*In verbis:*

“A regra de justiça requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou a situações que são integrados numa mesma categoria [...]”.

Para que a regra constitua o fundamento de uma demonstração rigorosa, os objetos aos quais ela se aplica deveriam ser idênticos, ou seja, completamente intercambiáveis. Mas, na verdade, isso nunca acontece. Os problemas sempre diferem em algum aspecto, e o grande problema, o que suscita a maioria das controvérsias, é decidir se as diferenças constatadas são ou não irrelevantes ou, em outros termos, se os objetos não diferem pelas características que se consideram essenciais, isto é, os únicos a serem levados em conta na administração da justiça”.

Ora, ao considerar a Corte de Cassação da França que o mesmo dispositivo de lei aplicava-se a casos que abrigavam conseqüências bastante divergentes e pouco eqüitativas, entendeu por bem deixar de aplicá-lo quando a invasão era de pequena monta e grande a construção. Soube, assim, proceder com acerto à constatação da relevância das diferenças entre uma situação e a outra. Aqui, a “regra de justiça” reclamava um tratamento diferenciado.

Também a “técnica de dissociação das noções” foi, pela Corte, utilizada, no mesmo caso, com o escopo de dar ao episódio específico uma solução independente dos demais que se enquadravam no texto do dispositivo 552 e seguintes do Código Civil Francês. Trata-se da “ruptura de ligação e dissociação”, aposta no § 89 da obra citada.

Nas palavras de Perelman:

“Mostrar-se-á notadamente, que uma ligação que fora considerada aceita, que fora presumida ou desejada, não existe, porque nada permite constatar ou

128. PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTES-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 248.

justificar a influência que certos fenômenos examinados teriam sobre aqueles que estão em causa e porque, em conseqüência, é irrelevante levar-se em consideração os primeiros [...].

A técnica de ruptura de ligação consiste, pois, em afirmar que são indevidamente associados elementos que deveriam ficar separados e independentes. Em contrapartida, a dissociação pressupõe a unidade primitiva dos elementos confundidos no seio de uma mesma concepção, designados por uma mesma noção. A dissociação das noções determina um remanejamento mais ou menos profundo dos dados conceituais que servem de fundamento para a argumentação. Já não se trata nesse caso, de cortar os fios que amarram elementos isolados, mas de modificar a própria estrutura destes”<sup>129</sup>.

Demonstra-se, assim, que Alf Ross e Chaïm Perelman, cada um por sua via, buscam concretizar a administração da justiça com o instrumental fornecido através das técnicas de argumentação. O primeiro, na direção de seu realismo empírico, afirma que o juiz utiliza diversos fatores de motivação que, combinados (palavras da lei, considerações pragmáticas, avaliação dos fatos) levam-no a tomar uma decisão. Mas que em face do quanto elaborou mentalmente, vai construir uma “fachada de justificação discordante do que, na realidade, o fez decidir da maneira que decidiu”<sup>130</sup>. E para tanto, com a finalidade de fundamentar a escolha realizada, utilizar-se-á de técnicas argumentativas. Perelman, por sua vez, aposta que as decisões respaldadas em aplicação estrita dos artigos de lei, inclusive da Carta Magna, que parecem desarrazoadas em face de circunstâncias imprevistas, devem ser restringidas com a utilização da “equidade”<sup>131</sup>. Da mesma forma, serve-se das técnicas argumentativas, com o escopo de justificar a eleição de uma alternativa considerada “justa”.

Ross assevera, em acréscimo, que, durante séculos, também a teoria política “tem marchado sob o estandarte do absolutismo filosófico e do racionalismo”. E que o problema da ação no campo da política vem sendo relacionado com a discussão política no sentido de determinar-se “qual é a ação correta”, sob a luz de “princípios racionais”. Assim, as ideologias políticas também vêm sendo aceitas como verdades racionais e a argumentação de política jurídica encontra-se, desta forma, respaldada em deduções sobre verdades eternas da justiça e do direito natural<sup>132</sup>.

129. PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTES-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 467-468.

130. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 182.

131. PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 435.

132. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 374.



Atesta Ross: “provavelmente, sob essa roupagem metafísica sempre estiveram ocultos pensamentos mais ou menos imperfeitos baseados numa concepção operativa da realidade sobre uma base empírica”. E foi somente nas últimas gerações, argüi Ross, que se tentou dar à discussão política uma base científica, embora tenha lhes faltado “suporte metódico numa teoria básica da natureza da argumentação prática, de sua função e de sua mecânica”. Nesse diapasão, Ross afirma que a discussão política não se dá no campo da lógica, pois não se trata de provar verdades, mas sim, “no plano psicológico-técnico”<sup>133</sup>.

Sustenta, assim, Alf Ross, a tese do reconhecimento de uma disciplina intitulada “Retórica”, que desempenhou importante papel na antiguidade clássica, mas que foi deixada de lado com Descartes. Explica deprender-se dos **Tópicos** e da **Retórica** de Aristóteles, ser, a Retórica, “um amplo estudo da técnica que se deve empregar para obter-se o apoio dos outros, mediante uma ação adequada sobre seus pensamentos e espíritos”. E ressalta ser este o objetivo do político prático e do político teórico, contrariamente ao que os racionalistas certificam no sentido de que essa prática levaria ao “cinismo”. E explana: “essa técnica só se torna cínica se for exercida sem o respeito à verdade e os ideais humanistas de nossa civilização. A tarefa da ciência é, precisamente, fomentar a argumentação política com o maior respeito possível pela verdade. Charles L. Stevenson e Ch. Perelman, entre outros, contribuíram para a fundamentação de uma nova retórica”<sup>134</sup>.

De ver-se, assim, o reconhecimento de Alf Ross à Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman, como efetivo instrumento a ser utilizado na ciência política e nas lides forenses. Sustenta serem, pois, as técnicas de argumentação, os recursos indispensáveis do jurista, e aduz que seria um erro aceitar os argumentos técnicos como razões verdadeiras, porque elas se encontram de fato na “consciência jurídica do juiz”.

## 5. CONCLUSÃO

Conforme bem se expressa Victor Gabriel Rodrigues, em **Argumentação Jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal**, os argumentos são “os caminhos, os trilhos da articulação e da aplicação do direito”. Toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada e, para tanto, deve ser construído um raciocínio argumentativo. A argumentação é a prática e a dinâmica do Direito, o que há de “mais ágil e concreto” na realização da Justiça<sup>135</sup>.

133. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 374.

134. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 374.

135. RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.

Chaïm Perelman inicia a sua obra **Teoria da Argumentação. A nova retórica**, deixando bem claro que as características intrínsecas da argumentação e dos problemas inerentes ao seu estudo devem ser amplamente contrapostos à concepção clássica de demonstração e, especialmente, à lógica formal que se limita aos meios de prova demonstrativos<sup>136</sup>.

Dessa maneira, é importante registrar que um ato de decisão não é idêntico a um ato de demonstração. O segundo tem sua raiz no raciocínio exato, que possui apenas uma resposta; entretanto, o primeiro é o resultado de uma controvérsia que pode abrigar discursos antagônicos, sem que qualquer deles possa ser qualificado como certo ou errado, porém, verossímeis, cabendo ao julgador à escolha daquele que corresponde ao seu real convencimento.

Ademais, não está, a racionalidade da decisão, subjugada ao estrito limite do exame das leis postas ou de precedentes (*commun law*), de modo a garantir uma universalidade de soluções idênticas para casos que podem ser qualificados como semelhantes. Ressalte-se que a própria norma possui, via de regra, expressões linguísticas ambíguas, conforme ressalta Ross, que irá conduzi-la a uma interpretação judicial pautada nos valores sociais típicos de uma sociedade, a serem apreciados num determinado contexto histórico (consciência jurídica material).

Assim, o juiz não é apenas um mero aplicador dos ditames da lei, cuja decisão pode ser definida como lógico-dedutiva; porém, realiza uma tarefa social eminentemente “construtiva” do direito que vai além da mera interpretação linguística da norma, reconduzindo-a a todo o ordenamento jurídico, aos precedentes, à doutrina e aos valores constitucionais e sociais, que devem ser perquiridos pelo decurso da história e da conseqüente evolução da sociedade.

Importante, nesse aspecto, o legado de Hans-Georg Gadamer e a sua concepção de “fusão dos horizontes” que se realiza entre o próprio intérprete e a essência do fato que é por ele interpretado. Para Gadamer “compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”<sup>137</sup>. E na hermenêutica jurídica que se realiza, sobretudo, na “aplicação”<sup>138</sup>, afirma que “a idéia de uma dogmática jurídica perfeita, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença como um simples ato de subsunção, não tem sustentação”<sup>139</sup>. Invoca,

136. PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTES-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 15.

137. GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. São Paulo: Vozes, 2005, p. 404.

138. O sentido de aplicação, aqui, pode ser entendido como a aplicação das leis ao caso concreto, que é a atividade por excelência do magistrado.

139. GADAMER, Hans Geor. Obra supramencionada, p. 433.

também, Aristóteles, o qual certifica que toda a lei é geral, não podendo conter em si mesma a realidade prática em toda a sua concreção. E assim se expressa: “a lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas”<sup>140</sup>.

A “Teoria da Argumentação”, de Chaïm Perelman, ajusta-se, nesse viés, com a questão do sentenciar do magistrado, perfeitamente engajado na sociedade em que atua, e sobejamente influenciado pelo meio onde vive, ao fornecer-lhe as ferramentas necessárias à realização de sua mais nobre função: “a motivação de suas decisões de forma racional e equânime”.

Trata-se o magistrado de um “ser humano”, afirma Alf Ross e, como tal, posiciona-se sobre a questão a ser decidida. Miguel Reale Júnior reforça essa idéia ao afirmar que ao presidir a produção das provas, o juiz a valora, e o faz, muitas vezes, no certo momento em que conduz a realização dessa prova. E os argumentos a serem utilizados para motivar a decisão derivam do resultado de um diálogo interior: “do julgador consigo mesmo”.<sup>141</sup>.

A argumentação acerca do fato deve demonstrar “fazer sentido”, ser a “hipótese considerada mais plausível, o que se realiza mediante justificação de todas as circunstâncias que integram determinado dado da realidade, mesmo porque a reprodução narrativa só é possível por se admitir que a realidade na qual se vive é dotada de racionalidade, de causalidade e intencionalidades explicáveis”. Mas o juiz decide de acordo com a sua impressão, a sua subjetividade, “formada por sua maneira de apreender e de avaliar os fatos”, não por deduções meramente demonstrativas<sup>142</sup>.

Mas tal subjetividade, desnudada por Ross, e que se concretiza através da “Teoria da Argumentação”, de Perelman, não pode ser tida como negativa ou como uma forma de se permitir a ocorrência de insegurança jurídica. Ao contrário, eleva o Direito, desvencilhando-o das algemas positivistas, buscando incessantemente alcançar a Justiça, perfilhando a concretização dos mais sublimes direitos

140. \_\_\_\_\_. Obra supramencionada, p. 419.

141. REALE JÚNIOR, Miguel. **Razão e Subjetividade no Direito Penal**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, volume 0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.231.

142. RENTERÍA DIAZ, Adrián. **Il labirinto della giustizia, giudice, discrezionalità, responsabilità**. Milão: FrancoAngeli, 2000, p. 79, *apud* REALE JÚNIOR, Miguel. **Razão e Subjetividade no Direito Penal**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, volume 0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 231-232.

humanos. Sem dúvida que para sermos racionais, como já disse MaCormick<sup>143</sup>, precisamos de outras virtudes, tais como o bom senso, a compaixão, a cautela, a prudência, a sabedoria e a noção de humanidade, que precisam ser valorizadas pelo magistrado, na sentença.

O julgador que se afastar, na administração da justiça, desses valores vitais, na construção de suas decisões, estará, por certo, prestando um desserviço à sociedade. E são essencialmente, as técnicas argumentativas, que constituem o instrumental necessário para tornar efetivos esses valores.

Alf Ross, através de seu realismo psico-sociológico reconhece, primeiro, que o juiz é influenciado, em suas decisões, por vários fatores de motivação combinados, quais sejam, as palavras da lei, as considerações pragmáticas, a avaliação dos fatos, etc., o que o leva a tomar uma decisão conforme o resultado dessas influências. Posteriormente, atesta que o magistrado constrói uma “fachada de argumentação discordante daquilo que, na realidade, o fez decidir da maneira que decidiu”, utilizando-se, para tanto, de técnicas de argumentação<sup>144</sup>.

O professor dinamarquês, ao admitir tal interpretação judicial sustenta, assim, que as decisões judiciais são “construtivas” e não derivam pura e simplesmente das fontes de direito organicamente reconhecidas. Leva em consideração que o magistrado está, pois, inserido no organismo social, sofrendo por parte do mesmo consideráveis influências em suas razões ao proferir uma sentença. Daí a necessidade de utilização das técnicas argumentativas, com o desiderato de afastar-se da interpretação lógico-dedutiva de Descartes, fonte inspiradora do positivismo jurídico, que vem sendo reexaminado pela Filosofia do Direito contemporânea.

Nesse aspecto, afina-se com a concepção de Chaïm Perelman, de que somente o discurso jurídico e a devida utilização dos argumentos técnicos poderão servir de ferramenta indispensável para solucionar a *vexata quaestio*. Serve-se, assim, Alf Ross, da “Teoria da Argumentação”, amplamente reconhecida como o marco de importante contribuição à administração da Justiça.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.** São Paulo: Landy, 2005.

143. ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica.** São Paulo: Landy, 2002, p.50.

144. ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** São Paulo: Edipro, 2003, p. 182.

- ALVES, Alaôr Caffé. **Apresentação à Edição Brasileira**. ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, São Paulo: Edipro, 2003.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios. Da definição e aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Editora Campos, 4ª reimpressão, 1992.
- BARZOTTO, Luís Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo. Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. São Leopoldo: Unisinos.
- CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação. Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.
- GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método I**. São Paulo: Vozes, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antônio Scarance. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEMPEREUR, Alain. Apresentação. **Ética e Direito**, *apud* PERELMAN, Chaïm. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. **A Tópica e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERELMAN, Chaïm e TYTECA, Lucie Olbrechts. **Tratado da Argumentação. A Nova Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Lógica Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Razão e Subjetividade no Direito Penal**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, volume 0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Hermenêutica Jurídica na Obra de Alf Ross**. Revista Jurídica da Seção Judiciária da Bahia, Vol. 3, n. 3, Salvador: TRF, 1ª Região, 2004.

RODRIGUEZ, Victor Gabriel. **Argumentação Jurídica. Técnicas de persuasão e lógica informal**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROESLER, Cláudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003.

SCARBI, Adrian. **Clássicos da Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



## XIII A CRISE DO ENSINO JURÍDICO

*Tarsis Barreto Oliveira*

Advogado, Especialista em Metodologia do Ensino Superior pelas Faculdades Integradas Olga Mettig e Mestre em Direito pela UFBA. Professor de Direito Penal das Faculdades 2 de Julho, Facet e Unirb, Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Educacional da Faculdade Montessoriano e do Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Ciências Criminais da Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.

**RESUMO:** Este artigo tem como principal objetivo abordar a crise do ensino jurídico em seus principais contornos, apresentando, além disso, o perfil do professor de Direito e suas concepções a respeito do processo de ensinar. A parte final deste trabalho refere-se a algumas propostas para a superação da referida crise.

**ABSTRACT:** This paper has as its main goal to present the crisis of the juridical teaching in its main outlines, showing also the profile of the

professor of Law and his concepts about the process of teaching. The last part of this paper relates to some proposals for the overcome of this crisis.

**PALAVRAS-CHAVE:** crise do ensino jurídico; perfil do professor de Direito; propostas de superação da crise.

**KEYWORDS:** crisis of the juridical teaching; profile of the professor of Law; proposals for the overcome of the crisis.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O perfil do professor de Direito; 3. Concepção ideológica e prática docente; 4. Caminho para a mudança; 5. O papel da OAB; 6. Propostas para a solução da crise; 7. Conclusão; 8. Referências; 9. Consulta bibliográfica.

### 1. INTRODUÇÃO

Com grande nitidez e perplexidade constata-se a falência do ensino jurídico em nosso país. Esta realidade faz parte de outra muito maior, compreendida na crise de todo o ensino brasileiro, em todas as suas etapas, do ensino fundamental ao superior. Este amplo contexto se aplica aos atuais cursos de Direito, cada vez mais marcados por uma deficiente prática docente e por um ensino cada vez mais estagnado, descontextualizado e não realístico. Esta prática de ensino revela uma visão, na maioria das vezes, alheia às necessárias transformações didáticas e metodológicas exigidas pela educação moderna.



A mudança de paradigmas no ensino jurídico envolve a análise de um grande contexto em que se situa o ensino superior, compreendendo o sucateamento das universidades públicas, a falta de investimento adequado à sua manutenção, a ausência de incentivo à pesquisa, a falta de treinamento e capacitação dos professores, dentre outros graves problemas.

Este ensino jurídico agoniza em décadas de continuísmo e imobilização didática e metodológica. Apesar de alguns avanços, parece ainda resistir em nossos cursos jurídicos uma visão e uma prática dogmático-positivista que oferece a nossos discentes a imposição de um conhecimento absoluto e não reflexivo e, à sociedade, profissionais despreparados para lidar com as mudanças do mundo.

A visão dogmático-positivista dos operadores do direito, muitos dos quais são também professores, promoveu um distanciamento do ensino jurídico de seus fins sociais, estagnando-o em concepções absolutas e auto-suficientes. Este fato, agravado pela falta de compromisso dos profissionais do ensino superior e a má qualidade da Educação em todo o país, levou o ensino jurídico a entraves que, pouco a pouco, começam ser superados, com a quebra dos paradigmas educacionais do ensino e uma busca por alternativas aos modelos existentes.

Falar-se-á, aqui, sobre este “professor de Direito”, seu perfil e concepções metodológicas, bem como seus pontos de similitude e diferenciação com os demais profissionais do ensino. Serão abordadas as deficiências de nosso ensino jurídico, seus contornos e dimensões, o caminho para a mudança, o papel da Ordem dos Advogados do Brasil no processo de transformação do ensino jurídico, bem como as possibilidades de superação da crise em que ele se encontra.

As questões aqui trazidas têm sido objeto de intensa pesquisa e têm levado a profundas discussões no mundo acadêmico e universitário. Destas discussões depende o futuro do ensino jurídico no país e a busca de novos rumos na condução das práticas docentes dos profissionais de Direito de nossas Faculdades.

## 2. O PERFIL DO PROFESSOR DE DIREITO

Povoam as nossas universidades professores de duvidosa didática e de pouco compromisso com a educação. Quando assim falamos, referimo-nos à falta de pesquisa por parte de nossos docentes, à falta de análise e autocrítica no que tange à própria didática e base metodológica, à falta de abertura a novas técnicas de ensino, enfim, de professores que parecem ter “parado no tempo”, a ele se estagnado, ou, recusando-se à mudança, avaliam-se auto-suficientes no compartilhamento do saber. As escolhas dos professores pelas Faculdades de Direito, seja por concurso



público, análise curricular ou convite, parece muitas vezes não levar em conta esses fatores, forçando-nos a pressupor que a titulação, por si só, seja a condição *sine qua non* para o sucesso na atividade da docência.

Qual seria então o perfil deste profissional do Direito?

Não poderia ser outro: comumente possui outra profissão, ocupa cargo público, como juiz, promotor, procurador ou, não raro, milita na advocacia. O cargo de professor é, para ele, uma atividade secundária, já que ocupa a maior parte de seu tempo no desempenho de funções públicas, administrativas ou judiciárias.

Esta realidade, apesar de corroborar para o aumento da qualificação destes profissionais, em função do acúmulo de experiências na vida prática a serem transferidas aos alunos, representando, inclusive, uma elevação do grau de conhecimento quanto à matéria que irá ministrar, na verdade acaba por inviabilizar um adequado comprometimento com o seu papel de educador e o necessário compromisso com a sua prática docente.

Este profissional, apesar de possuir conhecimentos importantes, acaba, em função de uma reduzida dedicação à vida docente, por relegar a segundo plano o seu papel como professor. Neste mister, é preciso lembrar que não se deve levar em conta apenas a boa vontade do profissional, mas, sim, o compromisso de desempenhar suas funções com disciplina, estudo e pesquisa, o que requer, sobretudo, tempo e dedicação na atividade. Fala-se, portanto, na conscientização e tomada de responsabilidades com a profissão.

As razões pelas quais os professores envolvidos em outras atividades são levados a ingressar no quadro de docentes em nossas Universidades são múltiplas: em muitos casos, buscam uma segunda atividade como complemento de renda; um aumento de sua inserção e alcance social. Ainda, buscam prestígio social e reconhecimento público no mundo jurídico.

A busca de outras atividades que não o ensino não é, a princípio, criticável. Do contrário, há de se admitir que contribui, e muito, para a elevação da qualificação de nossos docentes, e, como já dito, para um acúmulo de conhecimentos na vida prática que servirão para aprimorar o domínio do professor sobre a matéria. Entretanto, a prática docente, em si, requer comprometimento, tempo e dedicação próprios a qualquer profissão, o que não ocorre com a maioria dos que decidem ingressar no quadro da docência. Para muitos deles, basta o título para qualificá-los como aptos a ensinar.

Há de se considerar, como já mencionado, que a aproximação com o mundo acadêmico através do ingresso nas Universidades permite a estes profissionais

a possibilidade de ascenderem ainda mais no reconhecimento público em suas respectivas áreas. Não é à toa que muitos deles, apesar de receberem elevados salários em áreas “estranhas” ao ensino, ainda assim ingressam nas Universidades, onde a regra não é uma elevada remuneração dos docentes.

De fato, o ingresso no mundo acadêmico dá acesso a inúmeros mecanismos de ascensão, como a publicação de livros, a captação de clientela, a possibilidade de fazer palestras em todo o país (a maioria de nossos palestrantes está ligada a uma universidade), de terem seus trabalhos mais facilmente publicados, de aparecerem na mídia, de terem contato com profissionais de outros estados e países, dentre outras vantagens.

Se o ensino pode então trazer tantas vantagens, resta-nos perguntar: Por que estes profissionais do ensino não procuram se qualificar como professores? Por que não atuam com a mesma dedicação que exercem em outras áreas? Por que não dedicam parte de seu tempo, como fazem em outras áreas, a pesquisar e ler sobre concepções didáticas e pedagógicas, sobre tendências e descobertas no campo da educação e da pedagogia? Por que, se se propõem a serem reconhecidos no que fazem, não dedicam um tempo mínimo para participar de congressos sobre ensino, mudanças e perspectivas na educação? Estão de fato preocupados com suas imagens, ou pior, com a qualidade da educação que ofertam a seus alunos?

É preciso ressaltar, entretanto, que esta não é uma regra absoluta em nossas Faculdades. Muitos dos professores de Direito ocupantes de cargos públicos ou em exercício na advocacia, malgrado possuírem um tempo curto para um adequado comprometimento com o ensino, dedicam-se com afinco à nobre profissão de ensinar, atuando não só como meros professores, mas como verdadeiros mestres do saber nos cursos jurídicos. Incumbem-se no esforço de fazer suprir a ausência de tempo pelo efetivo e verdadeiro compromisso com o ensinar, devendo-se destacar o trabalho de muitos que, não se contentando com a simples “transmissão de conhecimentos” para os alunos, conseguem engendrar um clima propício à aprendizagem, produzem cientificamente e colaboram para uma boa qualidade no ensino jurídico.

A falta de pesquisa, requisito fundamental na tão falada tríade ensino-pesquisa-extensão, é apenas uma das muitas deficiências de nossos professores. A par da falta de leitura e estudo, não apenas de didática, mas mesmo dos conteúdos jurídicos, constata-se a falta de compromisso desses professores na própria vida universitária, na condução dos destinos de sua própria Faculdade.

Este fato, aliás, é bastante notório no mundo acadêmico. São freqüentes as muitas greves e protestos, marcados pela luta de muitos professores e membros de

colegiados, além da participação ativa dos estudantes, para a melhoria das questões relativas ao ensino. As reivindicações dos professores e alunos nas universidades públicas e privadas, e que assumem importância tão significativa para o destino do ensino em nosso país, parecem não sensibilizar o mundo jurídico acadêmico.

É notória a falta de participação dos estudantes e professores de Direito nesses movimentos. Faz-se a ressalva de que protestos ocorrem no mundo acadêmico jurídico, mas nota-se claramente que nem de longe assumem proporções com outras manifestações e greves organizadas pelos departamentos de outros cursos. É preciso esclarecer que aqui não se busca defender toda e qualquer manifestação, nem se vislumbra pleitear a solução dos problemas encontrados pela greve. O foco em questão é mencionar como é curiosa a reduzida participação dos professores de Direito nesses movimentos.

Não é difícil ocorrerem boicotes, e estes assumem sua feição de oposição à paralisação e mobilização do mundo acadêmico para a solução dos graves problemas encontrados nas universidades. Como explicar?

Parece-nos lógico imaginar que a razão de tal alheamento à luta por mudanças reside no próprio descompromisso que muitos de nossos professores assumem com o ensino. Não que o queiram deliberadamente tê-lo. Não que o desejem, mas, pela falta de envolvimento com a vida universitária (muitos não têm contato com o próprio departamento de que fazem parte), e com as decisões que as cercam, acabam por incentivar a falta de mudanças no ensino jurídico.

Esta falta de compromisso com as mudanças na Educação reflete-se até mesmo na omissão da luta por justos salários. Vale lembrar que a realidade salarial de alguns profissionais que atuam no ensino do Direito é muito diferente da encontrada pela maioria dos professores das outras ciências. Muitos daqueles ocupam grandes cargos públicos, onde recebem elevados salários. Vale dizer, de passagem, merecidos salários, em função da responsabilidade dos cargos que ocupam.

O que aqui se leva em conta é que estes salários não são igualmente justos para a maioria dos professores de nossas universidades. Sendo a melhoria salarial a principal reivindicação dessas greves, é compreensível a razão pela qual poucos professores de Direito a elas aderem. Como muitos deles já perfazem, ao menos, um bom salário, somadas as profissões que ocupam, compreensível é que não se envolvam tanto nas reivindicações por mudanças salariais de seus pares.

Quanto às demais reivindicações, quais sejam, referentes à melhoria das condições de ensino, como a melhoria das instalações, bibliotecas, salas de estudos, dentre outras, observa-se a mesma falta de compromisso com as mudanças. Muitos

professores, por não participarem ativamente da vida universitária, acabam por ficar muito distantes dos reais problemas enfrentados por seus alunos. Teriam os nossos professores de Direito motivação e interesse para pleitearem mudanças?

### 3. CONCEPÇÃO IDEOLÓGICA E PRÁTICA DOCENTE

Quando falamos em prática docente, falamos da metodologia aplicada pelo professor em sala, de técnicas utilizadas e da melhor forma de ministrar as aulas. Falamos, em última análise, de suas buscas epistemológicas e didáticas e de suas concepções a respeito de como os alunos aprendem. Em última análise, a busca constante da melhor forma de dar aula, fornecendo instrumentos para uma aprendizagem ampla e crítica por parte dos alunos. Esta perspectiva, alimentada modernamente por inúmeras concepções metodológicas e técnicas de ensino, vem ocupando cada vez mais o foco dos debates nas universidades.

A busca da qualificação dos professores é questão crucial para a transformação da educação, leia-se, a passagem de uma prática educacional marcada pelo predomínio da concepção da transmissão do conhecimento, da aprendizagem unilateral, do domínio do saber por parte do professor e do uso exclusivo da aula expositiva, para uma concepção transformadora, em que se valorizam os conhecimentos prévios por parte dos alunos, onde se busque o diálogo e a autocrítica como instrumentos de trabalho, onde se procure suscitar no aluno o espírito da pesquisa para uma aprendizagem lúcida e crítica, e um saber transformador da realidade.

A transformação vivida pela educação e pelo promover-educação não é recente e vem se desdobrando desde o século passado, mas parece encontrar empecilhos quando se pensa o ensino jurídico no país. Sabe-se que, na maioria dos cursos jurídicos, impera uma única técnica de ensino, a aula expositiva, esta marcada por uma perfeita e acabada transmissão de conhecimentos do professor ao aluno, ficando este no mero papel de observador do que é ministrado, sendo-lhe facultado, quando muito, o “direito” de tirar dúvidas e emitir opiniões e idéias, algumas das quais prontamente rechaçadas pelo professor.

Não é possível pensar prática docente sem antes pensar e repensar as próprias concepções ideológicas por parte do professor. Sendo a maioria de nossos profissionais do ensino também operadores do Direito, vale dizer, juízes, promotores, advogados, etc, é forçoso reconhecer que as concepções ideológicas do professor carregam muito das próprias concepções destes profissionais.

A visão sobre como conhecemos o Direito sofreu inúmeras influências ideológicas ao longo da História, mas foram se delineando nos moldes tradicionais a

partir do advento do Positivismo a partir do século XIX, tendo como um de seus maiores precursores no mundo jurídico Hans Kelsen.

Repercutindo no mundo das Ciências, e, portanto, também influenciando a Ciência do Direito, o Positivismo passou a pensá-lo e concebê-lo numa perspectiva pragmática, pura e dogmática que o aproximava à própria Lei, a um sistema de normas. Destarte, poder-se-ia encontrar na Lei as respostas para todos os conflitos. Estas realidades estavam atreladas, cabendo unicamente ao seu aplicador a escolha da norma jurídica mais adequada para a solução do caso concreto.

De acordo com o jurista Ronaldo Polletti (1994, p. 186), referindo-se ao pensamento positivista da época: “O Código devia compreender tudo. As omissões no ordenamento não são idealmente existentes. Qualquer interpretação, por sua vez, acarretaria uma intervenção não permitida na vontade geral revelada na lei”. Segundo a concepção positivista radical, as leis deviam ser obedecidas como tais porque eram justas. Ainda, segundo Polletti (1994, p. 118):

O Positivismo se consagra em Hans Kelsen, com a criação da chamada Teoria Pura do Direito. É uma tentativa de reduzir os fenômenos jurídicos à dimensão normativa. O Direito é um fenômeno que pode ser examinado sob os mais diversos prismas do conhecimento humano, mas pela ciência jurídica deve ele ser visto como um objeto próprio, analisado por um método próprio. O objeto é a norma.

O Direito, desta forma, deveria ser visto sob a dimensão da norma positiva. O próprio Hans Kelsen (1962, p. 5) assim começa o seu famoso livro “Teoria Pura do Direito”:

Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Conseqüência desta visão positivista, perpetuou-se por mais de um século uma visão distorcida da realidade social, marcada pelo apego excessivo à Lei e que contribuiu para um distanciamento do Direito das outras Ciências Sociais. Ainda, esta visão dogmática e purista do Direito, excluindo-o de correlações com as outras Ciências Sociais, levou a um completo alheamento dos profissionais do Direito do mundo dos fatos. Permitiu a desconsideração de diversas variáveis e realidades sociais, na perspectiva de que a Lei traria, por si só, a solução para todos os problemas.

O que infelizmente se percebe é que esta visão alienada e alienante do Direito ainda predomina em muitos de nossos operadores do Direito. Esta é a visão que

aprenderam, que lhes foi e continua sendo transmitida. Esta é, em última análise, a forma como muitos enxergam o Direito no próprio exercício de sua atividade laborativa. Por exemplo, verifica-se em muitas decisões de magistrados o apego excessivo à Lei, como se o Direito fosse um compartimento estanque, estranho às outras Ciências; como se não devesse levar em conta, acima dos formalismos e tecnicismos, a pluralidade de fatores sociais, políticos e morais que engendra. O apego excessivo à Lei crua e fria parece ser ainda a lógica marcante na operacionalidade do Direito, com exteriorização e reflexo no que é ministrado.

Mas como esta visão cerrada e limitada do Direito interfere nas visões e perspectivas dos educadores? A análise acima fez-se necessária para a visualização do caráter do operador do Direito, que, em muitos casos, é também um professor de Direito, trazendo consigo um potencial de transformação ou de conservação das estruturas da realidade social, política e econômica de um país. Este poder, sem dúvida, revela-se ainda maior quando se lhe atribui a tarefa de ensinar, e este é justamente o caráter mais singular de sua atividade docente: a possibilidade de canalizar as mentes pensantes para a mudança ou para a conservação da realidade vigente. Fala-se, portanto, do papel do professor como agente político de transformação.

É interessante notar como muitos dos professores de pouco ou nenhum compromisso com a educação, que não se envolvem em pesquisas e projetos de auto-aprimoramento, que não buscam a revisão dos seus conceitos e concepções como educadores, enfim, que não abrem os seus ouvidos ao contraditório e à mudança, normalmente possuem as mesmas idéias retrógradas e positivistas, mormente representam as mesmas concepções históricas continuistas e imobilizantes do Direito.

A natureza e a qualidade das mudanças no ensino partem, a nosso ver, das perspectivas do educador como agente político de transformação. Parece-nos difícil vislumbrar ensino transformador sem um natural compromisso transformador por parte do professor, engajado numa prática docente crítica, reflexiva e libertadora. É preciso que os professores assumam compromissos de libertação para com seus alunos e para com a sociedade.

Esta é a visão de Libâneo (2004, p. 48), para quem:

O compromisso social, expresso primordialmente na competência profissional, é exercido no âmbito da vida social e política. Como toda profissão, o magistério é um ato político porque se realiza no contexto das relações sociais onde se manifestam os interesses das classes sociais. O compromisso ético-político é uma tomada de posição frente aos interesses sociais em jogo na sociedade.

Quando o professor se posiciona, consciente e explicitamente, do lado dos interesses da população majoritária da sociedade, ele insere sua atividade profissional – ou seja, sua competência técnica – na luta ativa por estes interesses: a luta por melhores condições de vida e de trabalho e a ação conjunta pela transformação das condições gerais (econômicas, políticas, culturais) da sociedade.

O ensino é, portanto, um ato político.

O nosso ensino jurídico, como é atualmente viabilizado, baseia-se na leitura maciça dos Códigos e Leis esparsas, numa visão legalista da realidade. Como consequência do apego a esta perspectiva positivista, acaba-se por racionalizar o Direito e afastá-lo de sua busca por Justiça justamente por distanciá-lo da própria realidade social.

As disciplinas são tratadas como compartimentos estanques, sem pouca ou nenhuma relação com as demais disciplinas e com as demais ciências afins, a sugerir que o Direito seja a elas uma realidade estranha, o que contribui para afastar os alunos de uma concepção global e crítica do Direito e encerrá-los numa concepção descontextualizada do mundo jurídico.

O afastamento e o alheamento da realidade são, portanto, consequências inevitáveis, criando profissionais despreparados e incapazes de pensar e refletir sobre a realidade que os cerca. O ensino presente não alia a teoria à prática em sala de aula e oferta aos alunos a reprodução do conhecimento de tempos passados. Este, portanto, passa a ser o legado destes profissionais a seus alunos em nossas Faculdades.

#### 4. CAMINHO PARA A MUDANÇA

Para mudar esta realidade, é necessário que se deseje mudar, ou, ainda, que se permita a mudança. Mais além, para mudar as nossas concepções, faz-se mister que prestemos os nossos ouvidos e sentidos ao contraditório, à possibilidade de descobrirmos e de nos descobrir. É preciso, acima de tudo, pesquisa e estudo, enfim, comprometimento com a profissão de ensinar. Neste percurso, passa-se à análise, à observação, à confrontação, à experimentação para, enfim, chegar-se à mudança, e, a partir dela, a novas e outras mudanças.

Como nos ensina Paulo Freire, ensinar exige a convicção de que a mudança é possível.

Em suas palavras:

O mundo não é. O mundo está sendo. Como subjetividade curiosa, inteligente, interferidora na objetividade com que dialeticamente me relaciono, meu

papel no mundo não é só o de quem constata o que ocorre, mas também o de quem intervém como sujeito de ocorrências. Não sou apenas objeto da História, mas seu sujeito igualmente. (FREIRE, 2004, p. 76-77).

É preciso, então, mudar. Entretanto, mudar as nossas concepções não é algo fácil. Edgar Morin (2002, p. 22), em sua obra “Os Sete Saberes Necessários à Educação do Futuro”, preceitua:

Nossos sistemas de idéias (teorias, doutrinas, ideologias) estão não apenas sujeitos ao erro, mas também protegem os erros e ilusões neles inscritos. Está na lógica organizadora de qualquer sistema de idéias resistir à informação que não lhe convém ou que não pode assimilar. Quanto às doutrinas, que são teorias fechadas sobre elas mesmas e absolutamente convencidas de sua verdade, são invulneráveis a qualquer crítica que denuncie seus erros.

Deve-se percorrer, entretanto, o caminho nada fácil da mudança. Para esse efeito, é forçoso a alguns professores de Direito que se permitam absorver conhecimentos didáticos e pedagógicos que ainda não possuem ou questionar os raros que possuam. Faz parte dessa mudança entender que a Educação compreende-se numa Ciência, a exigir, de *per si*, muito estudo e dedicação. Os conhecimentos jurídicos dos profissionais do ensino do Direito, por mais grandiosos que sejam (e o são), não bastam para torná-los professores competentes, ao contrário do que muitos insistem em acreditar. Tanto os conhecimentos que possuem quanto a didática que detêm, podem e devem ser constantemente reavaliados e questionados. No meio jurídico não cabe estagnação e verdades absolutas.

Nesse sentido, do livro “OAB Ensino Jurídico - 70 anos de cursos jurídicos no Brasil”, temos:

[...] no âmbito do ensino jurídico não há nem deve haver assertivas indiscutivelmente verdadeiras, verdades eternas, e as afirmações devem ser susceptíveis de discussão e de adequação às realidades. Nos domínios do ensino jurídico há, sobretudo, questões que admitem mais de uma resposta, onde a descoberta do problema é mais importante que a conclusão. No ensino jurídico vive-se numa zona de fronteira entre o problemático e o sistemático, onde se circula à volta do problema, através de diferentes argumentos e dos mais variados pontos de vista e opiniões, buscando, de maneira interdisciplinar e pelo “pensamento reflexivo”, preparar segmentos jurídicos não só para trabalhar com a complexidade das questões jurídicas, principalmente em um mundo que se transforma com velocidade inimaginável, em termos políticos, econômicos, tecnológicos e sociais, como também para colaborar, com criatividade, na lapidação de um novo ordenamento jurídico, como se faz indispensável. (1997, p. 105)

Àqueles que buscam a docência em nossas universidades, parece faltar-lhes o componente essencial acima mencionado: a atitude contínua de mudança e questionamento das bases metodológicas e epistemológicas do professor.



Preferem seguir o mesmo modelo didático-pedagógico de décadas atrás, quando, de fato, nem há décadas este trazia resultado. A mudança é engessada e enterrada no conformismo, na auto-suficiência, no narcisismo e na prepotência de alguns deles, situação que se agrava pela omissão dos Departamentos, Colegiados e Coordenações de Direito das Faculdades e Universidades. Cabe questionar que papel têm tido nesse processo.

Deve-se fazer a ressalva, mais uma vez, que aqui não se vislumbra incompatibilizar o ensino universitário ou o ensino em qualquer nível, ao exercício de outras atividades. Sabe-se que elas são perfeitamente compatíveis. O que aqui se defende é a tomada de compromisso com a educação, o que faz pressupor, independentemente da atividade que se exerça, ou de múltiplas atividades laborativas, a dedicação e o envolvimento necessários e compatíveis com a profissão de ensinar. O que o ensino superior carece, e, aqui, inclui-se o nosso ensino jurídico, é dos chamados “professores profissionais”, termo a designar todo o profissional de fato envolvido com a profissão de ensinar.

Faz-se absolutamente necessária a adequada e contínua interação entre professor e aluno na arte do ensinar. De fato, na vivência e prática do ensino, professor e estudante convergem para o aprender.

Este é o pensamento de Molina (2004, p. 197), para quem:

Ocorrem mudanças tanto no papel do professor quanto no do aluno. A intenção é superar a idéia bem arraigada de que o professor ensina e o aluno aprende, ou seja, de que o professor é considerado como possuidor dos conhecimentos que devem ser transmitidos aos alunos. Sua função não consiste mais em um simples salto dos conhecimentos de sua cabeça para a cabeça dos alunos. Essa fórmula é substituída por outra bem diferente: o professor ensina e aprende; o aluno aprende e ensina. Os dois contribuem no desenvolvimento do processo de aprendizagem e os dois convergem para um mesmo objetivo: aprendem a aprender, cada um em seu nível de maturidade.

Enfim, não há como conceber a educação e aprendizagem sem a convicção de que, na relação professor-aluno, a aprendizagem é mútua. Mas não basta esta convicção. A nova prática docente do professor deve buscar, ainda, a superação das “carregadas” aulas teórico-expositivas, na busca de formas mais dinâmicas, participativas e realísticas de exploração do universo jurídico.

## 5. O PAPEL DA OAB

Uma outra questão de grande relevo refere-se ao papel da OAB na luta pela melhoria do atual ensino jurídico. Percebe-se que a OAB, através do Exame de

Ordem, tem contribuído, a nosso ver, para significativas mudanças. O Exame de Ordem, desde sua implementação em todo o país, teve como efeito imediato uma mudança na condução dos cursos jurídicos, que passaram a se pautar na busca por uma maior excelência e compromisso com a qualidade no ensino.

O índice alarmante de bacharéis de Direito reprovados nesse exame comprova a deficiente qualidade dos cursos jurídicos em nosso país e a necessidade de sua manutenção para impedir que profissionais desqualificados e sem a mínima condição de atuarem na área ingressem no mercado de trabalho. A OAB, com o Exame de Ordem, constitui-se em elemento de vital importância para a melhoria do ensino jurídico, já que induz as faculdades de Direito a repensarem a forma de organização de seus cursos e reformularem as suas bases estruturais, organizacionais e metodológicas, a fim de levar aos estudantes um ensino de melhor qualidade.

Entretanto, cumpre salientar que este papel da OAB não pode e não deve ser apenas “declarador” ou “sancionador” da competência dos formandos de Direito. Vale dizer, não deve apenas a OAB atuar *ad posteriori*, legitimando ou excluindo os formandos do direito de exercerem a profissão advocatícia. Como ficam os milhares de formandos com diploma, mas sem a possibilidade de exercerem a profissão? Parece-nos simplista uma solução que penaliza tão somente os formandos, sem punir os diretores e demais responsáveis destas Instituições pelo mal ou péssimo ensino, na maioria das vezes “mercantilistas” do setor educacional, estes sim grandes responsáveis pelo decadente ensino jurídico nestas faculdades.

Este papel deve, portanto, ir além da mera constatação da decadência e má qualidade do ensino jurídico. Deve, do contrário, conduzir-se a um papel mais ativo na proibição de funcionamento ou abertura de novos cursos nestas condições.

Nesse sentido, em artigo publicado no livro OAB Ensino Jurídico - Parâmetros para Elevação de Qualidade e Avaliação, o professor Paulo Luiz Neto Lobo preceitua:

A Ordem dos Advogados do Brasil, ao se decidir por essa iniciativa, tem consciência das dificuldades e dos riscos que enfrentará, dos erros que inevitavelmente correrá, mas não deseja e nem pode aquietar-se na cômoda posição de crítica de um sistema de ensino que se degrada progressivamente. (1993, p. 35)

E continua:

A função que assume não é, e nem poderia ser, a de controlar ou fiscalizar os cursos jurídicos, mas de colaborar e de induzir à elevação de qualidade. Tem presente a necessária autonomia universitária dos cursos, mas comparece como instituição acreditada da sociedade civil e a que mais sofre com as conseqüências

da crise do ensino jurídico, obrigada que está a conviver com profissionais desqualificados que recebe e há de fiscalizar por força de lei.

Portanto, o papel da OAB pode e deve ser ainda mais forte na luta por uma melhor qualidade do ensino jurídico brasileiro.

Quanto ao papel preventivo da OAB, este se verifica, em especial, nos pareceres contrários à abertura de novos cursos jurídicos no país. Porém, estes pareceres possuem somente um caráter opinativo, e não decisório sobre a abertura de novos cursos. Destarte, fica a OAB sem poder de veto à abertura de mais cursos de Direito, vale dizer, à abertura desenfreada de cursos jurídicos, muitos dos quais sem a mínima condição de funcionamento.

Vale destacar, entretanto, algumas outras medidas que a OAB vem tomando no sentido de fazer elevar a qualidade de ensino jurídico. Como exemplo, a publicação do livro OAB Recomenda, que traz uma seleção dos cursos recomendáveis pela Instituição. A nosso ver, malgrado seja esta uma iniciativa bastante interessante, os critérios para a definição do “melhor” poderiam ser um pouco mais claros, abrangentes, precisos e não distantes de cientificidade.

O MEC, por sua vez, parece-nos não estar tão atento ao quesito “qualidade” quando da autorização para o funcionamento de novas instituições de ensino jurídico. A autorização indiscriminada de inúmeros cursos jurídicos Brasil afora confirma a presente afirmação. A grande maioria destes cursos, como comprova o próprio Exame Nacional de Cursos, bem como o Exame de Ordem, apresentou inúmeras deficiências, que vão desde a falta de instalações adequadas, a má qualificação e titulação de seus docentes, até um ensino de má a péssima qualidade, o que se comprova na avaliação dos universitários que a eles se submeteram.

Em vez de corroborar para este mercantilismo, com a permissão de abertura indiscriminada de cursos universitários no Brasil, o MEC deveria, a nosso ver, estar um pouco mais preocupado com a qualidade do ensino que se oferece à sociedade. O Governo, ao invés de investir em educação, aplicando mais recursos nas Universidades públicas federais e estaduais, abrindo, desta forma, mais vagas no ensino superior, prefere delegar o papel da educação a setores privados, que estão, muitas vezes, mais comprometidos com o lucro do que com a busca constante pela qualidade no ensino, exceção feita a alguns poucos cursos privados de excelência.

Alegar que o Estado não tem condições de investir em educação, mormente em nossas universidades, já nos parece uma afirmação simplista e questionável. Delegar a educação, dever do Estado, a certas instituições privadas descomprometidas com a qualidade no ensino, já nos soa como total abandono do Estado para com o ensino universitário no país.

E o papel do MEC neste processo? Com um número assustador de cursos jurídicos em funcionamento e com uma má qualidade de ensino nessas Instituições, é mister um papel mais incisivo por parte deste Órgão, no sentido de desenvolver critérios mais sérios para a autorização de novos cursos jurídicos, além da criação de mecanismos mais consistentes para a fiscalização e controle da qualidade do ensino nos estabelecimentos já existentes.

## 6. PROPOSTAS PARA A SOLUÇÃO DA CRISE

Dentre inúmeras propostas para a solução da crise no ensino jurídico, poderíamos mencionar:

- Incentivo a políticas educacionais de valorização dos professores, compreendendo melhores salários e melhor qualificação de nossos docentes através de cursos de aperfeiçoamento e capacitação;
- Reformulação das políticas pedagógicas e dos modelos de ensino jurídico, levando em conta as realidades e especificidades relativas à área;
- Maiores investimentos para as Faculdades, a serem aplicados nas próprias instalações universitárias, em bibliotecas, salas de aula, núcleos de atendimento jurídico ao público, informática, etc...;
- Incentivo à participação dos alunos nos Colegiados e Departamentos das Faculdades;
- Desenvolvimento de mecanismos mais efetivos que limitem a abertura desenfreada de cursos jurídicos no país, buscando, ainda, observar-se o critério da melhor distribuição geográfica quando da implementação de novos cursos;
- Mudanças das diretrizes e grades curriculares do curso de Direito;
- Ampliação do número de vagas nos cursos de pós-graduação *latu senso* e *strictu sensu* nas Universidades;
- Incentivo ao diálogo e ao intercâmbio de idéias entre professor e aluno, estimulando a reflexão, a crítica e a argumentação em sala de aula;
- Desenvolvimento de mecanismos para um mais completo estudo e avaliação dos cursos jurídicos, seja pela própria Faculdade, seja por órgãos ou institutos externos.
- Papel mais ativo da OAB na fiscalização dos cursos jurídicos;

- Estímulo à utilização constante de *feedback* dos professores e dos alunos, objetivando-se a coleta de dados para a análise da qualidade do curso nas Universidades;
- Incentivo à Pesquisa nas Universidades e também em sala de aula, pelos professores e pelos alunos;
- Maior intercâmbio entre as Universidades;
- Incentivo a projetos de extensão universitária, bem como programas de assistência judiciária ao público;
- Unificação do Exame de Ordem para todos os Estados, a fim de que se tenha uma análise mais realista da qualidade do ensino jurídico ministrado no país e para que se possa corrigir com precisão as deficiências apresentadas.

## 7. CONCLUSÃO

Não ousaríamos indicar, categoricamente, quais são os caminhos ou as saídas para a crise do ensino jurídico. Apesar dos problemas encontrados em nosso ensino não serem facilmente detectáveis, cumpre-nos salientar que qualquer mudança exige estudo e planejamento. Entretanto, o que aqui se propôs foi lançar pensamentos ao ar, pensamentos de mudança que refletem as práticas docentes e a realidade do ensino superior brasileiro.

Sobretudo, a necessidade da mudança se faz presente nos cursos jurídicos. Anseiam os alunos pela transformação do pensamento de seus professores, pela revisão de seus métodos e concepções didático-pedagógicas, pela tomada de compromisso com a profissão de professor e com os destinos da Educação neste país.

Há imperiosa necessidade de se lançar luz e provocar mudanças no ensino jurídico ministrado no Brasil. É preciso fazer com que os professores de Direito despertem para o contraditório, para a análise de suas próprias bases de ensino, para a crítica de seus objetivos e metas enquanto facilitadores do saber, enfim, despertá-los para a busca de um comprometimento com o futuro do ensino do Direito.

Neste sentido, é bem-vinda toda mudança tendente a um despertar gradativo de consciência por parte de nossos docentes, de mobilização da sociedade para a salvaguarda dos interesses do ensino superior brasileiro, da busca incessante de novos horizontes na caminhada pedagógica, enfim, para a tomada de novos rumos que conduzam ao aprimoramento e melhoria da Educação, como condição única e fundamental ao progresso e desenvolvimento nacionais.

## 8. REFERÊNCIAS

- FREIRE, Paulo. **Saberes necessários à prática educativa**. 30. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962. v. 2.
- LIBÂNEO, José Carlos. **Didática**. São Paulo: Cortês. Coleção Magistério 2º Grau – Série Formação do Professor, 2004.
- MOLINA, Ana; ONTORIA, Antônio; GÓMEZ, Juan Pedro R. **Potencializar a capacidade de aprender a pensar: o que mudar para aprender e como aprender para mudar**. Tradução de Fulvio Lulsisco. São Paulo: Madras, 2004.
- MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- OAB ensino jurídico: 70 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1997.
- OAB ensino jurídico: parâmetros para elevação de qualidade e avaliação**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1993.
- POLLETTI, Ronaldo. **Introdução ao direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

## 9. CONSULTA BIBLIOGRÁFICA

- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. **Ensino jurídico e sociedade**. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- BASTOS, Aurélio Wander (Coord.). **Os cursos jurídicos e as elites políticas brasileiras**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- CABRAL, Karina Melissa. A docência no ensino jurídico: diálogos para a construção de uma perspectiva crítica de atuação do docente nos cursos de Direito. In: *Âmbito Jurídico*, fev/2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em 04 abr. 2007.
- DA SILVA, Tomaz Tadeu. **O Sujeito da educação: Estudos Foucaultianos**. 5. ed., Petrópolis: Vozes, 2002.
- FILHO, Alberto Venâncio. **Análise histórica do curso jurídico no Brasil**. In: *Encontros da UNB*. Brasília: UNB.
- MATTAR, Eduardo Cintra. O ensino jurídico. In: *Âmbito Jurídico*, dez/2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em 04 abr. 2007.

MELO, André Luis Alves. Repensando a estrutura jurídica e o ensino jurídico. In: *Âmbito Jurídico*, jan/2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em 04 abr. 2007.

**OAB ensino jurídico**: balanço de uma experiência. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000.

**OAB ensino jurídico**: diagnóstico, perspectivas e propostas. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1992.

**OAB ensino jurídico**: formação jurídica e inserção profissional. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003.

**OAB recomenda**: um retrato dos cursos jurídicos. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2001.

**OAB recomenda 2003**: em defesa do ensino jurídico. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2004.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SOUZA, Bruno Soares de. **A proliferação dos cursos de direito e suas conseqüências para a construção de uma boa reputação**. In: *Âmbito Jurídico*, dez/2006. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php>>. Acesso em 04 abr. 2007.







## XIV

# BIOCONSTITUCIONALISMO: CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA BIOÉTICA\*

*Valdir Ferreira de Oliveira Junior*

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Especialista em Direito do Estado pela Fundação Visconde de Cairu (FVC); Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB); Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC); Professor de Ciência Política e Teoria Geral do Estado da Faculdade Independente do Nordeste (FAINOR).

**RESUMO:** O presente estudo é um convite à reflexão sobre os fundamentos constitucionais da bioética – *a constitucionalização da vida sob a dimensão ética*. Propõe-se uma leitura do fenômeno bioético através das premissas fundamentais do neoconstitucionalismo, onde os direitos fundamentais passam a compor o centro do sistema jurídico e a conformar todas as decisões judiciais, atos jurídicos e processos de concretização da norma jurídica, sempre vislumbrando o caráter aberto do texto constitucional, tendo a dignidade da pessoa humana, em termos axiológicos, como valor fonte das grandes questões debatidas pela bioética.

**ABSTRACT:** The present study is an invitation to the reflection on the beddings constitutional of the bioethic – the constitutional version of the

life under the ethical dimension. It considers a reading of the bioethic phenomenon through the basic premises of the neoconstitutionalism, where the basic rights start to compose the center of the legal system and to conform all the sentences, legal acts and processes of concretion of the rule of law, always glimpsing the open character of the constitutional text, having the dignity of the person human being, in axiologic terms, as value source of the great questions debated for the bioethic.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bioconstitucionalismo; Bioética; Direitos Fundamentais; Patrimônio genético; Dignidade humana; Identidade reflexiva.

**KEYWORDS:** Bioconstitutionalism; Bioethic; Basic rights; Genetic patrimony; Dignity human being; Reflexive identity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Proposta de Trabalho; 3. O Neoconstitucionalismo: breves noções; 4. Estado atual da bioética e sua dinâmica; 5. Bioconstitucionalismo; 6. Regime jurídico-constitucional da bioética; 7. Princípios da Bioética; 8. Colisão entre direitos nos quadros da bioética;

\*. O presente trabalho é fruto de pesquisas desenvolvidas no curso de Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, na disciplina Aspectos Jurídicos da Biotecnologia, conduzida pela Prof<sup>a</sup>. Mônica Neves Aguiar, com a contribuição dos alunos e pesquisadores do “grupo vida”, em debates realizados em sala de aula.



9. Normas constitucionais de conteúdo bioético; 10. A Bioética no Direito Internacional e Comparado – breves apontamentos; 11. Considerações finais; 12. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A bioética representa no Estado Constitucional uma nova dimensão a ser concretizada. Inicialmente, conformada por diversos valores, objetivos, regras e princípios constitucionais fundamentais. Posteriormente, por princípios específicos da bioética e por fim através do interesse particular expresso através da liberdade de escolha e da autonomia privada, sempre numa harmonia conducente à concordância prática axiologicamente orientada.

As normas constitucionais de conteúdo bioético são trazidas na Constituição Federal de forma assistemática, porém não deixou a Lei Fundamental de disciplinar os diversos aspectos da bioética, e, como se verá, são nas normas de caráter fundamental que reside à disciplina jurídico-constitucional da bioética, daí a importância do termo *Bioconstitucionalismo*, para caracterizar esse específico regime, tão dinâmico, relevante e próximo da sociedade quanto deve ser a própria Lei Fundamental.

A experiência constitucional no campo da bioética chega a ser um passo adiante na teoria da constituição, pois a sua disciplina jurídica não é mais de consenso em torno de um valor absoluto, mas de contextualização dos diversos valores, muitos deles contraditórios, como o é a sociedade. Porém, sempre buscando, a partir da ponderação orientada pela razoabilidade e proporcionalidade, concretizar a dignidade humana num contexto ético e justo.

Nas palavras de Hesse<sup>1</sup>, *a consideração e argumentação jurídica, que está vinculada à normatividade da Constituição carece, por conseguinte, do complemento por considerações político-constitucionais que visam a isto, conservar ou criar essa concordância, produzir os pressupostos de realização regular da Constituição, ou então modificar a Constituição.*

Os processos formais e informais de mudança da Constituição na dimensão bioética representam ou devem representar os reflexos da constante atualização do texto constitucional para adaptá-lo ao contexto social em que é aplicado, principalmente pelo contínuo avanço tecnológico e científico que atravessa a bioética.

1. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 60 et. seq.

Nessa mesma perspectiva, afirma Canotilho<sup>2</sup> que a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual” pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade.

Desta forma, há que se questionar a própria efetividade dos parâmetros constitucionais estabelecidos para tutela do direito à vida, à dignidade, ao genoma, à integridade física, à imagem e à privacidade<sup>3</sup> para propiciar uma tutela adequada às necessidades humanas que se afluam nos grandes questionamentos envolvendo a bioética, com o objetivo de conferir uma maior proximidade do texto constitucional ao contexto social e assim criar o que Canotilho chama de *identidade reflexiva*<sup>4</sup>.

## 2. PROPOSTA DE TRABALHO

A proposta deste estudo é contribuir para construção de uma visão constitucionalista do fenômeno bioético, a partir da identificação das normas constitucionais que compõem o regime jurídico-constitucional da bioética através de uma perspectiva principiológica e tópico-normativa.

Konrad Hesse afirma que a força normativa de Lei Fundamental não reside apenas na adaptação inteligente a uma dada realidade, ela também a condiciona na medida em que impõe tarefas e estas são efetivamente realizadas<sup>5</sup>. Aqui se realiza a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung) e não somente a vontade de poder (Wille zur Macht).

Esse estudo tem como objetivo geral demonstrar que as decisões envolvendo questões bioéticas são fundamentalmente decisões envolvendo questões constitucionais, daí a importância da compreensão desse fenômeno dinâmico que se denomina bioética que, sob a ótica constitucional, caracteriza-se como bioconstitucionalismo.

Identificar um regime jurídico-constitucional específico para a Bioética é tarefa por demais árdua e de grande significação, aqui serão lançadas as premissas básicas para que outros dêem continuidade ao estudo de tão sublime tarefa que é a *constitucionalização da vida sob a dimensão ética*.

2. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1057.

3. Nesse aspecto, consultar o brilhante trabalho de Mônica Neves Aguiar da Silva Castro: *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros direitos*. 157 p.

4. A *identidade reflexiva*, termo que Canotilho vai buscar em Luhman (Selbstreflexion des Rechtssystems, in *Rechtstheorie*, 1979, p. 159 et seq), se garante no momento em que se dota uma constituição de capacidade de prestação em face da sociedade e dos cidadãos.

5. *A força normativa da Constituição*, p. 19.

### 3. O NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVES NOÇÕES

Tendo os fundamentos epistemológicos do neopositivismo ou pós-positivismo exercido forte influência no pensamento constitucional moderno, impondo um novo paradigma hermenêutico, principalmente devido à inserção de um método de interpretação especificamente constitucional, e a centralidade dos direitos fundamentais, incorporando os avanços da filosofia da linguagem e da teoria da argumentação, passou-se a empregar o termo neoconstitucionalismo para caracterizar esse novo momento constitucional.

Aqui, a dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão<sup>6</sup>.

Sob o aspecto teórico, segundo a precisa observação de Luis Roberto Barroso<sup>7</sup>, o neoconstitucionalismo caracteriza-se por três vertentes: (a) o reconhecimento da força normativa à Constituição; (b) a expansão da jurisdição constitucional; (c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Aqui se insere também a centralidade dos direitos fundamentais.

No aspecto da nova dogmática da interpretação constitucional temos no neoconstitucionalismo a constante busca de reaproximação do texto constitucional do contexto social, que se dará pela efetividade dos direitos fundamentais e da interpretação concretizante.

Hesse<sup>8</sup> nos adverte que o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arquimédico, senão somente na situação histórica concreta na qual ela se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu próprio (pré)-juízo.

Assim, o intérprete entende o conteúdo da norma de uma (pré)-compreensão que primeiramente lhe torna possível olhar para ela com certas esperanças,

6. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. p. 664.

7. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851. 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 01 jul. 2006.

8. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 61.

9. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 61/62.

projetar-se um sentido do todo e chegar a um anteprojetado que, então, em penetração mais profunda, carece de confirmação, correção e revisão até que, como resultado de aproximação permanente dos projetos revisados, cada vez, ao “objeto”, determina-se univocamente a unidade do sentido<sup>9</sup>.

A concretização das normas constitucionais implica num processo que parte do texto da norma (enunciado ou dispositivo legal) para a norma concreta (norma jurídica), que por sua vez será um simples resultado intermediário, pois só com a norma de decisão (concretização) é que teremos uma solução para os casos jurídico-constitucionais. Como se observa, a concretização não é igual à interpretação do texto da norma, é sim a construção de uma norma jurídica.

Por norma constitucional entender-se-á aqui um modelo de ordenação juridicamente vinculante, orientado para uma concretização material e constituído: (i) por uma medida de ordenação expressa através de enunciados lingüísticos (programa normativo); (ii) por uma constelação de dados reais (setor ou domínio normativo).

Tradicionalmente, a norma reconduzia-se ao programa normativo (simples adstrição de um significado a um enunciado textual), mera atividade de subsunção. Hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo<sup>10</sup>, onde prevalece a atividade de ponderação.

Para compreender a normatividade como efeito global da norma é necessário pressupor a realização da norma constitucional através da sua aplicação-concretização aos problemas carentes de decisão. A normatividade portanto, não é uma “qualidade” da norma, mas o efeito do procedimento metódico de concretização<sup>11</sup>.

Do que até aqui se expôs ficam lançadas as premissas básicas para o delineamento de um método hermenêutico-concretizante das normas constitucionais de conteúdo bioético, com o objetivo de reaproximação do programa normativo (bioética enquanto dever-ser) do âmbito normativo (bioética enquanto ser).

A concretização não se confunde com a efetividade. Enquanto a primeira é um método de construção da norma jurídica situado no plano deontológico, a segunda é um atributo ou qualidade da norma que se situa no plano ontológico (*ser*)<sup>12</sup>.

10. Op. cit., p. 1204 et seq.

11. Para uma melhor compreensão sobre a diferença entre norma e dispositivo ver: Humberto Ávila – *Teoria dos Princípios*. (nota do autor)

12. Concretização é um processo de construção da norma jurídica com vistas à sua aplicação ao caso carente de decisão, enquanto efetividade é uma qualidade da norma jurídica.

Por fim, há que se compreender que além dos planos ontológico, deontológico e axiológico (fato, norma e valor), há que ser agregada a perspectiva filosófica, a zetética e em especial as novas conquistas da hermenêutica filosófica e da hermenêutica plural de Häberle<sup>13</sup>.

Nos ensina English<sup>14</sup>, na conclusão dos seus estudos em *Introdução ao pensamento jurídico*, em uma que seja talvez a lição mais importante de sua obra:

(...) trata-se de superar um puro positivismo legalista e de permitir à voz do espírito objetivo ressonância no Direito. Mas a dilucidação teórica e a legitimação destes esforços conduz inegavelmente para além da heurística e da metódica jurídica enquanto tais, conduzem para o domínio do pensamento filosófico e dos particulares modos de conhecimento. Este domínio tem o jurista na verdade que o abranger no seu olhar e de o manter presente na sua visão como pano de fundo das suas reflexões.

Assim é que o presente estudo é muito mais um convite à reflexão.

#### 4. ESTADO ATUAL DA BIOÉTICA E SUA DINÂMICA

Por biotecnologia se entende toda técnica que utiliza organismos vivos ou suas partes para fazer ou modificar produtos, para aperfeiçoar plantas ou animais ou para desenvolver microorganismos para usos específicos. Essa, a definição atribuída pelo Comitê Nacional para a Bioética da Itália (CNB). Por bioética entende-se o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde considerada à luz de valores e princípios morais<sup>15</sup>.

Existem inúmeras ambigüidades na própria raiz da ética. Não encontramos apenas um sentido de ética, mas toda uma família deles. Para responder questões de aspecto moral, é preciso primeiro ter certeza do significado da moralidade e sobre o tipo de moralidade que está em jogo. É em termos de ética como *ethos* que muitos vivem a maior parte de sua vida, e em cujos termos a maior parte dos cuidados médicos geralmente é proporcionada. As sensibilidades morais tidas

13. Numa perspectiva pluralista e zetética de abordagem do fenômeno bioético, fixou-se a data de 20 de abril de 2007, das 9h às 12h e das 15h às 19h, no auditório da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), audiência pública designada pelo ministro Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) 3510. A ação foi ajuizada no STF pela Procuradoria Geral da República (PGR) contra o artigo 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11105/05). Na ADI é questionada a permissão legal para utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias. O dispositivo legal determina que só poderão ser utilizadas as células de embriões humanos “inviáveis” ou “congelados há três anos ou mais”, sendo necessário o consentimento dos genitores. (nota do autor)

14. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. p. 387.

15. Definição extraída da *Encyclopedia of bioethics*.

como certas, mesmo que apenas normas reinantes de correção política, proporcionam um ponto de partida para as reflexões e decisões éticas.

Parece não haver maior uniformidade entre os filósofos ou as teorias da moralidade e sua justiça que entre os líderes religiosos e as diversas religiões. Para resolver as controvérsias morais em um contexto secular pluralista, como propõe Engelhardt, não será suficiente o apelo à ética como *ethos*, etiqueta, lei ou ideologia (inclusive formas particulares de convicção moral e crença religiosa). A esperança reside na possibilidade de encontrar uma textura moral, interpretação ou visão que possa ser compartilhada por estranhos morais, por pessoas racionais enquanto tais. Esta foi a esperança da filosofia moral ou do iluminismo.

Para encontrar respostas às perguntas morais é preciso saber como podem ser resolvidas as disputas morais em princípio. A pressuposição monoteísta (isto é, de que existe um único ponto de vista em termos do qual pode ser dada uma explicação concreta do conhecimento e da ética), quando transferida do contexto de uma interpretação religiosa para as aspirações da razão secular, torna-se a pedra fundamental do moderno projeto filosófico: a pressuposição de que a filosofia pode revelar o ponto de vista canônico da realidade e da moralidade. Porém, o mundo contemporâneo é politeísta por omissão. Esse é o passo para pós-modernidade. Tristram Engelhardt defende a tese de que a pressuposição politeísta em questões de moralidade secular e bioética é inevitável. O politeísmo da pós-modernidade é o reconhecimento da pluralidade radical das visões morais e metafísicas.

As comunidades rivais de investigadores científicos empíricos geralmente não reivindicam coercitivamente a autoridade científica para fechar laboratórios e impedir os cientistas de se envolver em ciência empiricamente “ruim”. As controvérsias morais estão intimamente ligadas às disputas sobre o apropriado uso da força. A verdade científica, como todas as verdades humanas, é histórica e culturalmente formada. A moralidade precisa ser uma realização potencialmente intersubjetiva a fim de que possa proporcionar uma base secular para os agentes morais considerados como autores de ações erradas ou que agiram de modo digno e crítico. Pode-se proporcionar moralidade e bioética mais do que as restrições racionais formais de evitar as contradições, e as restrições condicionais de aceitar os meios para os fins considerados obrigatórios, até onde se consideram como condicional ou incondicionalmente obrigatório? É difícil estabelecer a objetividade das reivindicações relativas às obrigações morais essenciais, aos direitos morais essenciais, a quaisquer avaliação e preferências morais, conforme nos ensina Engelhardt.

Não será possível evitar as dificuldades enfrentadas pelas explicações de intuição, casuismo por meio do reconhecimento da existência de diferentes formas de

importantes recursos éticos, como os recursos às conseqüências, direitos, respeito das pessoas, virtudes, custos apropriados e justiça. Aprendemos com Engelhardt que, até determinado ponto, nossas intuições morais fundamentais a respeito de ações, agentes e instituições particulares são forçadas sobre nós por nossas faculdades morais cognitivas. Até o ponto em que as coisas são assim, existem restrições em nossos julgamentos intuitivos, e não é o caso de que “vale tudo”. Por mais valiosas que sejam nossas interpretações dessas noções, e por mais que isso signifique que não temos regras para avaliar as escolhas, o indivíduo, ao fazer essas escolhas, descobre a força que essa constituição cognitiva exerce sobre ele.

Ensina Engelhardt que a dificuldade está em saber quando essa faculdade está funcionando direito e por quê. O cálculo da melhor escolha depende de como se comparam o bem, as conseqüências, as preferências e coisas desse tipo. Qualquer cálculo particular das realizações exige escolhas entre diferentes pesos e comparações do bem, das conseqüências, dos prazeres, das utilidades e das unidades hedonistas. Qualquer tentativa de diferenciar entre as preferências manifestas e racionais exige a escolha de um conjunto particular de inclinações a satisfazer.

Não existe um único conceito de liberdade, igualdade ou democracia que possa ser proporcionado ou reconstruído por meio do recurso à exposição que invoque os contratantes hipotéticos e as posições originais, sem forçar a questão da incorporação prévia de uma essência moral particular. Habermas exige a suposição de que os argumentos racionais sólidos podem, em princípio, ser considerados capazes de resolver as controvérsias morais.

As abordagens teóricas não podem proporcionar orientação moral essencial a menos que já lhes seja atribuída uma substância moral particular. A inclinação de tornar a bioética mais que uma exegese de uma tradição ou visão moral particular torna-se tentativa de uma vontade de poder. Impor uma bioética particular à sociedade, geralmente sem autoridade moral, a partir de uma perspectiva moral secular é usar a vontade de criar um consenso por meio da coerção. Mas a questão é como saber o que conhecemos moralmente. A pós-modernidade revela a indisponibilidade, por meio do sadio argumento racional, de uma interpretação singular, canônica, normativa, essencial da moralidade ou da bioética que poderia proporcionar autoridade moral para as políticas públicas, especialmente para as políticas de assistência à saúde e proteção da vida. É dentro de comunidades, e não de sociedade de grande escala, que nos vemos mergulhados em uma matriz total de essência e estrutura moral.

As diferenças na composição dos bens morais dentro de visões morais concorrentes são mais bem vistas, apreciadas e experimentadas *in concreto*. A vida moral é vivida dentro de duas dimensões: a da ética secular, que procura não ter essência



e, portanto tem a capacidade de alcançar diversas comunidades morais divergentes; e as comunidades morais particulares dentro das quais é possível alcançar uma interpretação essencial sobre vida boa e obrigações morais essenciais.

Assim, sociedades de grande escala criadas por estranhos morais não estabelecem a comunidade na qual os indivíduos podem descobrir a textura da vida moral, compreender a verdadeira solidariedade ou transcender à anomia do individualismo sem essência. Para concretizar tal objetivo deve-se buscar uma dinâmica solidária na construção da bioética.

## 5. BIOCONSTITUCIONALISMO

Hesse<sup>16</sup> nos adverte que o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, por se assim dizer, arqui-médico, senão somente na situação histórica concreta na qual ela se encontra, cuja maturidade enformou seus conteúdos de pensamento e determina seu saber e seu próprio (pré)-juízo.

A bioética é um dos campos do conhecimento mais próximo da sociedade, sujeito aos influxos da pluralidade moral da humanidade, refletindo as diferentes idéias e valores que a integram. Como escreveu Bertolt Brecht em seu *Galileu*, “a principal finalidade da ciência não é abrir a porta à infinita sabedoria, mas colocar um limite ao erro infinito”.

Tristram Engelhardt Jr.<sup>17</sup> observa que a diversidade moral é real de fato e em princípio. Persiste em bioética, a expectativa de simplesmente revelar como os recursos deveriam ser distribuídos e como os pacientes e médicos deveriam olhar concretamente uns aos outros. Tudo isso é considerado como possível fora de qualquer narrativa ou perspectiva moral particular, de uma ideologia ou religião particular. É isto que o projeto de moralidade secular e bioética tem prometido: uma explicação geral de como os indivíduos devem agir.

Quando se trata de explicações gerais, nada mais adequado do que inserir o fenômeno bioético na dinâmica dos valores constitucionais fundamentais, e esta é a opção metodológica que orienta todo o presente trabalho. Priorizou-se aqui o método lógico dedutivo, que pressupõe a existência de verdades gerais já afirmadas e que sirvam de base (premissas) para se chegar através delas a conhecimentos novos.

16. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 61.

17. *Fundamentos da bioética*. p. 21.

O contexto jusmetodológico se insere no pensamento “compreensivo” e orientado a valores, que Karl Larenz brilhantemente trata na sua obra: *Metodologia da Ciência do Direito*, onde subsiste uma tendência de oposição ao método analítico-abstrato de construção e desenvolvimento de conceitos jurídicos, a favor daquilo que Karl Engisch<sup>18</sup> caracteriza como tendência de concretização do Direito no sentido de um pensamento “holístico”, e aqui se acrescenta o adjetivo “solidário”, como vetor de orientação axiológica.

O Bioconstitucionalismo nada mais é do que a leitura do fenômeno bioético através das premissas fundamentais do neoconstitucionalismo, em que os direitos fundamentais passam a compor o centro do sistema jurídico e a conformar todas as decisões judiciais, atos jurídicos e processos de concretização da norma jurídica, sempre vislumbrando o caráter aberto do texto constitucional.

Por fim, o bioconstitucionalismo deve estar aberto a novas perspectivas de solução de conflitos. Tanto em bioética quanto em qualquer outro campo do conhecimento humano, não se deve impor nenhum *totalitarismo*, muito menos *normativo*, utilizando a expressão de Miguel Reale. Deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, mas não exclusivamente através dele. Assim é que a abordagem multidisciplinar no tratamento das grandes questões da bioética é essencial na construção de uma resposta adequada a esse fenômeno. Para que questões sobre patentes de organismos vivos<sup>19</sup>, não sejam decididas exclusivamente por pessoas com conhecimento jurídico, porém, sem um mínimo conhecimento de biologia básica, para que argumentos como: “um determinado organismo é pequeno demais para ser considerado um ser vivo” não encontrem eco em decisões judiciais, que devem, necessariamente, seguir uma pretensão de correção, em que a teoria do discurso oferece critérios, em situações específicas para a racionalidade do procedimento que conduz a uma determinada decisão<sup>20</sup>.

## 6. REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA BIOÉTICA

Seguindo a perspicaz observação de Mônica Aguiar<sup>21</sup>, de que não existe uma Constituição Bioética, com a qual aqui se concorda, procura-se suprir essa lacuna

18. *Introdução ao Pensamento Jurídico*.

19. Em 1871, pela primeira vez outorgou-se uma patente para um organismo vivo - uma levedura livre de germes patogênicos, aperfeiçoando o processo de fabricação da cerveja -, a Louis Pasteur, na França. A Suprema Corte Norte-Americana, em 1980, estabeleceu a patenteabilidade de microrganismos engenheirados *per se* como fabricação ou composição da matéria (no caso, o patenteamento da bactéria *Pseudomonas*, baseando-se no fato de que a bactéria patenteada fora produzida em laboratório, tendo como aplicação a degradação do óleo cru).

20. Para um aprofundamento sobre o assunto consultar: Robert Alexy: *Teoria da Argumentação Jurídica*; Chaim Perelman: *Tratado da Argumentação*. Nosso: *Fatores de Ponderação* (no prelo).

21. *Direito à filiação e Bioética*. pp. 87-88.

com a identificação de um regime jurídico-constitucional da bioética, que seriam aqueles preceitos constitucionais e demais direitos e garantias deles decorrentes, necessariamente observáveis num contexto de fundamentação jurídica das decisões que envolvam a conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, considerada à luz de valores e princípios morais.

As normas constitucionais de conteúdo bioético compõem uma categoria constitucional que integra a categoria dos preceitos fundamentais em face da sua fundamentalidade material.

Assim é que os direitos à vida, à saúde, à integridade física, à honra, à imagem, à vida privada e intimidade, ao meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, tal qual tutelados pelo ordenamento constitucional, e tendo como valor fonte desses direitos a dignidade da pessoa humana, compõem o regime jurídico constitucional da bioética.

O regime jurídico-constitucional da bioética é conformado pelo art. 1º, III, da Lei Fundamental que insere a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e pelo art. 5º, que estabelece a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Muitos constitucionalistas buscam estabelecer um conceito em resposta ao que é a Constituição, tarefa imprescindível para compreensão do fenômeno constitucional. Contudo, *a Constituição não é, ela está sendo, a Constituição é processo, e se constrói a cada dia em que se observam seus acertos e desacertos*, pois seus objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, devem ser necessariamente cumpridos. Esse é o principal desafio da nossa Constituição.

A dinâmica do contexto bioético não fica alheia à dinâmica constitucional. Nesse sentido, a Lei Fundamental trouxe em seu art. 5º, § 2º, o princípio da abertura ou da atipicidade dos direitos fundamentais, ao estabelecer que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*. Aqui reside a ponte de evolução e de construção da identidade reflexiva do Texto constitucional. Em termos de bioética, o caráter garantístico dos princípios que serão analisados no tópico seguinte,

adquirem *status* constitucional de norma fundamental, servindo de fundamentação jurídica para as decisões de conteúdo bioético. No mesmo sentido o § 3º, do citado artigo, estabeleceu que “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”, tal dispositivo não obriga nem proíbe uma conduta, ele faculta o legislador adotar tal opção.

Deste modo, os Tratados Internacionais sobre o genoma humano, e demais Tratados de cunho bioético adquirem dignidade constitucional por força do disposto no art. 5º, § 2º da Constituição, tanto os que tenham sido elaborados anteriormente à Emenda Constitucional 45 de 2004, quanto os posteriores que tenham sido aprovados ou não da forma estabelecida no § 3º do art. 5º, desde que decorram do regime e dos princípios adotados por nossa Lei Fundamental<sup>22</sup>. Os direitos fundamentais são mandamentos de otimização e todas as normas que potencializem a sua efetividade e aplicabilidade, integram-lhe o regime jurídico constitucional.

## 7. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

Manuel Atienza<sup>23</sup>, ao analisar os princípios da bioética, a versão básica e algumas propostas alternativas, observa que existe um importante consenso em torno dos chamados “princípios da bioética”. Sua origem se encontra na criação, por parte do Congresso dos Estados Unidos, de uma Comissão Nacional encarregada de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação com seres humanos nas ciências do comportamento e biomedicina, que começou a funcionar em 1974 (quatro anos depois do surgimento do termo “bioética”). Em 1978 publicaram o Relatório Belmont, contendo três princípios: o da autonomia ou de respeito pelas pessoas, por suas opiniões e escolhas; o da beneficência, que se traduziria no dever de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; e o da justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios.

A expressão canônica dos princípios se encontra em um livro escrito em 1979 por Tom L. Beauchamp e James F. Childress – *Princípios de Ética Biomédica*.

22. Aqui acompanhamos a tese defendida por Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade, do status constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, mesmo antes da inserção do § 3º no art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45 de 2004, tese não acompanhada pelo Supremo Tribunal Federal, para quem os tratados internacionais, todos eles, e independentemente da matéria versada, têm status de norma infraconstitucional, mais especificamente, de lei ordinária. (ver decisão do STF em HC nº 72.131/RJ).

23. Juridificar la Bioética. In.: *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Comp.: Rodolfo Vasquez. p.64

Nessa obra eles acrescentam aos princípios anteriores, o princípio da não maleficência. Segundo Diego Garcia, Beauchamp é um utilitarista e Childress basicamente um kantiano. Eles entendem que se tratam de princípios *prima facie*, isto é, que obrigam sempre e quando não entram em conflito entre si; em caso de conflito, os princípios se hierarquizam em vista da situação concreta. Nessa obra não se contém uma formulação muito precisa dos princípios em questão. Assim, ser respeitado como pessoa autônoma significa, em primeiro lugar, reconhecer os direitos das pessoas a terem seus próprios pontos de vista, a elegerem e realizarem ações baseadas nos valores e crenças pessoais. Mas implica também tratar aos agentes de maneira tal que lhes permita e, inclusive, facilite atuar autonomamente (p.71). A autonomia não é um princípio supremo, senão, “um princípio moral em um sistema de princípios” (p.112). O da não maleficência implica que não se deve causar dano a outro e se diferencia do princípio da beneficência que envolve ações de tipo positivo: prevenir ou eliminar o dano e promover o bem (p. 123). Finalmente, o princípio da justiça em sentido formal significa que uma pessoa não pode ser tratada de maneira distinta da outra, salvo se entre ambas se dê alguma diferença relevante (p. 259).<sup>24</sup>

Concretamente, os autores consideram que existem três grandes tipos de teorias: (i) as igualitaristas, que se funda no igual acesso aos bens que toda pessoa racional deseja; (ii) as liberais, que destacam os direitos à liberdade social e econômica; (iii) as utilitaristas, que acentuam uma combinação de critérios que resulta numa maximização da utilidade pública. As teorias são incompatíveis entre si, mas não cabe optar por nenhuma das três, não existe tampouco alguma de ordem superior, de maneira que o que cabe esperar é que as políticas públicas mudem de postura fazendo prevalecer agora uma teoria e mais tarde outra. Isso pode refletir certa dúvida e ambivalência, mas não necessariamente a injustiça<sup>25</sup>.

Jonsen e Toulmin escreveram em 1988 uma obra, *The Abuse of Casuistry*, onde propuseram, frente ao que chamaram “a tirania dos princípios”, a reabilitação da “casuística”, método de pensamento que se centra, fundamentalmente, no caso concreto. A razão não opera aqui, de maneira dedutiva, senão em forma analógica. O ponto de partida são simplesmente máximas, tópicos ou lugares comuns que só podem ser compreendidos em termos dos casos paradigmáticos que definem seu sentido e sua força; o essencial consiste em elaborar uma taxonomia (moral, médica ou jurídica) que classifique os casos segundo suas semelhanças e diferenças. De acordo com os autores, os membros da comissão operaram inconscientemente de

24. *Op. Cit.* p. 65.

25. *Op. Cit.* p. 66.

maneira casuística (classificando as semelhanças e diferenças moralmente significativas que se davam entre os diversos tipos de investigação considerados).

Já Diego Garcia, além de conceder uma grande importância à casuística, se preocupa, sobretudo, com as questões de fundamentação. A operatividade dos princípios da bioética passa, em sua opinião, por estabelecer alguma hierarquização entre os mesmos que não dependa da ponderação das circunstâncias de cada caso. A hierarquia ocorre em face das distintas fundamentações. O da não maleficência e da justiça se diferenciam da autonomia e da beneficência na medida em que obrigam com independência da opinião e da vontade das pessoas envolvidas e, portanto, são hierarquicamente superiores aos outros dois. Entre uns e outros há diferenças que existem entre o bem comum e o bem particular. Os primeiros configuram uma “ética de mínimos” e os segundos uma “ética de máximos”. O primeiro se corresponde com o direito, o segundo com o específico da moral<sup>26</sup>.

Para Atienza, estas duas últimas propostas estão corretas em considerar insatisfatória uma concepção puramente principialista como a de Beauchamp e Childress, esforçando-se para construir uma ética ou bioética que proporcione critérios de caráter objetivo.

Com relação a Jonsen e Toulmin, o recurso a máximas ou tópicos é manifestamente insuficiente para elaborar critérios objetivos para a solução de conflitos, pois frente a um caso difícil sempre há mais de uma máxima aplicável, e a tópica não está em condições de oferecer uma ordenação dessas máximas. Esses autores parecem depositar uma excessiva confiança na prudência ou sabedoria prática. Segundo John Arras, a fé desses autores na casuística como uma máquina de consenso social é muito provavelmente gratuita. Com relação a Garcia, Atienza entende que sua teoria carece de justificação. Os fundamentos da hierarquização parece envolver uma petição de princípios.

Como escreveu Ramón Martín Mateo: só a lei pode dizer-nos quando e em que condições pode praticar-se um aborto ou realizar-se um transplante de órgãos. A fecundação artificial – e suas consequências jurídicas: filiação e herança – é também incumbência do legislador.

A proposta de Atienza de juridificar a ética se refere a outro aspecto da questão. Não diz respeito à conexão material entre o direito e a bioética, mas uma conexão metodológica. Sustenta que há um tipo de conflito jurídico cuja resolução consiste em ponderar princípios contrapostos, e para tratá-los há uma metodologia

26. *Op. cit.* p. 68

que poderia resultar de utilidade também para aplicação aos casos concretos dos princípios da bioética.

A solução de casos difíceis não obedece ao modelo de subsunção, senão ao método tópico: trata-se de uma técnica do pensamento problemático (Vieweg), o acento recai sobre as premissas, segue o modelo de ponderação proposto pelo professor da Universidade de Kiel, Robert Alexy e lançado sobre novas bases em nosso: *Fatores de Ponderação*<sup>27</sup>.

A formulação dos princípios poderia ser: 1) Princípio de autonomia: cada indivíduo tem direito a decidir sobre aquilo que lhe afeta (sua vida e saúde). 2) Princípio de dignidade: nenhum ser humano pode ser tratado como simples meio. 3) Princípio de universalidade (ou de igualdade): quem estão nas mesmas condições devem ser tratados de maneira igual. 4) Princípio de informação: todos os indivíduos têm direito de saber o que lhes afeta. Esses quatro princípios resolvem o que se pode chamar – casos fáceis. Nos casos difíceis esses princípios parecem resultar insuficientes. Não é o caso de desconsiderar os princípios anteriores, mas adaptá-los às situações concretas de difícil solução.

Assim, derivando dos anteriores, descobriríamos outros tantos princípios, que Atienza propõe chamar de utilitarismo restringido, do paternalismo justificado, do trato diferenciado e do segredo (princípios secundários).

No princípio de paternalismo justificado é lícito tomar uma decisão que afeta a vida ou a saúde de outrem se: a) este último está em estado de incompetência básica; b) a medida supõe um benefício objetivo para ele; c) se pode presumir racionalmente que consentiria se cessasse a situação de incompetência.

No princípio de utilitarismo restringido é lícito empreender uma ação que não supõe um benefício para uma pessoa, se com ela: a) se produz um benefício apreciável para outro ou outros; b) se conta com o consentimento do afetado; c) se trata de uma medida não degradante.

No princípio de trato diferenciado, é lícito tratar uma pessoa de maneira diferenciada de outra se: a) a diferença de trato se funda numa circunstância que seja universalizável; b) produz um benefício apreciável em outro ou outros; c) se pode presumir racionalmente que o prejudicado consentiria se pudesse decidir em circunstância de imparcialidade.

27. FATORES DE PONDERAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – Unindo a perspectiva constitucional à dimensão procedimental. (Artigo no prelo).

No princípio do segredo, é lícito ocultar a uma pessoa informações que afetam a sua saúde, se com isso: a) se respeita sua personalidade, ou b) se faz possível uma investigação a qual houve consentimento.

Entende-se aqui que as normas constitucionais de conteúdo bioético são, dentro da classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva<sup>28</sup>, de eficácia plena ou contida (aplicabilidade imediata), jamais limitada (aplicabilidade mediata), em virtude do seu caráter fundamental<sup>29</sup>, recepcionando os valores e princípios morais que conformam a conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde.

Destarte, o sentido da aplicabilidade imediata das normas fundamentais de conteúdo bioético, é o de que elas são imediatamente eficazes por *via direta* do Texto Constitucional, independente de atividade legislativa ou regulamentar, e se tais normas não implicam sempre, de forma automática a sua realização esta é uma tarefa que cabe aos interpretes e aplicadores da Constituição tornar possível.

## 8. COLISÃO ENTRE DIREITOS NOS QUADROS DA BIOÉTICA

A dignidade humana constitui a norma fundamental do ordenamento, e num conflito entre normas há que prevalecer aquela que se encontra mais diretamente conectada com a norma fundamental<sup>30</sup>.

Seguindo lição de Roberto Andorno<sup>31</sup>, pessoa se identifica com seu corpo. Não é em razão das qualidades do seu corpo que ela é a realidade mais sublime sobre a terra. É graças ao seu ato de ser, dotado de uma intensidade única, que ela possui uma dignidade constitutiva. Desde uma perspectiva já não ontológica senão ética, o termo pessoa é empregado para designar os seres que possuem uma dignidade intrínseca. Nesse sentido, dizer pessoa equivale a dizer “um ser que merece um tratamento com fim em si” a pessoa é o oposto da coisa, existindo um abismo infinito entre ambas realidades.

A dignidade ontológica, que é uma qualidade inseparavelmente unida ao ser mesmo do homem, sendo, portanto, a mesma para todos. Nesse sentido, todo homem, mesmo o pior dos criminosos, é um ser digno e, portanto, não pode ser submetido a tratamentos degradantes, como a tortura e outros.

28. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

29. CF, art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

30. RUIZ MIGUEL, Carlos. Los datos sobre Características: libertad, intimidad y no discriminación. In.: *Genética y derecho*. p. 38.

31. *Bioética y dignidad de la pesona*. p. 56.



A dignidade ética, que faz referência, não ao ser da pessoa, senão a seu obrar. Nesse sentido, o homem se faz ele mesmo, maiormente digno quando sua conduta está de acordo com o que ele é, ou melhor, com o que ele deve ser. Esta dignidade é fruto de uma vida conforme o bem, e não é possuída por todos da mesma maneira. Trata-se de uma dignidade dinâmica, construída por cada um. O trabalho de Adorno emprega o termo em seu primeiro sentido. Sinônimo do valor que deve reconhecer-se ao homem pelo simples fato de ser homem.

Aponta Mônica Aguiar<sup>32</sup> que há colisão de direitos quando o exercício de um, por parte de seu titular, esbarra no exercício de outro, por parte de pessoa diversa ou em face do Estado. Ensina ainda que deve existir solução que permita, com segurança, dirimir a colisão entre os princípios sem que se invalide o que tiver de ser preterido, é o que Canotilho denomina *concordância prática*.

No princípio da concordância prática ou harmonização, se busca alcançar a coordenação e combinação entre bens jurídicos em conflito de modo a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros. Assim, a incidência do princípio da concordância prática, em seu aspecto substancial (aspecto material), consiste em que todos os atos públicos ou privados que venham a privar a pessoa da sua liberdade ou de seus bens, ou de quaisquer direitos fundamentais, devem ser regidos pela **proporcionalidade**<sup>33</sup> e **razoabilidade**<sup>34</sup>. Razoável e proporcional é aquilo que é devido. A razoabilidade serve para afastar as decisões absurdas. Superada essa fase, num contexto de várias decisões possíveis e razoáveis, parte-se para a aplicação dos critérios de proporcionalidade, onde se insere o processo de ponderação.

No âmbito da bioética, tal processo se observa com uma maior frequência em face da pluralidade e abertura dos princípios a valorações muitas vezes contraditórias. Porém, tais contradições são afastadas no processo de concretização da dignidade da pessoa humana lida sob o aspecto constitucional e conformada pelos diversos preceitos fundamentais que compõe o regime jurídico-constitucional da bioética.

Assim, como observa Cambi<sup>35</sup>, não há controvérsia quando se defende em tese a dignidade da pessoa humana, mas quando, por exemplo, se discute se, em determinado caso concreto, é possível a interrupção da gravidez de um feto com

32. Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos. p. 96.

33. Sobre a origem e o sentido do princípio da proporcionalidade cf. Suzana de Toledo Barros. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, Brasília Brasília Jurídica, 1996. p. 33 et seq. Cf. ainda: Enrique Ruiz Vadillo. El derecho penal sustantivo y el proceso penal: garantías constitucionales básicas en la realización de la justicia. Madrid: Colex, 1997. p. 112 et seq.

34. Vide a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Melo, no RE n. 374.981, em 28.03.2005.

35. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. p. 672.

anencefalia, alguns defenderão, sob o argumento da tutela da dignidade humana, a vida do feto (bem indisponível e acima de qualquer outro direito contraposto). Já outros, como o mesmo argumento da dignidade, em favor da gestante, argumentarão que deve ser preservada a integridade física e psíquica da mulher, evitando um sofrimento imenso e inútil, sabendo-se que a gestação é, cientificamente, inviável<sup>36</sup>. Pode-se afirmar que ambas as argumentações são válidas; contudo, isto torna a *dignidade humana* uma fórmula vazia, sem nenhum valor argumentativo. Cambi identifica um conflito entre direitos fundamentais de espécie diferentes, tutela da vida, embora efêmera, do anencéfalo, e integridade física e psíquica da mulher e sua liberdade de escolha, porém ambos recebem o reforço argumentativo do fator de ponderação tópico-normativo da dignidade humana, que deverá passar por um contexto de fundamentação muito mais dinâmico e profundo do que o proposto por Cambi. É que, no momento da concordância prática deve aferir-se o grau de sacrifício que um direito deve submeter-se para preservar o outro.

Portanto, só o caso concreto tornará possível, pela argumentação jurídica, e conformada pela concordância prática entre os valores constitucionais fundamentais, orientada pela ponderação, a construção do conteúdo da dignidade humana, que se dará sempre no processo de concretização da norma.

Como aponta Claus-Wilhelm Canaris, os princípios não devem, fundamentalmente, ser colocados num quadro de exclusividade. Os princípios ostentam o seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas<sup>37</sup>. Assim é que, no atual Estado constitucional, os princípios que conformarão o regime jurídico-constitucional da bioética adquirem especial dignidade constitucional.

## 9. NORMAS CONSTITUCIONAIS DE CONTEÚDO BIOÉTICO

As normas constitucionais de conteúdo bioético constituem uma categoria ou conjunto normativo-constitucional<sup>38</sup> que compõem as normas de caráter fundamental, pois recepciona os valores e princípios morais que conformam a conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde.

Importante a observação feita por André Ramos Tavares de que “toda Constituição é composta por um sistema de normas, tal como o restante do ordenamento. Sublinhe-se, neste ponto, que se trata de um sistema normativo em toda

36. Cf. STF, ADPF 54.

37. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. pp. 92 e 93.

38. TAVARES, André Ramos. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 106.

a sua extensão, já que se apresenta composto por normas dotadas, sem nenhuma exceção, da necessária imperatividade. Apenas ocorre que a Constituição, por ser fundamento das demais normas, ancora os *principais valores* a serem absorvidos e resgatados em sua necessária desenvoltura ulterior, pelo restante das normas integrantes do sistema jurídico<sup>39</sup>.

É a partir da compreensão dos Valores Fundamentais que compreenderemos o verdadeiro significado das normas constitucionais de conteúdo bioético.

Modernamente<sup>40</sup>, tem-se aceito existência de duas espécies de normas constitucionais, as regras e os princípios, ambas dotadas de aplicabilidade, apesar do maior grau de abstração e abertura desta última, Ronald Dworkin chega a tratá-los por *standards*.

Tanto as regras quanto os princípios incorporam determinados valores, sendo a estes últimos atribuídos uma maior carga valorativa, tanto que se afirma que “os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores”<sup>41</sup>. Nesse aspecto, pode-se falar em hierarquia entre normas constitucionais (hierarquia axiológica), o que não ocorre, ao menos no nosso sistema constitucional<sup>42</sup>, no plano normativo (hierarquia deontológica).

Valores são, no contexto jusmetodológico, vetores de orientação do pensamento jurídico, algo em que a norma se pauta quando concretizada no mundo do ser, representam a ponte de ligação entre o fato e a norma. O contexto jusmetodológico se insere no pensamento “compreensivo” e orientado a valores, que Karl Larenz trata na sua obra: *Metodologia da Ciência do Direito*, onde subsiste uma tendência de oposição ao método analítico-abstrato de construção e desenvolvimento de conceitos jurídicos, a favor daquilo que Karl Engisch, em sua *Introdução ao pensamento jurídico*, caracteriza como tendência de concretização do Direito no sentido de um pensamento “holístico”, como vetor de orientação axiológica de todo o regime jurídico-constitucional da bioética.

Gustavo Tepedino e Judith Martins Costa vêm escrevendo diversos artigos na perspectiva de um direito civil constitucional, tendência essa já apontada na obra de Edvaldo Brito: *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio*

39. *Op. cit.* p. 107.

40. Diz-se modernamente, em virtude da tradicional Teoria Geral do Direito distinguir normas e princípios negando força jurídica a estes últimos, apenas ressaltando-lhe o caráter elucidativo na identificação dos valores. (nota do autor).

41. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 259.

42. No sistema constitucional alemão pode-se falar em normas constitucionais inconstitucionais (plano deontológico). Ver Oto Bachof: *Normas constitucionais inconstitucionais*.

*econômico*. Aponta Tepedino para a necessidade de um referencial constitucional para o direito privado. Esse referencial se identifica nas normas constitucionais de conteúdo bioético.

Edvaldo Brito<sup>43</sup> aponta para o reflexo na doutrina do Direito Constitucional, da distinção entre norma formalmente constitucional e norma materialmente constitucional, se posicionando pela inexistência de norma apenas formalmente constitucional, por entender que “toda e qualquer norma inserida na Constituição é *materialmente* compatível com sua natureza de repositório do direito de cidadania que atina com regras sobre sociedade civil, pluralismo, soberania popular etc”.

Quanto à fundamentalidade da norma esta lhe é atribuída em virtude do seu caráter de especial dignidade de proteção dos direitos, é o que se percebe da leitura dos Títulos I e II da nossa Lei Fundamental.

Restringir a fundamentalidade a tais títulos seria uma interpretação por demais restritiva, e estaria negando o caráter aberto da Constituição e o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais. Canotilho nos ensina que a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados se justifica através da fundamentalidade material<sup>44</sup>, que se insere naqueles preceitos decisivamente constitutivos das estruturas básicas do Estado e da sociedade.

Porém, apenas aqueles princípios tidos como fundamentais e as regras dotadas de conteúdo essencial que a torna especial e lhe confere tal característica ante a relevância social que assume perante a realidade, podem ser tratadas como *norma fundamental*. A leitura da vida e da saúde sob a perspectiva moral é algo que não apenas se caracteriza pela fundamentalidade material, mas que constitui um dos momentos densificadores da dignidade da pessoa humana, valor fonte e fundamento maior da Constituição Federal.

Ingo Wolfgang Sarlet, ressaltando a característica da fundamentalidade, nos ensina que preceitos fundamentais poderão ser considerados como todas as normas constitucionais (ainda que não expressamente positivadas) enunciando princípios e direitos fundamentais, evidentemente não restritos aos Títulos I e II da nossa Carta Magna<sup>45</sup>. A fundamentalidade até aqui abordada está intrinsecamente ligada ao caráter basilar da norma, ao conteúdo essencial que a torna especial e lhe confere tal característica ante a relevância social que assume perante a realidade.

43. *Limites da revisão constitucional*. p. 56.

44. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 377. Nesse sentido, JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 153; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 34.

Neste tópico pretendeu-se inserir as normas constitucionais de conteúdo bio-ético na categoria das normas constitucionais fundamentais, com a conseqüente aplicabilidade imediata dos seus preceitos. Pois se entende aqui que as normas constitucionais de conteúdo bioético, são de eficácia plena ou contida<sup>46</sup>, jamais limitada, em virtude do seu caráter conformador da dignidade humana.

O regime jurídico constitucional da bioética encontra-se conformado por diversos *preceitos* inseridos na Constituição, a maioria deles fundamentais, o que confere a esse regime um caráter de especial dignidade constitucional.

Importante a observação feita por Ramos Tavares<sup>47</sup> de que:

Toda Constituição é composta por um sistema de normas, tal como o restante do ordenamento. Sublinhe-se, neste ponto, que se trata de um sistema normativo em toda a sua extensão, já que se apresenta composto por normas dotadas, sem nenhuma exceção, da necessária imperatividade. Apenas ocorre que a Constituição, por ser fundamento das demais normas, ancora os principais valores a serem absorvidos e resgatados em sua necessária desenvoltura ulterior, pelo restante das normas integrantes do sistema jurídico.

Já no preâmbulo da Lei Fundamental, o poder constituinte originário estabeleceu o objetivo de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como *valores supremos* de uma sociedade *fraterna, pluralista e sem preconceitos*, fundada na *harmonia social*. Aqui se observa a dimensão teleológica do Estado, e em termos bioéticos podemos fundamentá-la numa perspectiva solidária, aberta ao pluralismo e sem preconceitos, muito próximo do que se disse ao tratar do estágio atual da bioética.

O art. 1º da Lei Fundamental estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil: I - a soberania; II - a *cidadania*; III - a *dignidade da pessoa humana*; IV - *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa*; V - o pluralismo político<sup>48</sup>. Nesse aspecto, fica clara a vinculação entre a dignidade humana e bio-ética, pois esse é o valor fonte que lhe conforma. Quanto à cidadania no aspecto bioético, está a perspectiva de participação popular na formação do consenso em torno de uma ética solidarista aplicada a vida e a saúde do ser vivente.

45. *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: alguns aspectos controversos*, p. 151 et seq.

46. Para um estudo específico sobre aplicabilidade das normas constitucionais, ver nosso artigo: *A concretização dos preceitos fundamentais*.

47. Op. cit. p. 107.

48. Todos os dispositivos citados nesse tópico remetem-se à Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal em seu art. 3º relaciona como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - *garantir o desenvolvimento nacional*; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - *promover o bem de todos*, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Todos, objetivos conformadores do regime jurídico-constitucional da bioética.

Daqui se passa ao art. 5º da Constituição, onde se inserem todos os incisos que densificam os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, como componentes do regime jurídico constitucional da bioética.

O § 1º do art. 5º confere aplicabilidade imediata ao regime jurídico da bioética, assunto já visto no capítulo anterior. Já o § 2º do mesmo artigo prevê a abertura do regime jurídico constitucional às normas materialmente constitucionais que não estão formalmente inseridas no Texto Constitucional, principalmente os princípios específicos da bioética.

Todos os direitos sociais como a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, previstos no art. 6º, bem como os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, previstos no art. 7º compõem o supracitado regime, pois a garantia dos direitos sociais mínimos constitui o padrão de sustentabilidade de uma bioética digna de aplicação.

O art. 170. funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - *defesa do meio ambiente*, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego.

O art. 218 estabelece que o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. O Estado apoiará a formação de recursos humanos

nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Já o art. 219 aponta que, o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

O art. 225 estabelece que todos têm direito ao meio *ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e essencial à *sadia qualidade de vida*, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: *preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País* e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético. Aqui se encontra o *locus* constitucional da titularização de direitos por gerações futuras, não mais as configurando como objeto de tutela numa relação jurídica, mas como titular de direito fundamental.

## **10. A BIOÉTICA NO DIREITO INTERNACIONAL E COMPARADO – BREVES APONTAMENTOS**

No âmbito das Nações Unidas, tem -se a “Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem”, adotada pela UNESCO, em 11 de Novembro de 1997.

No quadro da União Européia, encontra-se bem patente a preocupação de uma harmonização européia do tratamento das questões de ética médica, através do “Guia Europeu de Ética Médica” pode-se destacar a Resolução de 16 de Março de 1989, sublinhando a liberdade fundamental da ciência e da pesquisa, afirmando a necessidade de se definirem legalmente limites decorrentes de direitos de terceiros e da sociedade. Refere-se também à fecundação *in vivo* e *in vitro*.

No âmbito do Conselho da Europa, adota-se a “Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina”, adotada em 19 de novembro de 1996, igualmente afirma o primado do ser humano sobre a ciência.

Na resolução de 11 de Março de 1997, o Parlamento Europeu defende a proibição do desenvolvimento de investigações sobre a clonagem humana.

Nos termos da Declaração de Helsínquia da Associação Médica, de Junho de 1964, o interesse da pessoa deve sempre prevalecer sobre os interesses da ciência e da sociedade, respeitando-se o direito do indivíduo de salvaguardar a sua integridade pessoal. Também afirma o dever do médico em permanecer como “protetor da vida e da saúde”.

Observa Otero<sup>49</sup> que existe uma clara tendência internacional no sentido de devolver uma dimensão ética à investigação científica e tecnológica no domínio da genética e da bioética: a pesquisa não é um fim em si mesma, traduz um instrumento ao serviço de cada homem e de toda a humanidade.

A reforma constitucional de 1977 em Portugal introduziu no artigo 26º, uma expressa referência à garantia da dignidade pessoal e da identidade genética do ser humano. Assim, a Constituição portuguesa passou a ser um dos primeiros textos constitucionais a nível europeu, senão mesmo em termos mundiais, a reconhecer expressamente a identidade genética do ser humano, relacionando-a com a dignidade pessoal e a limitação da tecnologia e da experimentação científica.

Não se esgota aqui tão instigante tema que é o tratamento do fenómeno bioético sob a perspectiva do direito internacional e comparado, apenas se fez breves considerações para situar a bioética no contexto internacional.

O Bioconstitucionalismo nada mais é do que a leitura do fenómeno bioético através das premissas fundamentais do neoconstitucionalismo, onde os direitos fundamentais passam a compor o centro do sistema jurídico e a conformar todas as decisões judiciais, atos jurídicos e processos de concretização da norma jurídica, sempre vislumbrando o carácter aberto do texto constitucional.

## 11. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estado atual da bioética é o da sua leitura sob a perspectiva constitucional, aqui identificada no *bioconstitucionalismo*, onde se faz presente a seguinte máxima kantiana: “*Age de forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como de qualquer outro, sempre também como fim e nunca unicamente como meio*”<sup>50</sup>.

Hegel, tratando da postura da filosofia em face da realidade, no prefácio dos *Princípios da Filosofia do Direito*, diz que “*no que respeita ao indivíduo, cada um é, aliás, um filho do seu tempo*”, no mesmo sentido Ortega y Gasset afirma: “eu

49. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. p.102.

50. Kant, 2º imperativo categórico.



sou eu e minhas circunstâncias”. A bioética é esse algo de temporal e circunstancial que proporciona o equilíbrio entre a ciência da vida e a ciência do espírito.

## 12. REFERÊNCIAS

- ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. [S.l.]:Tecnos, [S.d.].
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales – El Derecho y la Justicia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ATIENZA, Manuel. Juridificar la Bioética. In.: *Bioética y derecho. Fundamentos y problemas actuales*. Comp.: Rodolfo Vasquez. México: ITAM, 1999. Cap II – p. 64 – 91.
- BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851. 2005. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 01 jul. 2006.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de Sistema na ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2002.
- CASTRO, Mônica Aguiar da Silva. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Direito à Filiação e Bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é Bioética*. Brasília: Ed. Brasiliense, 2002. Coleção: Primeiros Passos.
- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930.
- \_\_\_\_\_. *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard: Harvard University Press, 1978.

- \_\_\_\_\_. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de Princípio* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (Coordinadores). *Estatuto Epistemológico da la Bioética*. México: UNAM, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos Interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, nº 781: 71-78, 2000.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. (da 20ª edição alemã) Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- \_\_\_\_\_. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JACOB, François. *O rato, a mosca e o homem*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juirs, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabinarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. Os Direitos Fundamentais – sua dimensão individual e social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: RT, nº 01: 198-208, 1993.
- OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. *Interpretação concretizante dos preceitos fundamentais*. Artigo Científico. Vitória da Conquista: Fundação Visconde de Cairu, 2003, 16 f.
- \_\_\_\_\_. *A Concretização dos preceitos fundamentais: contribuição para uma prática constitucional libertadora*. Monografia Jurídica. Vitória da Conquista: UESB, 2005, 42 f.

OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. rev., atual. e amp., São Paulo: RT, 2003.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos, democracia e integração regional: os desafios da globalização. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, nº 37: 109-128, 2001.

RUIZ MIGUEL, Carlos. Los datos sobre Características: libertad, intimidad y no discriminación. In.: *Genética y derecho*. A.A.V.V. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, [s.d.].

SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

SARMENTO, Daniel (Organizador). *Interesses públicos versus Interesses privados: des-  
construindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen  
Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil – Tomo I*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.





## XV

# A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*, A TEORIA DA PRESSUPOSIÇÃO E A TEORIA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO EM FACE DA DOUTRINA *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* – O PRIMADO DA COERÊNCIA E AS SITUAÇÕES DE CERTEZA SUBJETIVA

Wagner Mota Alves de Souza

Advogado; Mestre em Direito Privado e Econômico da UFBA. Endereços eletrônicos: wagnermas@hotmail.com; wagnermass@yahoo.com.br.

**RESUMO:** O presente trabalho propõe-se a realizar uma análise sobre uma situação conflituosa que se revela quando as teorias da pressuposição, da base negocial e a cláusula *rebus sic stantibus* são interpretadas à luz da doutrina *venire contra factum proprium*. Estas influentes e intrigantes teorias que flexibilizaram o cumprimento dos contratos e tolheram o seu poder de coerção sobre as partes contratantes, em princípio, permitiriam que estas atuassem de modo contraditório (pelo menos sob o prisma objetivo) ao pretender o desfazimento do vínculo negocial. De outro lado, a doutrina acima referida busca vedar comportamentos contraditórios nas relações jurídicas. Assim, após discurrir brevemente sobre as teorias e doutrina mencionadas, será buscada uma resposta a este aparente impasse, apontando-se a necessidade de compatibilização entre estas teorias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Civil; Obrigações; Impossibilidade de Cumprimento; Teorias.

**Abstract:** The present work aims to perform an analysis on a conflict situation that appears when the presupposition and the agreement basis theories, and the *rebus sic stantibus* clause are interpreted under the light of the *venire contra factum proprium* doctrine. Those influent and intriguing theories that have flexilized the binding character of contracts and restricted its binding power over the parties, in principle, would allow these parties to act in a contradictory way (at least under the objective stance) when intending the dissolution of the contractual bound. On the other hand, the above referred doctrine seeks to prevent contradictory behaviors in the jural relations. Thus, after briefly discussing the mentioned theories and doctrines, an answer will be sought for this apparent impasse, pointing towards the need of an harmonizing of these theories.

**KEYWORDS:** Civil; Obligations; Impossibility of Compliance; Theories.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A cláusula *rebus sic stantibus*; 3. Teoria da pressuposição; 3.1 Críticas de Lenel; 4. A teoria da base do negócio jurídico; 4.1. A teoria eclética de Larenz; 5. A doutrina *nemo postest venire contra factum proprium*; 6. Contradições Aparentes e Existentes; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.



## 1. INTRODUÇÃO

No contexto sócio-econômico pós Revolução Francesa, o liberalismo ganha proporções extraordinárias e seus reflexos são sensivelmente percebidos nos domínios do Direito, particularmente, no Direito Civil.

O contrato, instrumento imprescindível à satisfação de interesses econômicos, pois viabilizador da circulação de riquezas, sofre um processo de blindagem que o torna praticamente invulnerável a pretensões de desfazimento. Trata-se de um momento no qual vigoram, praticamente, sem restrições os princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos.

Em meados do século XVIII e início do século XIX surgem teorias que tolgem o exacerbado poder de coerção e vinculatividade dos contratos, especialmente as teorias da pressuposição e da base do negócio jurídico. Nesta mesma época houve o importante resgate da secular cláusula *rebus sic stantibus*, que cumpriu semelhante função, além de servir de lastro teórico para as referidas doutrinas.

A proteção até as últimas conseqüências do princípio da segurança jurídica pela maioria dos ordenamentos jurídicos europeus vigentes no início do século XIX e pela jurisprudência influenciada pela Escola de Exegese, na França, proporcionou situações de flagrante injustiça que motivaram o surgimento das referidas teorias. Estas acenderam uma chama iluminando caminhos menos tortuosos a serem trilhados pelos juízes na busca pela justiça.

Por outro lado, estamos diante de uma doutrina pouco divulgada no Brasil que trata do comportamento contraditório no Direito: a doutrina *nemo potest venire contra factum proprium*.

Ingresa-se na seara da teoria dos exercícios inadmissíveis, como é chamado pela doutrina portuguesa, que tem como um dos pilares o *venire contra factum proprium*, doutrina que busca vedar comportamentos contraditórios no Direito.

A questão que este trabalho se propõe a enfrentar consiste no fato de verificar se existe alguma contradição entre as teorias da cláusula *rebus sic stantibus*, da pressuposição e da base negocial em face da doutrina *nemo potest venire contra factum proprium*, uma vez que o comportamento de alguém que realiza um negócio jurídico e posteriormente reclama sua resolução apresenta-se aparentemente como contraditório, pelo menos sob o prisma objetivo.

## 2. A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*

A origem da cláusula *rebus sic stantibus* encontra seus fundamentos num texto de Neratius, segundo o qual: “*Contractus qui habent tractum sucessivum et*

*dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*”. Seu surgimento e desenvolvimento deram-se na Idade Média com os glosadores e o Direito Canônico.

A doutrina da cláusula *rebus* considera legítima a pretensão de dissolução de contratos comutativos de trato sucessivo ou com pendência futura quando as circunstâncias fáticas normais existentes no momento da celebração dos mesmos alteram-se de modo a escapar da esfera de previsibilidade dos pactuantes.

Trata-se de uma cláusula implícita nos contratos comutativos com projeção no tempo, como bem observa Caio Mário:

A teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientes se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas as que vigoravam no da celebração. (CAIO MÁRIO, 1975, p. 107/108)

A doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* atravessou os séculos e permaneceu viva na ciência jurídica, sendo, inclusive, tratada por renomados autores jusnaturalistas como Grocio e Puffendorf.

Todavia, em fins do século XVIII, a referida doutrina caiu em descrédito, principalmente em razão do surgimento da Escola de Exegese, na França, e da Escola Histórica do Direito, na Alemanha, que repudiavam a corrente jusfilosófica do Direito Natural.

A Escola de Exegese surge concomitantemente com o liberalismo econômico pós-revolucionário cuja ideologia estava preocupada em salvaguardar os interesses da burguesia preservando a todo custo o princípio da segurança jurídica e aprisionando os magistrados, ainda comprometidos com o Antigo Regime, aos limites estreitos da lei, permitindo nada além da interpretação gramatical e restringindo ao máximo o desenvolvimento judicial do direito. Qualquer construção teórica da ciência do Direito que estivesse desgarrada ou fosse além do Código de Napoleão (1804) era repudiada e sua aplicação era considerada puro arbítrio judicial. Assim, a doutrina da cláusula *rebus* sofreu duro golpe. Na Alemanha, a Escola Histórica que buscava um novo fundamento para o direito baseado nas instituições históricas formadas pelo costume, preocupada com o *usus modernus pandectarum* – atuação dos pandectistas no sentido de estabelecer uma correlação entre a lei romana e os costumes locais –, passa a repudiar o Direito Natural e, conseqüentemente, a doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* passa a ser esquecida.

O resgate da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* ocorre após o declínio das Escolas Histórica e de Exegese, no início do século XX, pouco antes da Primeira Guerra Mundial, com Erich Kaufmann. Todavia, o ressurgimento da referida doutrina passou despercebido, pois a obra de Kaufmann tratava basicamente do Direito Internacional Público. Após a Primeira Guerra, Krügkmann e Locher desenvolvem a doutrina da cláusula *rebus* e assinalam o seu retorno definitivo à ciência do direito na Alemanha.

A Primeira Guerra Mundial foi decisiva para o resgate da doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*. A economia européia entrou em colapso e muitos contratos de trato sucessivo ou de execução diferida foram afetados de modo a tornar excessivamente oneroso o cumprimento das obrigações assumidas. De fato, a ruptura drástica das circunstâncias fáticas normais existentes no momento da celebração dos referidos contratos gerou o desequilíbrio extremo na equivalência das prestações. A jurisprudência percebe, então, que os princípios da força obrigatória e da intangibilidade dos contratos devem ser relativizados, pois, caso contrário, diversos contratantes seriam inexoravelmente conduzidos à completa ruína. Aí ressurge, com toda sua força, a cláusula *rebus sic stantibus* permitindo a resolução do contrato ou o reajuste das prestações de modo a restabelecer o equilíbrio rompido. Serviu, inclusive, de lastro teórico para importantes teorias como, mais recentemente, a teoria da base do negócio e da imprevisão.

### 3. A TEORIA DA PRESSUPOSIÇÃO

O início do século XIX foi marcado pelo florescimento do liberalismo econômico. Parte dos países europeus, particularmente a França com Código de Napoleão (1804), buscou desenvolver um corpo legislativo com pretensões a esgotar o âmbito de regulação jurídica da conduta humana.

O contrato, instrumento hábil a permitir a circulação de riquezas e imprescindível aos interesses burgueses, passa por um processo de blindagem que o torna praticamente invulnerável a pretensões de desfazimento. A autonomia da vontade, corolário do liberalismo econômico, permitia que sujeitos de direito limitassem sua esfera de liberdade assumindo obrigações, tendo, em contrapartida, direitos a serem exercidos.

Operado o consentimento no sentido da celebração do contrato, passavam a atuar de modo avassalador os princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos. Praticamente nada poderia modificar ou dissolver o acordo de vontades por mais injustas que fossem as cláusulas nele contidas, a não ser a própria autonomia da vontade, manifestando-se sob a forma de distrato, ou



situações excepcionais previstas em lei que permitiam ao juiz desfazê-lo. Fora da lei só havia o arbítrio.

O princípio da segurança jurídica precisava de superior proteção para satisfazer às necessidades burguesas de solidez e continuidade no tráfego comercial. A justiça, enquanto valor ético-social, ficou relegada a plano inferior.

Em meados do século XIX, precisamente em 1850, percebendo a manifesta injustiça causada pela situações de impossibilidade superveniente de cumprimento da prestação, e o comprometimento ideológico que obstava a criação de uma resposta satisfatória pela maioria dos ordenamentos vigentes, Windscheid desenvolve a teoria da pressuposição. Teoria esta que representou duro golpe aos princípios da intangibilidade e força obrigatória dos contratos.

Consistia a teoria do ilustre pandectista alemão no fato de o contratante, no momento da celebração de determinado negócio jurídico, ter a certeza subjetiva que determinado fato ocorreu ou ocorrerá ou que determinada situação fática permanecerá no futuro, lastreando sua vontade negocial na convicção destes fatos. Sendo que a ausência desta certeza subjetiva inibiria a celebração do negócio.

Imprescindível a transcrição do entendimento de Karl Larenz acerca da referida teoria, *in verbis*:

Windscheid entendía por <<presuposición>> una limitación de la voluntad, exteriorizada en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez sólo para el caso, que o declarante considera cierto y, por tanto, no puso como <<condición>> (en sentido técnico-jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia. Si esta presuposición no se realiza, las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera. (LARENZ, 2002, p. 18)

Antunes Varela, eminente civilista português, elucida com exemplos precisos a teoria da pressuposição, conforme se verifica da transcrição que segue, *in verbis*:

O dono da fábrica encomendou uma grande partida de algodão, convencido de que o barco com a matéria-prima adquirida a uma outra firma se afundara na viagem. O empregado bancário alugou casa de veraneio, em Itaparica, para o mês de janeiro, persuadido de que gozaria nesse mês as férias a que tem direito. O tio legou todos os bens a um dos dois sobrinhos, convencido de que o outro morreu num acidente de viação. (ANTUNES VARELA, 1978, p. 90)

Ora, a questão crucial que se apresenta é como solucionar o problema advindo da inocorrência dos fatos pressupostos. Não verificada uma situação de certeza subjetiva que fundamenta a declaração de vontade negocial estaria o contratante obrigado, ainda assim, a cumprir a prestação devida?

A jurisprudência dos países europeus inclinou-se, durante muito tempo, à tese de aplicabilidade dos princípios do *pacta sunt servanda* e da intangibilidade dos contratos sem restrições, fechando os olhos para as hipóteses de extrema desigualdade e injustiça na execução do contrato, determinando ao devedor seu cumprimento incondicional.

Windscheid defendia a tese de que, em situações como esta, tendo a contraparte conhecimento da pressuposição, a medida mais próxima da equidade apontaria para dissolução do negócio jurídico, pois a vontade efetiva não coincide com a vontade verdadeira que deve ser privilegiada. A vontade efetiva, manifestada no momento da celebração do negócio, sofreria uma auto-limitação implícita subjetiva circunscrita ao universo do declarante, mas que chega ao conhecimento do declaratório.

O fato é que como o declarante parte da certeza subjetiva de que um fato ocorreu ou ocorrerá, por esta razão, não subordina a eficácia do negócio ao implemento da situação cogitada.

Deve-se ter clara a idéia que a vontade real do declarante pressupõe determinada situação fática que não se realiza. O negócio, embora consentâneo com a vontade efetiva, afasta-se da vontade real, sendo completamente pertinente a identificação da teoria da pressuposição com um condição não declarada, ou melhor, não desenvolvida.

### 3.1. Críticas de Lenel

Ao analisar a teoria da pressuposição, Lenel é incisivo ao afirmar que não haveria distinção entre esta e os motivos ensejadores da declaração de vontade.

Utiliza como exemplo o caso de um pai que, ao adquirir um anel de ouro para sua filha, tem a certeza subjetiva (pressuposição) que, em breve, será realizado o casamento desta e anuncia ao vendedor tal fato como o motivo a ensejar a compra.

Por sorte ou azar o casamento acaba não se realizando e aí, então, indaga Lenel: o vendedor está adstrito ao motivo conhecido declarado pelo pai da noiva? Estará ele obrigado a aceitar a dissolução do contrato de compra e venda?

Responde ele, de forma peremptória, que não.

Fundamenta sua objeção à teoria de Windscheid afirmando que não há distinção entre pressuposição e motivo. Ou pressuposição é condição, se declarada e aceita, integrando o negócio e operando vinculativamente, ou é motivo da

declaração, e cai no âmbito de irrelevância jurídica quando não expressa como motivo determinante da declaração.

Não haveria um meio termo entre condição e motivo. Uma realidade objetiva destoante da pressuposição formulada cairia no âmbito da teoria do erro nos motivos. Seria, portanto, desnecessária e contrária aos interesses do tráfico do comércio jurídico a teoria da pressuposição por estar em certa tensão com o princípio da segurança jurídica, uma vez que um motivo situado fora do contrato poderia obstar a propagação de seus efeitos.

Outra crítica repousa sob o argumento que seria igualmente injusto ao declaratório suportar o desfazimento do negócio em razão de chegar ao seu conhecimento os motivos. Se a eficácia do negócio não estava subordinada à condição ou se o motivo não foi expresso como único determinante para celebração, não haveria como retroceder ao acordo firmado.

A teoria de Windscheid chegou a ser aceita no 1º Projeto do Código Civil alemão, mas, diante das duras críticas de Lenel, a Comissão designada para segunda discussão sobre o projeto acabou por banir do texto legal a teoria da pressuposição.

#### 4. A TEORIA DA BASE DO NEGÓCIO JURÍDICO

As nefastas conseqüências advindas da Primeira Guerra Mundial no campo econômico, sobretudo a inflação, criaram condições propícias para o acolhimento da teoria da pressuposição que foi desenvolvida na obra de Oertmann. (LARENZ, 2002, p. 21)

Oertmann preocupou-se em aperfeiçoar a teoria da pressuposição, buscando responder às críticas de Lenel acerca da suposta equivalência entre pressuposição e motivos irrelevantes.

Defendia que a representação mental acerca de circunstâncias pretéritas, presentes ou futuras, marcada pela certeza subjetiva de sua realização, no momento da celebração do negócio jurídico, poderia obstar a irradiação de seus efeitos se fosse não só *conhecida*, mas também *não contestada* pelo declaratório.

Em 1921, Oertmann, em sua obra *A Base Negocial (Die Geschäftsgrundlage)*, trata pela primeira vez da teoria da base do negócio jurídico. Segunda esta teoria, a representação mental de uma das partes conhecida e não impugnada pela outra (ou de ambas as partes), no momento da celebração do negócio jurídico, acerca da existência ou não de certas circunstâncias pretéritas, presentes ou futuras que

embasam a vontade negocial, não correspondente à realidade objetiva, facultaria à parte prejudicada a resolução ou denúncia do contrato dependendo da natureza das prestações.

Larenz refere-se expressamente à definição de Oertmann, *in verbis*:

<<La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial.>>  
Si no existen estas circunstancias o desaparecen posteriormente sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte por ello perjudicada debe, según Oertmann, tener un Derecho a resolverle contrato y, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, a denunciarlo. (LARENZ, 2002, p. 5).

A teoria desenvolvida por Oertmann (e neste ponto concordamos com a visão de Larenz) praticamente se identifica com a teoria da pressuposição de Windscheid, pois se trata de uma teoria psicológica da vontade. A diferença consiste no aperfeiçoamento derivado das críticas de Lenel que resultou na inclusão na formulação teórica do necessário conhecimento e da não objeção à pressuposição declarada.

Outra distinção entre a teoria da pressuposição e a teoria da base negocial consiste no fato de na primeira a pressuposição constituir parte integrante da declaração, enquanto que na segunda a representação mental não se reporta apenas à declaração, mas ao negócio jurídico como um todo.

As circunstâncias que ingressam no universo de subjetividade do declarante não são apenas motivos da declaração, mas a fundação sobre a qual o negócio jurídico se ergue.

Assim, se um determinado sujeito celebrar um contrato de locação tendo como objeto um apartamento situado em frente à Praça do Campo Grande, Salvador/Ba, por um período de 7 dias, com o objetivo único de poder acompanhar de lá o desfile dos famosos blocos de carnal que tradicionalmente por ali passam e, por uma razão de interesse público, a Prefeitura Municipal muda, repentinamente, o percurso. Será que esta representação mental de que o circuito do Campo Grande, por onde sempre os blocos passaram, permanecerá inalterado constitui puros motivos irrelevantes ou é a base sobre a qual se funda o contrato de locação? Oertmann diria se tratar da base negocial.

O acréscimo à teoria da pressuposição do requisito do conhecimento da representação mental associada à inexistência de objeção pela outra parte também não responde inteiramente a crítica de Lenel, pois até que ponto pode ser exigida por

esta a impugnação da pressuposição? A insurgência contra a representação mental só se torna justificável se a eficácia do negócio está sujeita a sua verificação, e aí, estar-se-ia diante de uma condição ou único motivo como razão determinante do negócio. A manifestação despretensiosa de uma representação mental na qual se funda uma declaração não tem o condão de tolher a eficácia do negócio, pois a não objeção da contraparte não pode ser entendida como aceitação tácita. O reconhecimento tácito de uma das partes somente poderia operar efeitos se houvesse firme intenção da outra no sentido de declarar que o negócio jurídico está sendo celebrado, unicamente, em virtude de certa pressuposição (artigo 140 do Código Civil Brasileiro).

O critério psicológico adotado por Oertman conduz a situações nas quais a ocorrência de circunstâncias inesperadas, por não constituírem o cerne da representação mental, poderia acarretar sempre à dissolução do negócio por quebra na base do negócio.

A teoria da base do negócio na formulação originária de Oertmann peca por se preocupar demasiadamente com o critério subjetivo (representação), esquecendo-se da análise de situações objetivas pertinentes ao negócio jurídico, como o que é objetivamente necessário para consecução da finalidade contratual comum às partes.

Um importante passo para introdução de elementos objetivos à teoria da base do negócio, imprescindíveis após as críticas de Lenel, foi dado a partir dos estudos de Kaufmann referentes à doutrina da cláusula *rebus sic stantibus*, supramencionados. A doutrina da cláusula *rebus* tinha conteúdo eminentemente psicológico e Kaufmann conseguiu resgatá-la ao encontrar uma fundamentação objetiva, segundo a qual a variação de certas circunstâncias existentes no momento da celebração do negócio jurídico mesmo que imprevisíveis pela partes são irrelevantes quando não põe em perigo a *finalidade essencial do negócio*, a exemplo da destruição da equivalência das prestações.

Locher, então, faz a fusão da teoria psicológica de Oertmann da base do negócio jurídico com a teoria da cláusula *rebus sic stantibus* desenvolvida a partir da vertente normativo-teleológica de Kaufmann. Para Locher a base do negócio não consiste na representação mental das partes, mas nas circunstâncias necessárias a se alcançar a *finalidade do negócio*. Sem dúvida, constitui um sensível avanço na teoria da base do negócio jurídico.

Como bem observa Larenz os avanços conseguidos pela tese de Locher não invalida a teoria da base do negócio na concepção originária de Oertmann, uma vez que não consegue responder a situações em que ambas as partes incorram

em falsa representação da realidade. De fato, há situações que a representação equivocada não vai interferir a ponto de tornar inatingível a finalidade negocial (dependendo do vulto negócio jurídico celebrado) como na hipótese de investidores que acreditam estar vendendo e comprando dólares com cotação de R\$ 2,10 (dois reais e dez centavos), quando na verdade a cotação é de R\$ 2,00 (dois reais). E, neste caso, a teoria psicológica da base do negócio jurídico conserva sua utilidade, pois oferece resposta satisfatória. (LARENZ, 2002, p. 29)

Na seqüência do desenvolvimento da teoria da base do negócio jurídico surge a tese unitária de Lehmann que mescla elementos objetivos e subjetivos. Segundo esta teoria, torna-se imperioso para formação da base negocial: 1) que as circunstâncias existentes ao tempo da celebração do contrato sejam conhecidas; 2) a não inclusão do evento como condição em razão da certeza subjetiva acerca da sua existência ou inexistência; 3) que a contraparte, verificada a incerteza da ocorrência de certos fatos, tivesse aceitado a representação mental ou devesse aceitá-la se procedesse de boa-fé.

Antunes Varela critica a tese de Lehmann por achar forçoso uma aceitação da subordinação da eficácia do negócio motivada pela presunção de boa-fé, uma vez que, no momento da celebração do contrato, as partes atuam na mais ampla liberdade garantia pelo auto-regramento da vontade. Assim, não agiria de má-fé quem recusasse a eficácia do negócio a eventos incertos.

Larenz acredita que a tese de Lehmann retrocede à formulação precursora de Windscheid da pressuposição como condição não desenvolvida, todavia, orientada pela boa-fé objetiva.

#### 4.1. A Tese Eclética de Larenz

Em sua obra *Base Del negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, Karl Larenz, desenvolve uma tese eclética sobre a teoria da base do negócio analisando-a a partir dos prismas subjetivo e objetivo, conforme se verifica da transcrição que segue, *in verbis*:

La expresión <<base del negocio>> puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base <<subjetiva>> de la determinación de la voluntad de una o ambas partes como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base <<objetiva>> del contrato ( en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes –, ya que, de non ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría <<sentido, fin u objeto>>.

[...] La representación tiene que haber inducido a concluir el contrato no a una sino a ambas partes. (LARENZ, 2002, p. 34 e 37)

A base do negócio subjetiva de Larenz, consistente na representação mental de ambas as partes acerca de certas circunstâncias essenciais que influí decisivamente na formação dos motivos. Incorpora, pois, a teoria da pressuposição de Windscheid e a base do negócio de cunho psicológico de Oertmann.

A base do negócio objetiva, entendida como um conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é pressuposta pelas partes e cuja falta acarretaria a frustração do fim do negócio, tem como precursores teóricos Kaufmann que deu uma fundamentação de cunho objetivista à doutrina da cláusula *rebus sic stantibus* e Locher cuja tese descartava a base do negócio como representação mental e considerava-a como as circunstâncias necessárias a se alcançar o fim do negócio.

Uma das principais hipóteses da quebra da base objetiva do negócio é a destruição da equivalência das prestações. Acreditamos que institutos previstos no Código Civil Brasileiro tais como o estado de perigo, a lesão e a resolução dos contratos por onerosidade excessiva representam casos em que se observa um severo rompimento do equilíbrio entre as prestações caracterizador da quebra da base negocial objetiva.

Um exemplo, que talvez não seja pacífico é uma das modalidades do contrato de mútuo com garantia hipotecária (PES – plano de equivalência salarial) celebrado entre a Caixa Econômica Federal e pessoas físicas que sonham com a casa própria. O referido contrato serve a uma política governamental que, pelo menos em tese, busca possibilitar a aquisição, por uma parcela da população, de um bem imóvel destinado à habitação, mediante o empréstimo de um valor garantido pelo próprio bem que será adquirido. Todavia, na execução do contrato, observa-se freqüentemente que, como os juros pactuados incidem sobre um saldo devedor correspondente ao valor do imóvel, quanto menor poder aquisitivo tiver o mutuário menor será sua prestação e maior será seu saldo devedor. Assim, verifica-se que ao longo de 10, 15 ou 20 anos o mutuário já pagou o valor do imóvel (às vezes o dobro ou triplo) devidamente corrigido e vê-se obrigado a continuar quitando suas prestações, pois o saldo devedor ainda aponta uma dívida existente.

Sob o prisma da base negocial subjetiva constata-se que muitos dos referidos mutuários não acreditam que terão de arcar com valores que ultrapassam substancialmente o valor real do imóvel desejado. A representação mental formulada e decisiva na formação da vontade negocial e da base negocial não antevê esta catastrófica devassa nos seus patrimônios, pois, se o fizessem, não realizariam o referido contrato.

Poucos são aqueles que, sabendo das referidas conseqüências, levam adiante o propósito negocial. A imensa maioria da população que, por sorte, consegue auferir uma renda fixa desconhece as tormentosas conseqüências de um contrato de financiamento e tem a real e premente necessidade de ter um lugar para morar.

Sob o prisma da base negocial objetiva maiores razões apontam para extinção do referido contrato. Um contrato que gera para o mutuário a obrigação de arcar com valores que chegam ao dobro ou triplo do valor do imóvel, ainda que parcelados, constitui um caso manifesto de quebra da base do negócio jurídico motivada pela destruição da equivalência das prestações. Ademais, uma vez verificado que o valor real do imóvel (devidamente corrigido) já foi totalmente pago e que o mutuário goza do direito à habitação, já se tem a finalidade essencial do contrato alcançada. Não mais se justifica a continuação de sua execução a não ser para atender à cobiça do capital financeiro (mesmo público) em detrimento da existência digna da pessoa humana e de interesses sociais de altíssima relevância como o próprio de direito à habitação que seria, ao fim, desprezado.

As conseqüências jurídicas derivadas da desapareição ou quebra da base negocial representam um tema central desta teoria, pois se reporta diretamente a sua repercussão no plano fático.

A prudência e a razoabilidade recomendam que as conseqüências derivadas da quebra da base negocial sejam extraídas a partir da interpretação do contrato de modo a alcançar o sentido que o orienta. Os princípios gerais do direito também desempenham uma função reguladora imprescindível à obtenção de uma solução satisfatória, sobretudo, o princípio da boa-fé.

O fato é que o âmbito de hipóteses de aplicação da teoria da base negocial é vasto e cada grupo de casos reclama uma solução mais adequada, de modo a se constatar, de antemão, que a dissolução do contrato nem sempre é a medida mais compatível com os anseios de equidade.

Ao lado da dissolução do contrato, pode-se pensar no restabelecimento do equilíbrio das prestações pactuadas ou a postergação do vencimento de certas prestações, sempre em atenção ao fim do contrato. Conforme se trate da quebra da base objetiva ou subjetiva as repercussões serão igualmente diferentes.

Tratando-se da inexistência ou superveniente desaparecimento da base subjetiva do negócio jurídico derivado de uma pressuposição bilateral errônea das partes, aquela que se sentir prejudicada pode postular a ineficácia da cláusula respectiva ou do contrato como um todo se não puder realizar-se a cisão nas obrigações pactuadas. A tese de Oertmann recomenda a dissolução do referido negócio.



Operando-se a quebra da base negocial objetiva pela destruição da equivalência das prestações, deve-se buscar restabelecer o equilíbrio das referidas prestações, de modo a se respeitar a equidade na execução do contrato. Se tal medida não puder ser promovida deve-se extinguir o negócio celebrado. Este também é o destino dos negócios jurídicos cuja base objetiva desaparece pela impossibilidade de se alcançar o fim pretendido.

Feitas estas considerações acerca das importantes teorias da cláusula *rebus*, da pressuposição e, sobretudo, da base do negócio jurídico e observada a complexidade do desenvolvimento das relações humanas influenciadas por mudanças em certas circunstâncias objetivas, ou mesmo, comportamentos orientados pela certeza subjetiva de certos fatos, que nem sempre se verificam, devemos indagar se a conduta de um sujeito que celebra um negócio jurídico e depois não mais o deseja é contraditória. Devemos questionar também até que ponto são toleráveis comportamentos contraditórios no seio das relações humanas. Passemos a análise da doutrina *venire contra factum proprium*.

## 5. DOCTRINA *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

A doutrina *venire contra factum proprium*, enquanto um postulado geral e imanente da ordem jurídica que visa a coibir comportamentos contraditórios no Direito, tem seu primeiro registro na obra *Brocardica* de Azo, glosador que viveu na período da Idade Média, na qual se lê o aforismo: *venire contra factum proprium nulli conceditur* (a ninguém é permitido vir contra um fato que lhe é próprio). (SCHREIBER, 2002, p. 20/21)

Embora não existisse uma regra geral de proibição do comportamento contraditório, a análise dos textos romanos pelos glosadores revelou que em diversas passagens havia previsões vedando a conduta contraditória e, a partir daí, extraiu-se o referido brocardo jurídico.

Consiste a doutrina *venire contra factum proprium* no exercício de uma posição jurídica em contradição com um comportamento anterior que passa a ser tida como inadmissível. Trata-se da análise de dois comportamentos imputáveis a uma mesma pessoa, lícitos em si mesmos e diferidos no tempo. (MENEZES CORDEIRO, 2001, p. 742).

O primeiro comportamento (*factum proprium*) torna-se vinculante na medida em que desperta em terceiros a legítima expectativa de sua manutenção. O comportamento subsequente deve guardar uma relação de coerência com primeiro, caso contrário, estar-se-ia diante de uma contradição inadmissível.

O subsequente comportamento contraditório aparenta uma situação de licitude, no entanto, se observando mais detidamente o fenômeno jurídico e o perfil dos comportamentos de modo global, constata-se que, embora lícito em si mesmo, o comportamento contraditório quando analisado conjuntamente com o comportamento vinculante revela-se ilícito por atentar contra os princípios da boa-fé objetiva e da confiança.

O *factum proprium* não pode ser contrariado quando suscitar a confiança de terceiros que vão orientar sua conduta acreditando na manutenção deste comportamento inicial. Se um determinado sujeito diz que vai praticar uma conduta e não a pratica ou diz que não vai praticá-la e pratica-a, aqueles que pautaram sua ação a partir de uma real adesão à confiança gerada pelo comportamento inicial do referido sujeito poderão impugnar o comportamento contraditório.

Uma questão crucial a ser enfrentada refere-se à aplicação da doutrina *venire contra factum proprium* quando se está diante de uma relação jurídica negocial. A maioria dos doutrinadores admite que a aplicação da referida doutrina tem uma natureza residual, ou seja, para situações que o direito rechaça, de modo claro, o comportamento contraditório, reputando-o ilícito e cominando uma sanção respectiva não haveria necessidade da invocação da doutrina *venire contra factum proprium*.

A referida doutrina deve ser invocada em situações que o comportamento contraditório figure com uma aparente feição de licitude que se desfaz quando se percebe, num segundo momento, a violação do dever de boa-fé objetiva (entendido este como a exigência de um comportamento ético, pautado pela lealdade no seio das relações jurídicas) e a frustração da confiança despertada em terceiros.

Se o comportamento inicial gera um dever jurídico específico como aquele decorrente de um contrato, a não realização deste dever específico, embora caracterizando conduta contraditória, não consistiria hipótese de aplicação da doutrina ora tratada, pois o ordenamento jurídico já enquadra o referido comportamento como ilícito e prevê os efeitos da responsabilidade contratual.

Ao analisar a doutrina da cláusula *rebus*, a teoria da pressuposição e a teoria da base do negócio jurídico, percebemos que a pretensão de desfazimento do negócio e a não realização de certos deveres contratuais em razão de circunstâncias especiais não representam uma violação de um dever obrigacional específico.

Há um comportamento inicial que deseja a celebração de um negócio jurídico e outro que deseja a liberação dos deveres inicialmente assumidos seja pela dissolução do negócio seja pela modificação das obrigações assumidas. A problemática

que se apresenta, então, é, uma vez verificada a aparência de licitude quanto ao segundo comportamento no sentido do desfazimento do negócio, saber se a contraparte tem sua legítima confiança atingida quando este é desfeito, sobretudo, nas situações que envolvem a certeza subjetiva de certas circunstâncias que não se verificam.

## 6. CONTRADIÇÕES APARENTES E EXISTENTES

A doutrina do *nemo postest venire contra factum proprium*, não pode ser invocada em situações nas quais se opere a quebra ou desaparecimento da base negocial objetiva, seja pela destruição da equivalência das prestações seja pela impossibilidade de alcançar a finalidade essencial do contrato.

A contradição entre o comportamento inicial no sentido de celebrar um negócio jurídico e uma conduta subsequente na direção oposta que consubstancia uma pretensão de dissolução do negócio ou modificação das prestações é apenas aparente. No Direito e nas relações humanas de modo geral certos acontecimentos surgem ou se revelam e passam a influenciar o comportamento de modo diverso daquele que outrora fora praticado. Uma justa causa é razão mais que suficiente para justificar uma nova linha de ação, desde que não se atinjam direitos ou interesses juridicamente protegidos advindos de uma relação marcada pela confiança e pela boa-fé objetiva.

Quando é rompido o equilíbrio das prestações contratuais ou quando o negócio jurídico não chega a alcançar sua finalidade essencial não há frustração de uma legítima expectativa criada a partir da confiança e boa-fé. A riqueza dos fatos da vida leva a situações não desejadas, mas que precisam ser enfrentadas. Situações estas que podem colocar uma das partes em situação altamente favorável e a outra à beira da ruína, bem como colocá-las lado a lado quando percebem, através do bom senso, que o contrato não mais satisfaz os interesses ou a finalidade pretendida.

Nestas hipóteses a pretensão de dissolução do contrato ou reajuste das prestações não afeta os princípios da confiança nem a boa-fé objetiva, sendo, portanto, legítima e plenamente justificável.

Situação diversa é a pretensão no sentido de resolução do negócio jurídico motivada pela inoccorrência da pressuposição formulada por apenas uma das partes.

A teoria da pressuposição de Windscheid levaria a situações em que a eficácia contratual estaria subordinada à representação mental errônea de uma das partes desde que, de algum modo, conhecida pela outra.

A teoria da base negocial na formulação inicial de Oertmann quase que se identifica com a teoria da pressuposição, mas exige o conhecimento e a não impugnação pela contraparte acerca das circunstâncias pressupostas pelo declarante, para se proceder à dissolução do negócio.

Quando a declaração acerca das pressuposições não ocorre ou não chega ao conhecimento do pactuante, não há dúvidas quanto à vedação da conduta que pugna pela dissolução do negócio. Pois, embora coerente com a vontade real e com o universo subjetivo do contratante, a conduta objetivamente considerada é contraditória e atinge as legítimas expectativas criadas pela outra parte.

A dúvida maior se evidencia quando o pactuante tem conhecimento e não impugna a pressuposição formulada pela contraparte. Três situações podem ocorrer: 1) a parte tem dúvidas quanto à ocorrência de determinados fatos e subordina a eficácia do negócio a uma condição, situação em que a outra parte deverá se manifestar para consentir ou rechaçar a referida vinculação; 2) a parte tem a certeza subjetiva acerca de determinadas circunstâncias e declara a outra parte que celebra o negócio com base no único motivo determinante, situação em que deve a outra parte se manifestar, pois a não verificação do referido motivo viciará a declaração de vontade; 3) a parte atua também na firme persuasão de que certas circunstâncias ocorreram ou ocorrerão e baseia sua vontade nesta convicção, anunciando à contraparte, de modo ingênuo, ou seja, sem perspectiva vinculativa sua pressuposição.

Neste último caso não pode ser exigido da outra parte, embora conhecedora da pressuposição, a impugnação da referida proposição manifestada sem propósito vinculativo. Até porque nem sempre uma das partes contratuais tem motivos para duvidar da exatidão da pressuposição alheia, muito menos terá condições de impugná-la. Só terá razões para fazê-lo na hipótese de se tratar de condição ou de único motivo determinante. O silêncio da parte, nesta terceira hipótese, não converte a declaração inocente em base do negócio.

A teoria da base negocial, de cunho psicológico, de Oertmann é muito ampla e abrange estas situações, fazendo ingressar na base do negócio pressuposições equivocadas pertinentes a apenas uma das partes.

O inconveniente gerado pela teoria da pressuposição e pela teoria da base negocial de Oertmann é contemplar casos de dissolução do negócio jurídico a partir de critérios eminentemente psicológicos. A consequência disso é privilegiar a vontade real em detrimento da vontade efetiva. Todavia, esta pressuposição não verificada estaria interferindo nas legítimas expectativas criadas pela outra parte que confiou na vontade efetiva.

A conduta de uma parte que realiza um negócio a partir de uma pressuposição e, não verificada esta, busca o desfazimento do acordo é coerente sob o prisma da subjetividade, pois consentânea com a vontade real. Todavia, como destoa da vontade efetiva, fere o princípio da coerência quando analisada sob o prisma objetivo, uma vez que a outra parte gerou suas expectativas a partir da vontade efetiva e não tinha justas razões para duvidar da pressuposição inocentemente declarada.

Assim, desfeito um negócio jurídico com fundamento na teoria da pressuposição de Windscheid ou da base negocial de Oertmann, vinculada à pressuposição de apenas uma das partes, estaríamos diante de dois comportamentos contraditórios (o *factum proprium* concernente à celebração do negócio e a conduta contraditória no sentido de desfazimento deste) lícitos em si mesmos (pois a conduta embora contraditória seria legitimada pelas referidas teorias) que frustram legítimas expectativas da parte contrária oriundas da confiança, gerada a partir da vontade efetiva, e da boa-fé esperada na execução do negócio. Ou, considerando-se a teoria do negócio jurídico, sem interferência da teoria da pressuposição ou da base negocial de Oertmann, teríamos uma violação ao princípio da eficácia vinculante dos negócios jurídicos sob o prisma negativo, que impede que uma das partes ponha fim ao negócio ou se desvencilhe unilateralmente das obrigações assumidas.

## 7. CONCLUSÕES

Verifica-se, pois, neste último caso, que a doutrina *venire contra factum proprium* poderia ser invocada para frear propósitos atentatórios à confiança e à boa-fé despertadas pela vontade efetiva. O mesmo não ocorre quando se está diante dos pressupostos fáticos da tese eclética da base negocial de Karl Larenz, pois a pressuposição ingressa na base negocial (subjetiva) por ser compartilhada por ambas as partes e a base negocial objetiva refere-se a aspectos concernentes ao fim do contrato e a equivalência das prestações. Corrige-se, então, a amplitude do critério psicológico e introduz-se critérios objetivos que garantam a solidez da teoria da base negocial, preservando-se, também, o princípio de proibição de comportamento contraditório lesivo tutelado pela doutrina *nemo potest venire contra factum proprium*.

## 8. BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios**. 2. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- \_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1931.
- BORDA, Alejandro. **La Teoría de los Actos Propios**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. **Esboço do Código Civil**. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1983.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Novo Curso de Direito Civil: obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando: **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- \_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Direito dos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Tradução José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Base Del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Editirial Comares, 2002.
- MACHADO NETO, Antônio Luís. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MAIRAL, Héctor A. **La Doctrina de los Propios Actos y la Administración Pública**. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Triunais, 1999.
- MESA, Marcelo J. López. **La Doctrina de los Actos Propios en la Jurisprudencia**. Buenos Aires: Depalma, 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

- \_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Tradução Paolo Capitanio, Vol. I., Campinas: Bookseller, 1999.
- SCHREIBER, Anderson. **A Proibição do Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- VARELA, Antunes. **Direito das Obrigações**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- \_\_\_\_\_. **Direito das Obrigações**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- WALD, Arnoldo. **Direito Civil: introdução e parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.







# **DOCTRINA INTERNACIONAL**



Vincenzo Vigoriti







# XVI

## LA GIUSTIZIA SPORTIVA IN ITALIA

*Vincenzo Vigoriti*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de  
Florença – Itália.

**SOMMARIO:** 1. Il quadro istituzionale: il CONI e le Federazioni sportive; 2. Oggetto dell'indagine: lo sport professionistico e in particolare il calcio. 3. La dimensione internazionale: FIFA e UEFA; 4. Le scelte e le indicazioni internazionali in tema di giustizia sportiva; 5. L'attuazione di queste nell'ordinamento calcistico italiano ad opera della FIGC. Il vincolo di giustizia. La giustizia disciplinare; 6. Il controllo del giudice statale: ammissibilità e contenuto; 7. Le controversie del lavoro sportivo: la devoluzione ad arbitri; 8. Il controllo del giudice statale: ammissibilità e contenuto.

### 1. IL QUADRO ISTITUZIONALE: IL CONI E LE FEDERAZIONI SPORTIVE

A livello istituzionale, la comunità sportiva, intesa come insieme di soggetti legati dal medesimo interesse, è ordinamento giuridico perfettamente autonomo, al pari di altre comunità i cui membri siano legati da vincoli equiparabili. I tratti caratterizzanti sono la plurisoggettività, l'esistenza di strutture funzionalizzate all'attività e il potere di esprimere una normativa regolatrice dei fatti rilevanti. Si aggiunge l'autarchia, e quindi il potere di conoscere e risolvere i contrasti nati dall'applicazione delle norme. Per quanto concerne quest'ultimo, è comune e condivisibile il rilievo secondo cui la predisposizione di un apparato per la decisione di controversie è strumento necessario e irrinunciabile di chiusura dell'ordinamento, che non può abdicare a tale funzione, pena la perdita dell'autonomia.

Il fondamento normativo è anzitutto nella Costituzione e segnatamente nell'art. 2 (tutela dei diritti inviolabili), nell'art. 18 (libertà di associazione), e, per gli sport professionistici, anche nell'art. 41 (libertà di iniziativa economica). Poi nella legge ordinaria, in moltissime occasioni nel corso degli anni. Da ultimo, nella l. 17 ottobre 2003, n. 280, che all'art. 1 esplicitamente afferma che "la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo".

I rapporti fra l'ordinamento sportivo e quello statale sono quelli usuali che intercorrono fra lo Stato e gli altri ordinamenti giuridici interni. La chiave di



lettura è il principio di sussidiarietà e i valori, in costante confronto, sono quelli dell'autonomia (in tutte le sue manifestazioni), della collaborazione, del limite delle norme fondamentali, del controllo, e della garanzia.

Le situazioni di frizione fra i due ordinamenti, inevitabili e in concreto sempre più frequenti per il ruolo che il fenomeno sportivo viene assumendo nel sociale, vanno gestite avendo quei valori come punto di riferimento. Quindi, per quanto ci occupa, fermo restando che nel conflitto prevale l'ordinamento statale in quanto espressione di sovranità popolare (art. 1, comma 1, Cost.) e, fermo che non sarebbe neppure immaginabile pensare a settori di esenzione dal controllo giurisdizionale, si deve anche avvertire che l'intervento continuo e sistematico della giustizia statale è un disvalore che porterebbe alla negazione dell'autonomia, invece, garantita.

Senza diffondersi in dettagli, occorre dire che l'attività di indirizzo internazionale spetta al Comitato Olimpico Internazionale, e ad esso si riferisce, per l'Italia, il Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI). A quest'ultimo fanno capo le singole federazioni sportive, che di quell'ente sono "un'emanazione diretta", alle quali spetta ammettere le società interessate a svolgere l'attività, occuparsi del tesseramento degli atleti, provvedere ad assicurare la c.d. licenza ad altri operatori, naturalmente attivarsi per il raggiungimento dei fini istituzionali.

Il CONI è un ente autonomo, sovraordinato a tutta l'organizzazione sportiva, a cui pure appartiene, dotato di personalità giuridica di diritto pubblico (art. 1, D. Lgs. 23 luglio 1999, n. 242). Più complesso il discorso sulla natura delle federazioni nazionali. Al tempo in cui venne promulgata la legge istitutiva del Comitato olimpico nazionale italiano (CONI) (Legge 16 febbraio 1942, n. 426) le federazioni erano organi del comitato, ritenuto allora ente pubblico e si attribuiva loro veste pubblica. L'inquadramento veniva per certi aspetti confermato, ma per altri negato, dalla Legge 23 marzo 1981, n. 91 (norme sui rapporti tra società e sportivi professionisti) che, da un lato, ribadiva che le federazioni esercitavano un'attività di natura pubblicistica riconducibile all'attività del CONI, e, dall'altro, anche una privatistica, per le attività peculiari del settore. La scelta venne quindi confermata dalla Legge 18 novembre 1996, n. 586, concernente un problema specifico (premi di addestramento a favore delle società sportive), ma chiara nel presupporre la natura privatistica dell'attività.

Il D. Lgs. n. 242/1999 ha disposto sul riordino del CONI, ed ha chiarito la veste e il ruolo delle federazioni sportive. Queste agiscono in armonia con gli indirizzi del CIO e del CONI, e in tale veste svolgono "attività a valenza pubblicistica sulla base di poteri pubblicistici e mediante l'adozione di atti amministrativi" (quindi eventualmente impugnabili di fronte al TAR), ma non hanno natura di

ente pubblico, bensì di associazione senza fini di lucro, con personalità giuridica di diritto privato, disciplinata dal codice civile (art. 15, D. Lgs. n. 242/1999). Le precisazioni appena svolte sono da tutti, e da tempo, condivise e su di esse non occorre dunque soffermarsi.<sup>1</sup>

Nell'ambito dell'autonomia, le Federazioni hanno, ed esercitano, poteri penetranti sull'attività delle società affiliate, come, ad esempio, il controllo sull'adeguatezza finanziaria dei sodalizi (art. 12, Legge n. 91/1981) e, quindi di predeterminazione di parametri di capacità finanziaria, controllo della sussistenza dei requisiti, dell'indebitamento, della validità dei contratti stipulati con i tesserati, e così via. Tale potere è esercitato dagli organi di governo delle singole federazioni.

Altro e fondamentale potere è quello di repressione disciplinare, che le Federazioni esercitano tramite organi interni per controllare la devianza dalle norme che esse stesse pongono. Questo è il contenzioso che più preme alle Federazioni, come a qualunque altra formazione particolare dello stesso tipo (quali partiti politici, sindacati, comunità religiose, ecc.) e di questo si tratterà in modo specifico.

Si aggiunge il contenzioso economico, vale a dire quello che insorge fra società e atleti, in relazione al rapporto di lavoro sportivo che fra detti soggetti si instaura. Qui le Federazioni non gestiscono direttamente il contenzioso, ma vigilano sullo stesso, imponendo la devoluzione ad arbitri, assicurando la definitività dei provvedimenti, l'esecuzione concreta degli stessi, e sanzionando l'eventuale non ottemperanza sul piano disciplinare. Anche di questo si tratterà.<sup>2</sup>

## 2. OGGETTO DELL'INDAGINE: LO SPORT PROFESSIONISTICO E IN PARTICOLARE IL CALCIO

L'esperienza considerata è quella dello sport professionistico, e quindi dell'attività sportiva svolta a fini di lucro su base non semplicemente amatoriale.

Occorre subito dire che lo sport professionistico è attività d'impresa, come lo sono il tessile, l'edilizia, la meccanica fine, e via dicendo. Esso suscita interesse

1. In generale, i dati normativi sono agevolmente reperibili in Rete; gli scritti sono moltissimi, ved. in particolare G. Valori, *Il diritto dello sport*, Torino, 2005; V. Frattarolo, *L'ordinamento sportivo nella giurisprudenza*, 2 ed., Milano, 2005.
2. Non sarà invece possibile esaminare altri importanti aspetti del contenzioso, come ad esempio quello sul tesseramento (su cui adesso A. Piscini, *Il tesseramento di un atleta: natura giuridica dell'atto e dei vincoli conseguenti*, 2003), quello devoluto alla Commissione Vertenze Economiche, quello sul doping, ecc. Ved. E. Lubrano, *L'ordinamento giuridico del giuoco del calcio*, Roma, 2005.

generale ed ha un impatto economico di enorme rilevanza: assumere che l'attività di gestione e commercializzazione del calcio, del ciclismo, della boxe, ecc. sia in qualche modo diversa e migliore delle altre in virtù della componente ludica semplicemente non avrebbe senso.

I condizionamenti che derivano dalla componente economica hanno spinto molti ad assumere un atteggiamento di estremo cinismo, e a denunciare la perdita di valori che si dice esistessero in passato.<sup>3</sup> Trattasi di atteggiamento solo in parte giustificato, perchè se per certo lo sport professionistico non ha titolo per vantarsi migliore di altre attività svolte a fini di lucro, neppure merita di essere continuamente censurato in nome di valori antichi più mitici che reali.

Fra l'altro, c'è da chiedersi se la distinzione fra sport professionistici e sport amatoriali sia ancora attuale, e tale da fondare regimi normativi radicalmente diversi sul piano sostanziale e su quello della tutela. Nello sport moderno il livello è tale che anche i c.d. dilettanti sono costretti ad un impegno sostanzialmente professionale (allenamenti giornalieri, competizioni continue, trasferte, ecc.), ricevendo in cambio "rimborsi" significativi, che mascherano la corresponsione di veri e propri stipendi e l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con le società sportive.

La risposta va articolata, nel senso che mentre certe attività sono per certo solo dilettantistiche e quindi a ragione disciplinate in modo differenziato, altre invece lo sono soltanto formalmente, per cui non pare lecita la distinzione dei regimi positivi.

Il problema si è posto a livello comunitario europeo, in termini particolari, e segnatamente quelli dell'ammissibilità dell'applicazione del diritto comunitario all'attività sportiva. Il Trattato assegna all'Unione europea il compito di promuovere, fra l'altro, "uno sviluppo armonioso, equilibrato, e sostenibile *delle attività economiche*"....(art. 2), e prevede che, nel perseguimento dei fini assegnati, la Comunità possa vietare o incoraggiare determinati comportamenti (artt.3-4). E' da tempo pacifico che l'attività sportiva può essere considerata un'attività economica, e che "se ed in quanto tale" essa sia soggetta al diritto comunitario europeo. Il dubbio si poneva, appunto, per attività definite come amatoriali e quindi in teoria non caratterizzate da un apprezzabile ritorno economico.

3. Oltre sessanta anni fa, George Orwell scriveva: "*Serious sport has nothing to do with fair play. It is bound up with hatred, jealousy, boastfulness, and disregard of all rules and sadistic pleasure in witnessing violence; in other words it is war minus the shooting*" (The Sporting Spirit, 1945).

La risposta comunitaria è in una pronuncia occasionata dalla pretesa di un'atleta belga, praticante il judo, disciplina formalmente solo amatoriale, aveva agito contro la federazione di appartenenza, per averle quest'ultima negato il permesso di partecipare ad un torneo internazionale, quindi impedito di acquisire merito sportivo e, di conseguenza, vantaggi economici dati da premi, sponsorizzazioni, e altro. La convenuta aveva subito eccepito l'inapplicabilità del diritto comunitario alle attività sportive soltanto dilettantistiche, e chiesto per tale motivo il rigetto in limine della domanda.

La Corte di Giustizia ha deciso volgendosi al dato economico, più che a quello formale. Accertato che il reddito ricavato in effetti era tutt'altro che marginale, la sentenza ha riconosciuto alla ricorrente il diritto a svolgere la sua attività sportiva, senza restrizioni illegittime.<sup>4</sup>

L'orientamento europeo è condivisibile, e pare certo che esso influenzerà l'applicazione del diritto sostanziale nonché di quello processuale anche nel settore dello sport amatoriale. Nessuno può negare che anche l'apparato di giustizia predisposto dalle Federazioni degli sport dilettantistici debba garantire terzietà e indipendenza dei giudicanti e parità fra i contendenti, esattamente come previsto per gli organi che si occupano dei professionisti.

Questa analisi riguarda la giustizia sportiva nel calcio in Italia. La scelta è dovuta al fatto che il calcio è lo sport più praticato sia nel mondo che in Italia (oltre 1 milione di tesserati, e quasi 14mila società calcistiche), e di conseguenza quello più attentamente regolato, a livello sostanziale come sul piano della tutela contenziosa. Tanto da valere come riferimento per tutte le altre discipline, non solo professionistiche.

La normativa considerata è quella particolare degli organi che gestiscono l'attività sportiva a livello internazionale, e quindi FIFA e UEFA, nonché quella specifica contenuta nello Statuto della FIGC (Federazione Italiana Gioco Calcio) approvato dal Consiglio federale il 22 gennaio 2007. Naturalmente, sempre alla luce della normativa statale italiana, prevalente in caso di contrasto.

4. Corte di Giustizia, 11 aprile 2000, casi C-51/96 e C-191/97, Deliège, V. Vigoriti, *Diritto comunitario e sport: applicabilità, sporting exception, trasferimenti, nazionalità*, in *Contratto e Impresa*, / Europa, 2001, p. 624 ss.

L'affermazione della rilevanza economica dello sport è della Corte di Giustizia europea (sent. 15 dicembre 1995, Bosman C-415/93, in *Foro it.*, 1996, IV, c. 1), uno dei *leading cases* della giurisprudenza europea, a cui le pronunce successive hanno continuato ad attingere, apportando a loro volta contributi che hanno confermato scelte di fondo, ormai irrevocabili.

### 3. LA DIMENSIONE INTERNAZIONALE: FIFA E UEFA

Lo Statuto della FIGC all'art. 1 impegna la Federazione ad agire secondo gli indirizzi e i criteri determinati dalla FIFA e dall'UEFA, a cui dichiara di aderire.<sup>5</sup>

L'acronimo FIFA sta per *Fédération Internationale de Football Association*, e designa un sodalizio di federazioni calcistiche nazionali, una per ogni Paese (per l'Italia, la FIGC): lo Statuto attuale è in vigore dal 1 gennaio 2004. Trattasi di un'associazione di diritto privato, costituita ai sensi dell'art. 60 del Codice civile svizzero, norma che disciplina gli enti con fini diversi dal lucro, riconoscendo agli stessi personalità giuridica al momento stesso della loro costituzione (art.1, c.1).

Lo scopo è quello di promuovere e gestire il calcio in qualunque modo si ritenga utile: alla FIFA spetta dettare le regole del gioco ed organizzare manifestazioni di carattere internazionale (ad esempio, i campionati mondiali), come spetta al contempo promuovere valori, opporsi al razzismo, ecc.

Il sodalizio ha articolazioni interne, a vari livelli, e a fini diversi. Così, gli artt. 22-29 trattano dell'organo legislativo (il Congresso, definito come l'autorità suprema), gli artt. 30-31 di organi esecutivi (l'Executive Committee), altri riguardano il Presidente (art. 32), le commissioni permanenti, istituite per collaborare al raggiungimento dei fini. Sono inoltre previsti organi interni istituzionalmente deputati all'applicazione di sanzioni disciplinari ai membri del sodalizio: l'art. 56 menziona i "judicial bodies", che individua in un "disciplinary committee" (art. 57), e in un "appeal committee" (art. 58), destinato a conoscere dei gravami proposti contro le decisioni del primo organo. Infine, gli artt. 59 e 60, che compaiono alla sezione VIII dello Statuto, con la rubrica "Arbitration", indicano le scelte di fondo dettate alle Federazioni membre per il contenzioso interno disciplinare e patrimoniale.

L'UEFA (*Union des Associations Européennes de Football*) è una Confederazione di federazioni calcistiche su base continentale (o area geografica assimilabile) riconosciuta dalla FIFA, ed operante di concerto con quest'ultima. I rapporti fra le due entità sono in parte di subordinazione (in senso assai lato), e in altra parte di autonomia: l'art. 3 dello Statuto UEFA dice che essi sono stabiliti "by contract".

5. Ved. in generale E. Greppi – M. Vellano (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2005, p. 11 ss. (M. Sapienza sul Comitato Olimpico Internazionale); p. 71 ss. (C. Dordi, sulle Federazioni sportive internazionali); ved. in particolare p. 90 ss.; S. M. Carbone, sull'esistenza di una lex sportiva internazionale da interpretare secondo criteri uniformi e generalmente condivisi.



Anche l'UEFA è sodalizio di associazioni, disciplinato dall'art. 60 c.civ. svizzero, a cui partecipa una sola Federazione per Paese. Di nuovo, per l'Italia è la FIGC, come per gli altri Paesi europei sono le stesse Federazioni legate alla FIFA.

Lo Statuto è del 1997, più volte modificato, da ultimo il 23 marzo 2006, in sintonia con quello FIFA, con analogie e differenze su cui non è il caso di soffermarsi.

Le norme sul contenzioso c.d. interno, e quindi fra l'ente UEFA, i suoi membri, ecc. sono agli artt. 52-58; quelle sulla giustizia sportiva delle associazioni europee sono agli artt. 59-63 dello Statuto. Queste ultime sono omogenee a quelle FIFA, e possono essere quindi esaminate in modo unitario.

#### 4. LE SCELTE E LE INDICAZIONI INTERNAZIONALI IN TEMA DI GIUSTIZIA SPORTIVA

Lo Statuto FIFA del 2004 ha innovato il sistema di risoluzione delle controversie introdotto dallo Statuto precedente (del 7 ottobre 2001), ma lo ha fatto in qualche modo razionalizzando le disposizioni preesistenti, da cui conviene dunque prendere le mosse.

La disposizione fondamentale del vecchio Statuto era l'art. 63. La norma faceva carico all'organo legislativo del sodalizio di provvedere all'istituzione di una *International Chamber for Football Arbitration*, che a sua volta aveva il compito di creare un *Arbitration Tribunal for Football* (TAF, così dalla denominazione francese). All'esecutivo della FIFA spettava assicurare i mezzi finanziari necessari ad operare in condizioni di indipendenza.

Il modello era quello proposto dall'organo di vertice dello sport mondiale, il Comitato Olimpico Internazionale, a cui si doveva l'istituzione del *Tribunal Arbitral du Sport* (TAS) o *Court of Arbitration for Sport* (CAS) a Losanna, nel 1984, ed è evidente l'intento di far tesoro di quell'esperienza. L'insistenza della FIFA sul reperimento dei fondi e sull'autonomia del nuovo organo riflette consapevolezza delle prime esperienze del TAS, quando il giudice federale svizzero ebbe a dubitare dell'effettiva imparzialità dell'organo allora creato, proprio in considerazione della dipendenza finanziaria di questo dal CIO.<sup>6</sup>

6. V. Vigoriti, *Il "Tribunal Arbitral du Sport": struttura, funzioni, esperienze*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 425 ss.; di recente, A. Rigozzi, *Le fonctionnement du Tribunal Arbitral du Sport (TAS)*, in *Gazette du Palais. Les Cahiers de l'Arbitrage*, n. 2006/2, p.30 ss.; L. Fumagalli, *La giurisdizione sportiva internazionale*, in Greppi - Vellano, *Diritto*, cit., p. 117.

Tralasciando i dettagli, il vecchio sistema di tutela introduceva un importante elemento di novità nel contenzioso disciplinare. Fermo restando l'obbligo di percorrere l'iter del procedimento interno, contro le decisioni degli organi nazionali di ultima istanza (quindi riferibili alle Federazioni) si permetteva un appello "esterno", non a giudici statali, ma appunto al TAF, al pari di quanto è previsto nelle medesime situazioni per il TAS. Il disegno era quello di offrire una sede di carattere internazionale affidabile e imparziale, a chi intendeva gravarsi contro le decisioni di condanna della federazione di appartenenza. Lo scopo di sempre: scoraggiare l'accesso alla giustizia ordinaria.

Lo Statuto del 2004 ha ridimensionato il disegno tratteggiato solo tre anni prima. Il nucleo essenziale della riforma è nell'abbandono del progetto incentrato sulla creazione di un Tribunale arbitrale specifico per le controversie calcistiche, e nella scelta di convogliare il contenzioso verso il TAS, organo ormai consolidato come tribunale di vertice della giustizia sportiva, all'occasione, di primo o secondo grado. E questo in attuazione dell'unico e fermissimo principio che ispira la giustizia privata: il divieto di accesso al giudice statale, divieto protetto da sanzioni disciplinari severe (vedi per tutti, l'art. 61 F. e l'art. 61 U.).

Il discorso riguarda specificamente le controversie di carattere non strettamente nazionale, come ad esempio quelle delle associazioni nazionali con la FIFA, con l'UEFA, fra loro, e via dicendo (art. 59 F.). Lo stesso risulta previsto dall'UEFA, specifica nel disporre che le controversie di "european dimension" devono essere devolute al TAS (art. 61 U.).

Per quanto concerne le controversie di carattere sempre disciplinare, ma di dimensione solo nazionale, interna dunque ai singoli Paesi, il sistema fa perno sui seguenti principi.

1. Il contenzioso disciplinare deve essere gestito all'interno delle singole Federazioni da organi precostituiti a detto fine.
2. Esauriti i gradi di giudizio interni alle Federazioni, deve essere garantito in ultima istanza il ricorso ad una "independent and impartial Court of arbitration" (art. 61 U.). Un organo dunque esterno alla Federazione coinvolta nel procedimento disciplinare, sia come organo d'accusa che come ente di riferimento dell'apparato di giustizia disciplinare. Fermo il divieto di accesso al giudice statale, che il ricorso ad una corte esterna, però "sportiva", deve appunto scongiurare.
3. Esauriti i ricorsi, il provvedimento è definitivo, e nessun gravame è ulteriormente possibile, neppure al TAS (art. 60 (2), lett. c F.). Dal sistema

si evince che se il ricorso finale alla Corte esterna non fosse previsto, dovrebbe essere comunque data la possibilità alternativa di accesso al TAS, ultimo baluardo contro l'azione in giudizio dell'incolpato ormai definitivamente condannato.

## **5. L'ATTUAZIONE DI QUESTE NELL'ORDINAMENTO CALCISTICO ITALIANO AD OPERA DELLA FIGC. IL VINCOLO DI GIUSTIZIA. LA GIUSTIZIA DISCIPLINARE**

L'apparato di giustizia interna predisposto dalla Federazione italiana è sostanzialmente in linea con le prescrizioni che vengono dagli enti internazionali, con differenziazioni però significative, imposte dalla legge statale.

Anzitutto, il vincolo di giustizia. Riprendendo l'indicazione della FIFA (art. 61 (3)), ribadita dall'UEFA (art. 60), secondo cui le Federazioni nazionali devono inserire nei loro statuti una clausola che obbliga per gli associati a non rivolgersi al giudice e a devolvere le controversie agli organi interni, la FIGC ha una disposizione statutaria di tale contenuto. E' l'art. 27, di origine risalente, che adesso lo Statuto del 2007 ripropone senza mutamenti di rilievo (per quanto ci occupa in questo momento), dove si fissa il c.d. vincolo di giustizia, che è impegno soprattutto negativo per tutti gli associati di non rivolgersi al giudice statale. Sul piano tecnico, il vincolo ha natura negoziale perché espressione del principio di autonomia e partecipazione volontaria, ma trova adesso ulteriore legittimazione in una fonte normativa, e precisamente nell'art. 3, I c., legge n. 280/03.

Il comma 1 fissa un generico obbligo di osservanza dello Statuto e delle norme federali a carico di tutti i soggetti che a qualunque fine aderiscono alla federazione. Il comma 2 impegna gli stessi soggetti ad accettare la piena e definitiva efficacia di qualsiasi provvedimento adottato dalla FIGC, dai suoi organi o dai soggetti delegati nelle materie comunque riconducibili all'attività federale, nonché nelle vertenze di carattere tecnico, disciplinare ed economico.

Il comma 3 accoglie la disposizione CONI che obbliga le Federazioni ad inserire nei loro Statuti l'impegno degli associati ad esaurire i gradi del contenzioso interno, e a rivolgersi, infine, eventualmente, alla Camera di conciliazione ed arbitrato dello stesso CONI.<sup>7</sup>

7. L'istituto è previsto dall'art. 12 dello Statuto adottato il 23 marzo 2004, approvato con DM 23 giugno 2004. La norma prevede un procedimento di conciliazione che, in caso di mancato buon esito, sfocia in un arbitrato amministrato. L'attuale Regolamento della Camera è del 3 febbraio 2005. Esiste anche uno specifico Regolamento di Arbitrato, del 22 marzo 2005, che riguarda il procedimento per la risoluzione

Veniamo alla giustizia disciplinare, massima espressione dell'autodichia dell'ordinamento sportivo. La giustificazione tradizionale della deroga alla giurisdizione statale a favore di organi interni è quella della specialità della materia e della necessità di soddisfare esigenze di celerità così evidenti da non aver bisogno di illustrazione. Ma in realtà c'è di più: in un ambiente in cui l'attività sportiva risulta di forte impatto sociale e dove si contrappongono rilevanti interessi economici, l'ordinamento non può abdicare al controllo della devianza dalle norme che esprimono l'autonomia, senza mettere a rischio la sua stessa separatezza.

Si aggiunga che ormai con frequenza gli organi di giustizia sono chiamati ad occuparsi di condotte e fatti che travalicano i confini della normale devianza, e che per la loro gravità risultano pericolosi per la stessa sopravvivenza dell'ordinamento particolare. Nel senso che lo Stato non può continuare a proteggere l'autonomia di un ordinamento incapace di reprimere i comportamenti da esso stesso vietati, né può continuare ad astenersi dal controllare procedimenti e decisioni che incidono gravemente sui diritti di persone ed enti.

Un problema di questo tipo si è posto di recente proprio in Italia, dove gli organi della giustizia disciplinare sono stati chiamati ad accertare fatti di grave slealtà sportiva, ed hanno finito con l'irrogare pene di natura afflittiva come la revoca di titoli già assegnati, l'esclusione da tornei internazionali di squadre prestigiose, l'inibizione dall'esercizio della professione, tutto con conseguenze patrimoniali di notevole entità.

L'inadeguatezza degli organi e dei riti è stata subito denunciata, e la risposta, nell'emergenza, è stata ragionevole. Si è scelto di non cambiare le regole (per così dire:) in corsa, ma di trovare soggetti capaci di applicarle con correttezza, adattandole, nei limiti, alla peculiarità di situazioni straordinarie. Resta la questione di fondo, che è quella dell'attitudine della giustizia disciplinare a reprimere situazioni di devianza estrema.

Sul piano strutturale, nel precedente Statuto si prevedeva un contenzioso disciplinare articolato su quattro gradi (in senso lato): due *interni* alla Federazione, quindi da questa organizzati e gestiti, e poi, ancora, due *esterni* all'apparato

---

delle controversie relative all'applicazione del Manuale per l'ottenimento della licenza UEFA da parte dei Club, e delle controversie relative all'iscrizione dei campionati nazionali di calcio professionistico. L'arbitrato è secondo diritto, e irrituale. Sono espliciti in questo senso vari elementi testuali: l'art. 12 dice che nelle materie riservate agli organi di giustizia sportiva è possibile il ricorso solo all'arbitrato irrituale. Il successivo Regolamento dispone, all'art. 8 (7), che "la procedura arbitrale ha natura irrituale", e nello stesso senso si esprime l'art. 3 del Regolamento per la risoluzione delle controversie relative alla licenza UEFA. In generale, S. Battaglia, *La Camera di conciliazione ed arbitrato per lo sport istituita presso il CONI*, in *Riv. Arb.*, 2004, p. 615.

federale. Segnatamente un tentativo di conciliazione fra la Federazione e l'incolpato condannato, e poi eventualmente un arbitrato fra le stesse parti, entrambi organizzati presso l'apposita Camera del CONI.

La struttura era ritenuta pletorica e sovradimensionata: in sede di riforma si proponeva di abolire o limitare l'accesso al secondo grado del giudizio disciplinare, pur se la scansione in due istanze è quella usuale nel nostro sistema. In alternativa, o insieme, si suggeriva di rendere facoltativo il tentativo di conciliazione (però fortemente raccomandato in tutti i campi), fermo restando il ricorso agli arbitri.

Lo Statuto del 2007 ha innovato il sistema, rimasto peraltro invariato nella struttura essenziale. Senza indulgere in descrizioni, in linea generale, l'art. 30 dispone che organi della giustizia sportiva agiscano in condizioni di indipendenza, autonomia, terzietà, e riservatezza (in precedenza non richiesta, ma francamente implicita). La norma rinvia al Codice di giustizia sportiva, che dovrà essere emanato in tempi ragionevoli, per l'indicazione delle fattispecie di illecito e delle relative sanzioni.

L'art. 30 bis è nuovo, e si occupa dell'organizzazione, adesso totalmente ristrutturata (la transizione è all'art. 34 St.). Sono istituiti nuovi organi (la Commissione di Garanzia) con compiti consultivi e di vigilanza e sono diversamente disegnati quelli destinati a farsi carico del contenzioso.

In primo grado, i procedimenti relativi ai campionati nazionali vanno ai giudici sportivi nazionali istituiti presso le Leghe (quella delle società di A e B, oppure quella delle società di serie C), altrimenti alla Commissione disciplinare nazionale (nei soli casi specificamente previsti). I ricorsi contro le decisioni di questi organi vanno alla Corte di Giustizia federale, a cui sono assegnate anche altre competenze.

Esauriti i gradi interni di giustizia federale, è consentito l'accesso alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato presso il CONI. La controversia viene quindi decisa, omisso medio, da un Collegio arbitrale in via definitiva con un lodo irrituale secondo diritto. Il tentativo di conciliazione non è più oggetto di un procedimento autonomo e separato, ma deve essere espletato unicamente nell'ambito dell'arbitrato, non oltre la prima udienza.

Come si vede, sono mantenuti i due gradi di giudizio, davvero non eliminabili, e si è un po' sveltito e razionalizzato il ricorso alla Camera del CONI. Quest'ultima istanza rimane in ogni caso indispensabile, perché il CONI rappresenta quell'organo, sempre sportivo, ma terzo (rispetto alla Federazione accusatrice), preteso dall'UEFA come estremo baluardo contro i ricorsi al giudice statale. Il che

dovrebbe permettere di considerare superati i rilievi di chi continua a lamentare l'estraneità dell'arbitrato CONI rispetto al sistema di giustizia disciplinare.

## 6. CONTROLLO DEL GIUDICE STATALE: AMMISSIBILITÀ E CONTENUTO

Il problema centrale della giustizia disciplinare è quello dell'ammissibilità e dei limiti del controllo del giudice statale sulle decisioni degli organi sportivi di tutela.

Da un lato, infatti, gli enti internazionali sono fermissimi nel vietare qualunque iniziativa che possa coinvolgere le Corti ordinarie, arrivando a minacciare (ed applicare) sanzioni severe, in via diretta o mediata, per chi violi la proibizione, sia essa una Federazione nazionale, una società sportiva affiliata, un tesserato, o altri.

Dall'altra, però, l'ordinamento statale non pare affatto disponibile a rinunciare al controllo. In Italia, ma non solo, perché lo stesso atteggiamento si riscontra in altri sistemi, come ad esempio gli Stati Uniti. In un caso ancora attuale sono ricordati gli elementi che giustificano l'intervento del giudice: *“The courts should rightly hesitate before intervening in disciplinary hearings held by private associations.... Intervention is appropriate only in the most extraordinary circumstances, where the association has clearly breached its own rules, that breach will imminently result in serious and irreparable harm to the plaintiff, and the plaintiff has exhausted all internal remedies. Even then, injunctive relief is limited to correcting the breach of the rules. The court should not intervene in the merits of the underlying disputes.”*<sup>8</sup>

Intanto, un primo controllo è consentito sul lodo irrituale che chiude l'arbitrato CONI, perché “il diritto ad agire innanzi ai competenti organi giurisdizionali dello Stato per la nullità dei lodi arbitrali” è adesso sancito dall'art. 27, comma 4, dello Statuto FIGC.

Trattandosi di lodo irrituale, l'impugnazione risulterà tuttavia limitata ai soli vizi di rito (in concreto quelli dell'art. 808 ter c.p.c.), esclusa quindi la censura per l'errore di giudizio o la manifesta iniquità.

Oltre a questo, si vuole però un altro e più pregnante controllo, quello sui vizi dell'atto federale che irroga le sanzioni disciplinari e delle decisioni che le confermano.

8. Harding vs. US Figure Skating Association, 851 F Supp. 1476 (1994). Ved. J. S. Blackshaw (ed.), *Mediating Sports Disputes: National and International Perspectives*, T.M.C. Asser Press, 2002.

Premono per escluderlo gli enti internazionali di governo dello sport e le Federazioni nazionali, e per ammetterlo (ovviamente) gli incolpati condannati, che vantano il sostegno di un'importante e recente legge statale (l. 17 ottobre 2003, n. 280). Questa legge garantisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo, ferma però la supremazia statale e fissa le regole di riparto della giurisdizione: 1) certe controversie sono riservate agli organi dell'ordinamento sportivo in via esclusiva; 2) per altre controversie è ammesso l'intervento del giudice statale (ordinario o amministrativo); 3) comunque devono essere esauriti i gradi della giustizia interna.<sup>9</sup>

Fra le materie devolute all'ordinamento sportivo in via esclusiva vi è quella del controllo disciplinare (art. 2 (e)(b)), e proprio su questa norma si fonda l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice statale, e quindi di improponibilità dei ricorsi, che la FIGC sistematicamente solleva, quando viene convenuta di fronte al giudice amministrativo.

Si oppone invece che il controllo è ammissibile, ai sensi dell'art. 1 (2) della medesima legge, laddove si esclude che l'autonomia ordinamentale sia schermo sufficiente quando le situazioni giuridiche soggettive di matrice sportiva rilevano per l'ordinamento della Repubblica.

La giurisprudenza (TAR e Consiglio di Stato, data la natura provvedimentale degli atti federali) è favorevole al controllo nei casi in cui la sanzione disciplinare "non esaurisce la sua incidenza nell'ambito strettamente sportivo, ma rifluisce nell'ordinamento generale dello Stato", volendosi anche sempre aggiungere che un'interpretazione diversa condurrebbe a dubitare della costituzionalità della riserva a favore dell'ordinamento sportivo.<sup>10</sup> In concreto, "rifluiscono" nell'ordinamento statale tutte le sanzioni più gravi. Ad esempio, per i tesserati, l'inibizione per alcuni anni, perché comporta il pericolo di un'esposizione a pretese risarcitorie; per le società affiliate, sanzioni come la retrocessione, una penalizzazione significativa, ed altre ancora. Con linguaggio sostanzialmente uguale a quello del caso Harding, specie nell'evocazione del *serious and irreparable harm* ivi contenuto.

9. Ved. per tutte Cass., Sez. Un., 23 marzo 2004, n. 5775; Cons. Stato, VI, 2 luglio 2004, n. 5025; i commenti a queste sentenze sono stati numerosissimi: fra i molti, L. Ferrara, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, p. 1233; M. Antonioli, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1026; F. Goisis, *ivi*, p. 997; F. Ghignone, *Brevi note in materia di giustizia sportiva*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 693 ss.

10. Ved. da ultimo due ordinanze del TAR Lazio, III-ter, ord. 22 agosto 2006, n. 4671, e n. 4666 in *Foro it.*, 2006, III, c. 538; in precedenza TAR Lazio, III-ter, 18 aprile 2005, n. 2801, e 14 dicembre 2005, n. 13616, relative ai procedimenti per illecito sportivo che hanno coinvolto squadre italiane e i loro dirigenti.

L'oggetto sono gli atti federali, escluso dunque il lodo irrituale, emesso dagli arbitri nominati dal CONI.

Il punto è delicato. Da una parte, infatti, l'iter del processo disciplinare si chiude necessariamente con un lodo appunto irrituale, impugnabile, solo per vizi del procedimento arbitrale. Dall'altro, se il TAR viene attivato, ad esso viene devoluta la cognizione di tutti gli atti federali, anche i più remoti.<sup>11</sup> A chi chiede come si possa sottoporre a controllo il lodo CONI, che costituisce il provvedimento finale dell'iter procedurale segnato dall'ordinamento sportivo, il Consiglio di Stato ha risposto che quel provvedimento non è un vero e proprio lodo arbitrale, ma è atto avente sostanziale carattere amministrativo, riconducibile alle federazioni e al CONI. Si tratterebbe insomma di attività amministrativa in forma arbitrale, anch'essa soggetta allo scrutinio del giudice.<sup>12</sup>

Si tratta di scelte ermeneutiche discutibilissime, come risulta evidente quando si pensi che, in difetto di gravame, il lodo varrebbe come provvedimento di natura privata e negoziale, riferibile direttamente alle parti, mentre assumerebbe natura di atto amministrativo nel caso di ricorso al TAR, contro gli atti da cui ha origine la controversia.

Il fatto è che nessuno Stato può rinunciare ad un qualche controllo su decisioni suscettibili di colpire beni personali e patrimoniali, anche costituzionalmente protetti e che questa è la ragione profonda delle opzioni giurisprudenziali appena menzionate. Non sarebbe dunque legittimo imporre sanzioni di carattere associativo a carico di chi, ritenendo di aver subito una lesione, si attivasse per il controllo statale, e ancor meno legittimo sarebbe che tali sanzioni venissero imposte dagli organi internazionali per la violazione di un divieto che la Federazione italiana semplicemente non può imporre.

## 7. LE CONTROVERSIE DEL LAVORO SPORTIVO: LA DEVOLUZIONE AD ARBITRI

Le controversie patrimoniali che oppongono i soggetti dell'ordinamento calcistico possono essere di varia natura. Ci occupano ora quelle del lavoro sportivo che riguardano i rapporti fra le società affiliate alla FIGC e i tesserati (atleti, allenatori, altri). Anche per queste controversie è imposta la deroga alla giurisdizione statale

11. Ved., ad esempio, TAR Lazio, III-ter, sent. 1 settembre 2006, n. 7910, in *Foro.it*, 2006, III, c. 538.

12. Ved. Cons. Stato, sent. n. 5025/04; TAR Lazio, III-ter, sent. n. 2571/05; Cons. Stato, VI, sent. 9 febbraio 2006, n. 527, ancora nel senso che il lodo CONI ha natura di atto amministrativo, che il giudice non può controllare per vizi propri, dovendo invece sindacare i vizi dell'atto da cui ha origine la controversia.



ma non la devoluzione ad organi interni, bensì ad arbitri, formalmente estranei all'organizzazione federale<sup>13</sup>.

Il divieto di accesso al giudice statale del lavoro trova la sua fonte primaria e generale nel vincolo di giustizia dell'art. 27 Statuto federale di cui si diceva sopra. Per sfuggire al vincolo si è detto che l'arbitrato doveva considerarsi illegittimo per contrasto con l'art.24 Cost., e con la garanzia del diritto di agire e difendersi ivi prevista. La censura postula il carattere obbligatorio della deroga imposta al momento dell'ingresso nell'ordinamento calcistico, e vorrebbe far valere il divieto posto da una consolidata giurisprudenza della Corte Costituzionale, ostile a riconoscere vincoli compromissori che non siano frutto di spontanea e meditata opzione.

La risposta è sempre stata che l'impegno per la devoluzione ad arbitri è il risultato consapevole dell'adesione volontaria all'ordinamento calcistico, e non può essere quindi considerato come imposto dall'esterno, contro la volontà degli interessati che con l'affiliazione o il tesseramento hanno invece dichiarato di voler far parte di quella comunità, accettandone le regole fissate nello Statuto<sup>14</sup>

Per di più, la l. 280/03 riconosce adesso espressamente la validità delle clausole compromissorie previste dagli Statuti delle Federazioni sportive, permettendo di considerare superati i dubbi sulla legittimità costituzionale dei patti compromissori di matrice statutaria.

Le controversie che ci occupano sono specie del genere lavoro individuale (art. 409 c.p.c.) e la deroga alla giurisdizione è ammissibile, alla luce dell'art. 806, II c., c.p.c., perché prevista da clausole compromissorie inserite nel testo del contratto tipo, redatto sulla base degli accordi collettivi intervenuti fra le associazioni rappresentative degli sportivi professionisti e quelle delle società calcistiche. I riferimenti sono nell'art. 4, comma V, l. 23 marzo 1981, n. 91, nell'art. 25 dell'Accordo Collettivo tra Calciatori Professionisti e Società Sportive (1989) e infine, esplicitamente, nell'art. 4 del Contratto tipo tra Calciatori Professionisti e Società Sportive. Si aggiunge la l. n. 280/03 che ribadisce adesso la validità delle convenzioni arbitrali inserite nei contratti tipo.

13. Su questi temi, in generale, Vigoriti, *L'arbitrato del lavoro sportivo nel calcio*, Milano, 2004; G. Vecchio, *L'arbitrato nel diritto sportivo*, in *L'arbitrato*, a cura di C. Cecchella, Torino, 2006, p. 583 ss.; M. T. Spadafora, *Diritto del lavoro sportivo*, Torino, 2005; S. Sica, *Sport in International Context*, Univ. Salerno, 2002, p. 23 ss.

14. L. Colantuoni – M. Valcada, *La giustizia sportiva e l'arbitrato sportivo*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, ivi, I, II, Torino, 1999, p.1130-1132; P. Gaggero, *L'arbitrato obbligatorio*, I, p. 59; V. Vigoriti, *L'arbitrato sportivo in materia economica*, in *Riv. Arb.*, 2000, p. 11-13.

Le controversie risultano affidate a Collegi arbitrali (alcuni per la serie A e per la B; altri per la C) composti da tre arbitri così scelti: uno fra soggetti elencati in una lista preparata dall'Associazione italiana calciatori (o da altra associazione per una diversa categoria) e uno fra i soggetti indicati dalle Leghe delle società professionistiche; il terzo con funzioni di presidente per sorteggio su una rosa di quattro persone (o più) che sono chiamate, sistematicamente e a rotazione, ad assumere questo incarico. I Collegi non sono organi FIGC, né delegati dalla federazione, bensì entità autonome, i cui membri operano in qualità di mandatari delle parti, esattamente come accade in qualunque altro arbitrato.

Sul piano strutturale il problema centrale è quello dell'imparzialità dei giudicanti, perché anche una giustizia di tipo privatistico e associativo deve assicurare agli utenti il valore essenziale della terzietà di chi decide. Valore universalmente affermato, come tempo fa ribadiva il Tribunale federale svizzero che, trattando del *Tribunal Arbitral du Sport*, aveva ritenuto illegittimo il sistema di nomina degli arbitri di quell'organo, per l'eccessiva discrezionalità degli organi di vertice nella scelta, e per la conseguente soggezione degli arbitri nominati a detti organi.

La stessa censura potrebbe essere riproposta qui, dove vengono nominati arbitri i soggetti più diversi, per periodi brevi, rinnovabili per un numero indefinito di volte, soggetti che possono venire rimossi (negando la conferma), senza giustificazione. La situazione è addirittura più difficile quando (su modello FIFA, e precisamente del Regolamento sullo *status and transfer of players* nel capitolo sul contenzioso) gli arbitri sono nominati dalle associazioni di categoria (esempio: calciatori, allenatori, società), perché i soggetti di estrazione sindacale continuano a sentirsi più parti che arbitri, più legati alla committenza che alla funzione.

Nel riferirsi ai Collegi, è frequente il rilievo che li considera inseriti nell'apparato della giustizia sportiva. La qualificazione vale ad uso espositivo, ma in realtà risulta imprecisa. Il Codice di Giustizia Sportiva della FIGC (che dovrà essere modificato per il coordinamento con il nuovo Statuto) non comprende l'istanza arbitrale, a cui si riferisce solo in una norma finale rubricata "altre istanze di giustizia" (art. 47). E lo fa in via indiretta, per dire che la FIGC si impegna a riconoscere "pieno effetto" alle decisioni arbitrali, e che è addirittura pronta ad "emanare ogni idoneo provvedimento per garantire esecutività alle stesse".

In ogni caso, la devoluzione ad arbitri rimane scelta fondamentale dell'ordinamento calcistico, che la persegue e la difende, senza farsi troppo condizionare da preoccupazioni sistematiche. Ad esempio, lo stesso art. 47 Cod. giust. sport., al punto 5 fissa l'obbligo di devolvere ai Collegi anche le controversie tra società e tesserati professionisti non soggetti ad accordi collettivi, e quindi legati da contratti che possono anche non contenere una clausola compromissoria. Al punto

6 estende la competenza dei Collegi alle controversie sulle pretese risarcitorie di tesserati nei confronti di società diverse da quelle di appartenenza, in casi in cui dette società siano risultate disciplinarmente responsabili. Qui addirittura la devoluzione ad arbitri, terzi e non inquadrati nella FIGC, è imposta a prescindere dal contratto, in ossequio evidente al principio che privilegia la giustizia interna di cui all'art. 27 dello Statuto.

## 8. IL CONTROLLO DEL GIUDICE STATALE: AMMISSIBILITÀ E CONTENUTO

Come quello del CONI, anche questo arbitrato è irrituale. L'assunto, più volte affermato, trova implicita conferma dell'art. 412-ter c.p.c., la cui rubrica espressamente qualifica come irrituale l'arbitrato previsto dai contratti collettivi, dissipando ogni dubbio (ammesso che mai ve ne fossero stati)<sup>15</sup>.

La regola di giudizio è il diritto. Il procedimento è disciplinato da un Regolamento arbitrale che è dichiarato componente essenziale dell'Accordo collettivo (art. 26), e che è richiamato, in tutto o in parte, anche da altri accordi di categoria che ad esso più o meno esplicitamente si riferiscono; la struttura è essenziale e in verità datata (è del 1989), ma non mancano spunti interessanti, e molte delle lacune potrebbero essere colmate (alcune lo sono state) in sede operativa.

Il problema di maggior rilievo è stato finora quello dell'impugnabilità dei lodi, problema a cui doveva darsi risposta affermativa, nonostante l'indicazione contraria dell'ordinamento calcistico<sup>16</sup>. E questo in base a precetti statali diversi, a cui si può aggiungere che l'impugnazione per nullità in base a vizi di rito non è rinunciabile, a dispetto di qualunque patto contrario stipulato dai compromettenti.

Il nuovo Statuto FIGC contiene disposizioni che sembrerebbero valere come riconoscimento esplicito del diritto all'azione in sede ordinaria. L'art. 27, comma 3, parla dell'obbligo generale di accedere all'arbitrato CONI, obbligo che dichiara però non sussistere per le controversie decise con lodo arbitrale emesso dai Collegi di cui si è appena detto, e per altre che non occorre indicare. Il comma 4 riconosce il diritto di agire "per la nullità dei lodi arbitrali di cui al comma precedente", e quindi anzitutto per quelli CONI, ma poi anche per gli altri ivi menzionati. Un'interpretazione diversa, restrittiva, parrebbe contraria al tenore

15. Specifiche sugli arbitrati del calcio: Trib. Milano, Sez. Lavoro, 14 aprile 2003, n. 1145, in *Giur. Milanese*, 2003, 418; Trib. Milano, Sez. Lavoro, 15 aprile 2003, n. 1189 (ined.); Trib. Milano, Sez. Lavoro, 25 marzo 2004, n. 2473 (ined.); Trib. Milano, Sez. Lavoro, 25 giugno 2006, n. 736 (ined.).

16. In tema, V. Vigoriti, *L'impugnazione dei lodi del lavoro sportivo*, in *Giur. it.*, 2007, I.

letterale della norma, e per di più sistematicamente errata per le ragioni che già fondavano il diritto ad impugnare sotto il precedente Statuto: prima fra tutte, l'irrinunciabilità al gravame.

Adesso i vizi deducibili. Le norme di riferimento sono l'art. 808 *ter* C.p.c., che elenca cinque motivi di doglianza, non tassativi, deducibili contro i lodi irrituali in generale, e gli artt. 412 *ter* e *quater* C.p.c., specifici negli arbitrati irrituali previsti dai contratti collettivi, compresi quindi quelli c.d. sportivi.

I motivi di ricorso in punto di rito non sono tipizzati e possono essere i più diversi, ma in concreto, la tipologia delle censure non risulta particolarmente ricca. E' ammessa l'impugnazione anche per i vizi di nullità e annullabilità tipici degli atti negoziali, ipotesi questa nelle controversie ordinarie rara, e ancor più tale per quelle sportive.

E' invece esclusa sia la deduzione dell'*error in iudicando*, sia la manifesta iniquità, che non sono ragioni di invalidità.

Sul gravame decide il Tribunale in unico grado. Si pone il problema di sapere chi debba conoscere del merito nel caso in cui la sentenza sia di accoglimento. La giurisprudenza esclude che lo stesso giudice che ha dichiarato nullo il lodo possa poi anche conoscere del merito della controversia, analogamente a quanto invece accade nel caso di impugnazione dei lodi rituali (art. 830 c.p.c.). La ragione è formale, e viene indicata nell'assenza di un'esplicita indicazione in tal senso delle norme di rito, che al contrario la prevedono a favore della Corte d'Appello nell'ipotesi di nullità del lodo rituale. In altra prospettiva, si potrebbe sostenere che attivato l'arbitrato poi deciso con il lodo (impugnato e dichiarato nullo), la clausola arbitrale abbia esaurito le sue potenzialità di deroga, per cui non sarebbe ammissibile una seconda devoluzione ad arbitri dello stesso rapporto, in forza della medesima clausola. L'art. 808 *quinquies* c.p.c. ha dato veste formale alla regola, dicendo che la clausola non perde efficacia solo se la controversia è stata decisa sul rito. Ovvio che invece la perde se c'è stata pronuncia sul merito.

Invalidato il lodo, le parti saranno costrette a dedurre il rapporto contenzioso di fronte al giudice ordinario, secondo le regole del rito del lavoro. Le conseguenze per qualunque rapporto sportivo saranno esiziali, non potendo nessun atleta sopportare le incertezze, ma soprattutto la durata, di quel processo ordinario che si era voluto in tutti i modi evitare.

## DISSERTAÇÕES E TESES DEFENDIDAS (1980-2005)

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
1	Antônio Carlos Araújo de Oliveira	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22.08.1980
2	Antônio Ezequiel da Silva	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22.08.1980
3	Edvaldo Pereira de Brito	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22.08.1980
4	Elsior Moreira Alves	O Direito Econômico no Estado Novo - 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22.08.1980
5	Geraldo Sobral Ferreira	Diretor, Sociedade Anônima - Relação Jurídica	Orlando Gomes	22.08.1980
6	Hermano Augusto Palmeira Machado	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22.08.1980
7	João Oliveira Maia	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22.08.1980
8	Jonhson Barbosa Nogueira	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22.08.1980
9	José Castro Meira	Consequências Cíveis do Ilícito Penal	Adhemar Raymundo da Silva	22.08.1980
10	Paulo Roberto Bastos Furtado	Juizo Arbitral	José Joaquim Calmon de Passos	22.08.1980
11	Pedro Manso Cabral	A Lei do Divórcio e o Novo Regime Legal de Bens no Brasil	Orlando Gomes	22.08.1980
12	Rogério Ataíde Caldas Pinto	Empresa - Aspectos Econômicos e Jurídicos	José Martins Catharino	22.08.1980
13	Ruy Santos Tourinho	Natureza Jurídica do Protesto Cambial	João de Mattos Antunes Varela	22.08.1980
14	Arx da Costa Tourinho	As Normas Constitucionais Da Ordem Econômica e Seus Efeitos Jurídicos	Nelson de Souza Sampaio	22.10.1980
15	Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres	Jurisdição Trabalhista	José Joaquim Calmon de Passos	28.08.1981
16	Francisco Wildo Lacerda Dantas	Usufruto da Empresa	Hermano Machado	30.11.1984
17	José Carlos Murtinho Nobre Gomes	O Contrato de "KNOW-HOW" e a Transferência de Tecnologia.	Pedro Manso Cabral	30.11.1984
18	Sílvia Campos França Conhin	Aspectos Jurídicos dos Grupos de Sociedade	Orlando Gomes	30.11.1984
19	Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro	O Direito Tributário, O Estado de Direito e o Desenvolvimento Nacional	Sylvio Santos Faria	29.03.1985
20	Sérgio Sanches Ferreira	O Contrato Factoring - Uma Solução para as Pequenas e Médias Empresas do Brasil	Geraldo Sobral Ferreira	20.12.1985
21	Rita de Cássia Simões Moreira Santos	O Bem Jurídico Imagem e sua Utilização	Washington Luiz da Trindade	28.05.1988
22	Marcus Vinicus Americano da Costa	Grupo Empresário no Direito do Trabalho	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	05.08.1988

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
23	Ninaldo Aleluia Costa	Justiça Agrária para o Brasil	Orlando Gomes	05.08.1988
24	Olindo Herculano de Menezes	Retificação de Área	Hermano Machado	27.10.1989
25	Wilson Alves de Souza	Terras Devolutas como Outro Tipo de Propriedade	Pedro Manso Cabral	22.12.1989
26	Adroaldo Leão	A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresa	Geraldo Sobral Ferreira	18.10.1991
27	Edmundo Cordeiro de Almeida	Direito e Desenvolvimento	Nelson de Souza Sampaio	18.10.1991
28	Nilza Rocha de Figueiredo	O Contrato de Aprendizagem	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	18.10.1991
29	Douracy Soares	O Módulo Rural e a Propriedade Familiar	Hermano Machado	27.12.1991
30	Jorge Luiz da Silva Machado	Considerações Jurídicas e Seus Fundamentos Sócio-Econômico em Torno da Problemática do Usu do Solo Urbano.	Hermano Machado	27.12.1991
31	Maria da Conceição Ferreira de A. Duarte	Alguns Aspectos Fiscais do Direito Contábil	Edvaldo Pedreira de Brito	27.12.1991
32	Mirian de Almeida Souza	A Política Legislativa do Consumidor a Luz do Direito Comparado	Josaphat Ramos Marinho	27.12.1991
33	Sérgio Alexandre Meneses Habib	A Dogmática Penal e as Novas Formas de Criminalidade Geradas Pelo Desenvolvimento Econômico-Técnico-Científico.	Adhemar Raymundo da Silva	27.12.1991
34	Ana Francisca Pinto de Souza	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Hermano Machado	14.02.1992
35	Gilberto Gomes da Silva	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Geraldo Sobral Ferreira	21.10.1992
36	Pedro Henrique Lino de Souza	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Pedro Manso Cabral	17.12.1992
37	Perpétua Maria Vieira Figueiredo	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Hermano Machado	17.12.1992
38	José Antônio Pereira Portela	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Hermano Machado	23.11.1994
39	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	23.11.1994
40	Rubem Dário Peregrino Cunha	A Proteção Administrativa do Consumidor	Hermano Machado	23.11.1994
41	Saulo José Casali Bahia	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	Geraldo Sobral Ferreira	23.11.1994
42	Paulo Vasconcelos Jacobina	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade	10.05.1995
43	Cícero Virgulino da Silva Filho	Proteção Possessória a Importância das Objeções de Mérito como Direito de Defesa nas Audiências Preliminares da Justificação	Washington Luiz da Trindade	30.08.1995
44	Deraldo Dias de Moraes Neto	Contrato de Franchising	Pedro Manso Cabral	01.09.1995
45	Jussara Maria Salgado Lobo	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Hermano Machado	09.10.1995

Dissertações e teses defendidas (1980-2005)

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
46	Heron José de Santana	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Pedro Manso Cabral	01.07.1996
47	João Augusto de O. Pinto	A Respons. Civil do Est.-Fornecedor de Serviços ante o Usuário-Consumidor	Edvaldo Brito	22.07.1996
48	Nilza Maria Costa dos Reis	Direito à Própria Imagem	Hermano Machado	05.09.1996
49	João Vargas Leal Júnior	O Contrato Bancário frente às Normas de Proteção ao Consumidor e às Normas de Direito Econômico	Geraldo Sobral	14.05.1997
50	Nágila Maria Sales Brito	Aspectos Jurídicos do Solo Urbano	Pedro Manso Cabral	03.06.1997
51	Adão de Assunção Duarte	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrópicos	Edvaldo Brito	16.06.1997
52	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	A Norma Constitucional Programática	Antonio Carlos A. de Oliveira	07.07.1997
53	José Diniz de Moraes	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Hermano Machado	17.07.1997
54	Pedro Braga Filho	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Hermano Machado	26.03.1998
55	Carlos Alberto Araponga Dória	ICMS - O Princípio da Não-Cumulatividade.	Sylvio Santos Faria	07.04.1998
56	Andremara dos Santos	Juiz: Senhor da Constituição? ( O Retorno do Direito Pretoriano)	Edvaldo Pereira de Brito	12.06.1998
57	Durval Araújo Portela Filho	Comentários à Lei nº 9.457, de 05.05.97, que Altera a Lei de Sociedade Por Ações, com ênfase para o Direito de Recesso de Acionistas Dos Dissidentes	Geraldo Sobral Ferreira	24.07.1998
58	Kadja Maria Ribeiro Parente	O Direito das Ações Preferenciais Oriundas de Incentivos Fiscais na Sociedade Anônima	Geraldo Sobral Ferreira	24.07.1998
59	Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito	27.07.1998
60	Sérgio Novais Dias	Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance	Edvaldo Pereira de Brito	27.07.1998
61	Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes	Concessão de Serviço Público: A Revivescência de um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito	23.11.1998
62	Roberto Cavalcanti Sampaio	Franchising: Reflexos Jurídicos nas Relações das Partes	Nilza Reis	26.04.1999
63	Adhemar Bento Gomes Filho	Liberalização das Telecomunicações - O direito econômico na transição para uma nova regulação de mercado	Hermano Machado	20.05.1999
64	Dirley da Cunha Júnior	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim	24.09.1999
65	Vera Maria Veigand	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado	06.10.1999
66	Ricardo Cesar Mandarino Barreto	Idéias sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado	23.11.1999
67	Antonio Augusto Brandão de Aras	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade	12.05.2000
68	Angélica de Mello Ferreira	A Flexibilização como Mecanismo Regulamentador do Direito do Trabalho	Washington Luiz da Trindade	19.05.2000

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
69	José Gomes Brito	A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Praticados contra o Meio Ambiente	Maria Auxiliadora Minahim	09.06.2000
70	Mario Jorge Philocreon de Castro Lima	Investigação sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria	13.06.2000
71	Celso Luiz Braga de Castro	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado	17.08.2000
72	Cláudio Alberto Gusmão Cunha	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade	19.12.2000
73	Sebastião Borges de Albuquerque Mello	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas - Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim	20.12.2000
74	Monica Neves Aguiar da Silva Castro	Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com Outros Direitos	Washington Luiz da Trindade	01.02.2001
75	Yuri Carneiro Coelho	A Importância do Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático de Direito: fundamentos para a determinação de seu conteúdo material	Maria Auxiliadora Minahim	24.10.2001
76	Robério Nunes dos Anjos Filho	A Prestação dos Serviços Não-exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim	30.11.2001
77	Bruno Espifeira Lemos	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade	05.12.2001
78	Marco Aurélio de Castro Júnior	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia	06.12.2001
79	Claudio Cairo Gonçalves	O Contrato Administrativo em Face da Atual Concepção de Estado.	Edvaldo Pereira de Brito	17.12.2001
80	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Poder Judiciário e Jurisdição no Mecosul: conflitos entre Normas Internacionais e Internas.	Edvaldo Pereira de Brito	18.12.2001
81	Cleonice de Souza Lima Santos	O Resgate do Usufruto para Solução de Interesses no Direito Familiar, Sucessório e Contratual.	Washington Luiz da Trindade	17.01.2002
82	Fredie Souza Didier Júnior	Admissibilidade do Recurso de Terceiro no Processo Civil Brasileiro	Geisa de Assis Rodrigues	28.01.2002
83	Milton Moreira de Oliveira	Responsabilidade do Administrador da S.A. por obrigações trabalhistas em razão de abuso de poder	Johnson Meira	08.04.2002
84	Selma Reiche Bacelar	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade	22.04.2002
85	Cinzia Barreto de Carvalho	Conciliação em matéria trabalhista na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai à vista de um Mercado Comum	Washington Trindade	31.07.2002
86	Daniela Ferreira Marques	A Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim	08.08.2002
87	Jayme Baleeiro Neto	As organizações sociais e o Controle dos Tribunais de Contas	Edivaldo Boaventura	23.08.2002
88	José Barroso Filho	Dano Ambiental: Sanção Expropriatória	Maria Auxiliadora Minahim	03.10.2002
89	Arthur de Oliveira Maia da Silva	Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Proposta para o enfrentamento jurídico das escolhas trágicas	Edvaldo Brito	21.10.2002



Dissertações e teses defendidas (1980-2005)

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
90	Luiz Cláudio Magalhães Madeira	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade	24.10.2002
91	Luciano Dórea Martinez Carreiro	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical	Washington Trindade	22.11.2002
92	Ronald Olivar de Amorim e Souza	Greve e Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luís de Pinho Pedreira	12.12.2002
93	Maria Paula Nogueira Ávila	Laborem Exercent: O Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização	Washington Trindade	13.12.2002
94	César Faria Junior	O término do processo administrativo fiscal como pressuposto para a instauração do processo penal por crime contra a ordem tributária	Maria Auxiliadora Minahim	16.12.2002
95	João Carlos Macedo Monteiro	Natureza Jurídica das relações entre o investidor e as Administradoras de Fundos de Investimento Financeiro	Paulo Pimenta	30.01.2003
96	Maria José Ramos Coelho L. A. Sento Sé	A imunidade tributária dos livros eletrônicos	Saulo Casali Bahia	31.01.2003
97	Denise Leal Fontes Albano Leopoldo	A Atuação do Ministério Público na Jurisdição Penal e a Instrumentalidade Garantista	Maria Auxiliadora Minahim	28.04.2003
98	Cecília Teixeira de Souza Oliveira	A Extrafiscalidade da COFINS	Saulo Casali Bahia	12.05.2003
99	Auristela Oliveira Reis	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia	16.05.2003
100	Ana Paula de Almeida Lima Leal	A inversão do ônus da prova em confronto com os princípios constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica	Edvaldo Brito	21.05.2003
101	Pompeu de Sousa Brasil	Blocos Econômicos: implicações jurídicas e perspectivas no contexto latino-americano	Saulo Casali Bahia	26.05.2003
102	Anna Guiomar Vieira Nascimento M. Costa	As relações contratuais na Internet	Saulo Casali Bahia	28.05.2003
103	Itamar Jezler Campelo	Dano patrimonial: conflitos e soluções	Pedro Sampaio	02.06.2003
104	Pedro Lino de Carvalho Junior	A lesão consumerista no direito brasileiro	Paulo Pimenta	16.12.2003
105	Ricardo Maurício Freire Soares	Hermenêutica, linguagem e princípios: repensando a interpretação do código brasileiro de defesa do consumidor	Edvaldo Brito	16.12.2003
106	Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda	A boa-fé objetiva nas relações de consumo	Saulo Casali Bahia	18.12.2003
107	Reinaldo de Souza Couto Filho	A impenhorabilidade do bem de família em relação às dívidas condominiais	George Modesto	18.12.2003
108	Maria Elisa da Silva Vilas-Bôas	Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos na Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida	Maria Auxiliadora Minahim	17.03.2004
109	Antônio Lima Farias	A Reforma Tributária em face do sistema tributário nacional no estado democrático de Direito	Edvaldo Brito	26.04.2004
110	Rafael Carrera Freitas	O Poder Normativo das Agências Reguladoras: Um mecanismo do sistema brasileiro de defesa da concorrência	Maria Auxiliadora Minahim	10.05.2004

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
111	Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao nome	Mônica Aguiar	24.05.2004
112	Eduardo Sodré	O processo cognitivo nos Juizados Especiais Cíveis	Johnson Meira	11.06.2004
113	João Marinho da Costa	A Propriedade e as Propriedades (Pesquisa da aplicação da tese de Pugliatti à propriedade sobre os bens móveis e à propriedade sobre os bens imóveis)	Mário Barbosa	30.06.2004
114	Sidney Pessoa Madruga	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas Na Realidade Brasileira	Edivaldo Boaventura	09.12.2004
115	Camila Lemos Azi	O Princípio da Equivalência material das Prestações no Novo Código Civil	Mário Barbosa	17.12.2004
116	Alvaro Emanuel de Oliveira Simões	O Jus Postulandi das Partes no Processo do Trabalho e suas Influências na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho Pedreira	06.06.2005
117	Ana Cristina P. Costa N. Meireles	As Normas Programáticas de Direitos Sociais e Direito Subjetivo	Edvaldo Brito	31.05.2005
118	Antonio Oswaldo Scarpa	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Judiciário	Paulo Pimenta	06.05.2005
119	Cláudio Mascarenhas Brandão	A Responsabilidade Objetiva do Empregador decorrente do Acidente de Trabalho nas Atividades de Risco Acentuado	Luiz de Pinho Pedreira	10.05.2005
120	Gamil Foppel EL Hireche	Análise Criminológica das Organizações Criminosas: Da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio.	Maria Auxiliadora Minahim	09.05.2005
121	Geisy Fiedra Rios P. de Almeida	Atos de Concentração: Repercussão da Desconstituição ou Alteração nas Relações Comerciais	Saulo Casali	25.07.2005
122	Lonardo Vieira Santos	A Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Mônica Aguiar	03.06.2005
123	Maria da Graça B. de Athayde de A Varela	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito	31.05.2005
124	Pedro Alexandre de Araújo Gomes	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-jurídicos	Mônica Aguiar	12.05.2005
125	Rosemilia Dias da Silveira Tannus	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas	Maria Auxiliadora Minahim	06.06.2005
126	Leonardo Tochetto Pauperio	A cidadania mínima: Relação jurídico-constitucional da extinção da fome e do alívio voluntário da dor	Edvaldo Brito	08.09.2005