

**Revista do Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia**  
Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto

**Revista do Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia**

Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto

Nº 13 • Ano: 2006  
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 2006

### COLEGIADO DO CURSO – 2006

01. Edvaldo Pereira de Brito (Coordenador)
02. Maria Auxiliadora Minahim (Vice-Coordenadora)
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 – 2006

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Celso Luiz Braga de Castro
03. Dirley da Cunha Júnior
04. Edilton Meireles
05. Edvaldo Pereira de Brito
06. Edivaldo Machado Boaventura
07. Fredie Didier Jr.
08. George Fragoso Modesto
09. Jonhson Meira dos Santos
10. Heron José de Santana
11. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
12. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
13. Marília Muricy Machado Pinto
14. Mônica Neves Aguiar da Silva
15. Mário Rodrigues Barbosa
16. Nelson Cerqueira
17. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
18. Pedro Soares Sampaio
19. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
20. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
21. Saulo José Casali Bahia
22. Washington Luiz Trindade
23. Willis Santiago Guerra Filho
24. Wilson Alves de Souza

### LISTA GERAL DOS ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – DEZEMBRO DE 2006

01. Ademar Arlindo Gume Tembe
02. Adrienne Monica Oliveira Souza
03. Adriano Carvalho Ahringsmann
04. Alassana Valdez
05. Alessandro Ribeiro Couto
06. Ana Beatriz Lisboa Pereira
07. André Luiz Batista Neves
08. Atila Djawara Moreira Ferreira
09. Bianca da Silva Alves
10. Carlos Frederico Guerra Andrade
11. César Cintra Fonseca
12. Claudio dos Passos Souza
13. Cristiane de Araujo Góes Magalhães
14. Cristiano Miranda Santana

15. Deivid Carvalho Lorenzo
16. Durval Carneiro Neto
17. Elke Braid Petersen Fraga
18. Emmanuela Vilar Lins
19. Erica Rusch Daltro Pinto
20. Eugenio de Souza Kruschewsky
21. Fábio Periandro de Almeida Hirsch
22. Flavia da Fonseca Marimpietri
23. Geder Luiz Rocha Gomes
24. Ilzver de Matos Oliveira
25. Irena Carneiro Martins
26. Jailson de Souza Correa
27. João Alves de Almeida Neto
28. João Glicerio de Oliveira Filho
29. Jose Antonio Ferreira Garrido
30. Juvenal José Duarte Neto
31. Kaline Ferreira Davi
32. Kamila Assis de Abreu
33. Lauricio Alves Carvalho Pedrosa
34. Leandro Lopes Pontes Paraense
35. Luciano Lima Figueiredo
36. Manoel Carlos de Almeida Neto
37. Marialva de Castro Calabrich Schlucking
38. Michelle Cristine Assis Couto
39. Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz
40. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
41. Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho
42. Patricia da Costa Santana
43. Paula Sarno Braga
44. Priscila da Mata Cavalcante
45. Rafael Menezes Trindade Barreto
46. Renata Figueiredo Brandão
47. Renato Amoedo Nadier Rodrigues
48. Ricardo Brito Ávila
49. Roberto Levy Bastos Manatta
50. Robson Sant'ana dos Santos
51. Rodrigo Andres Jopia Salazar
52. Rodrigo Bastos de Freitas
53. Salomao Resedá
54. Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves
55. Silvia Lorena Vilas Boas Souza
56. Tarsis Barreto Oliveira
57. Valdir Ferreira de Oliveira Junior

### LISTA DOS ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – DEZEMBRO DE 2006

01. Deraldo D. de Moraes Neto
02. Flavia Moreira Pessoa
03. Johnson Barbosa Nogueira
04. Marco Aurélio de Castro Júnior
05. Ricardo Mauricio Freire Soares
06. Sebastián B. de Albuquerque Mello
07. Yuri Carneiro Coelho

# SUMÁRIO

Curriculo do homenageado .....	13
--------------------------------	----

## Artigos do Corpo Docente

<b>I TÓPICOS SOBRE A ÚLTIMA REFORMA PROCESSUAL (EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA)</b> .....	19
---	----

*Fredie Didier Jr.*

1. Consideração introdutória .....	19
2. A averbação da pendência da execução no registro de bens economicamente relevantes. Novo meio típico de execução indireta.....	20
3. Restrições à legitimidade para arrematar: o confronto entre o art. 497 do CC e o art. 690-A, CPC, introduzido pela Lei Federal n. 11.382/2006.....	21
4. Questões controvertidas sobre o novo perfil dogmático dos embargos à execução.....	23
4.1. Penhora superveniente à oposição dos embargos à execução. Confronto entre os arts. 736, 739-A, § 1º, e 745, II, CPC.....	23
4.2. Restrição objetiva ao efeito suspensivo dos embargos à execução. Possível utilidade ao estranho § 6º do art. 739-A, CPC.....	25
4.3. Rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 739, III, CPC). Nova hipótese de improcedência prima facie.....	26
4.4. Aplicação do art. 738 do CPC aos processos em curso, em que o executado já tenha sido citado e ainda não tenha sido realizada a penhora .....	27
4.5. Possibilidade de impugnação à execução de sentença sem prévia penhora.....	27

<b>II CONTRATO: DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO – A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO</b> .....	29
---	----

*Roxana Cardoso Brasileiro Borges*

1. Introdução .....	30
2. Conceito clássico de contrato.....	30
2.1. O destinatário do conceito liberal de contrato.....	30
2.2. A exigência de segurança jurídica da burguesia.....	30
2.3. O contrato como acordo de interesses opostos.....	31
2.4. Os slogans da revolução francesa e seus produtos jurídicos no direito obrigacional .....	31
2.4.1. Liberdade e igualdade no Direito Civil napoleônico .....	31
2.4.2. Quem diz contrato, diz justo .....	32
2.4.3. A intangibilidade dos contratos .....	33
2.4.4. <i>Pacta sunt servanda</i> .....	33
2.4.5. O princípio da relatividade.....	33
2.4.6. O papel do Estado .....	34
2.4.7. A análise estrutural .....	34
3. Conceito contemporâneo de contrato.....	34
3.1. O destinatário variável do conceito contemporâneo de contrato .....	35
3.1.1. Conseqüência da variedade de contextos e sujeitos contratuais: há um contrato?.....	35
3.2. A exigência de justiça contratual.....	36

3.3. O contrato como vínculo de colaboração.....	37
3.4. As versões atuais dos antigos <i>slogans</i> .....	38
3.4.1. Igualdade substancial .....	38
3.4.2. Autonomia privada .....	39
3.5. A revisão judicial dos contratos: a tangibilidade da intangibilidade.....	40
3.5.1. Imprevisão.....	41
3.5.2. Onerosidade excessiva .....	41
3.6. Da estrutura à função: o renascimento do contrato .....	42
3.6.1. A função social do contrato no seu aspecto interno .....	43
3.6.2. A função social do contrato no seu aspecto externo: a relatividade da relatividade.....	44
3.7. A boa-fé objetiva: proteção da confiança .....	46
3.8. O papel do Estado .....	46
4. Conclusão.....	48
5. Bibliografia.....	49

**Artigos do Corpo Discente**

<b>III PRODUTOS TRANSGÊNICOS, SAÚDE, DIREITO E MEIO AMBIENTE: O CENÁRIO EM QUE SE RECEBE A NOVA LEI DE BIOSSEGURANÇA .....</b>	<b>53</b>
<i>Maria Elisa Villas-Bôas</i>	
1. Introdução .....	53
2. Breves noções de genética e engenharia genética.....	55
3. OGM e Meio Ambiente.....	57
3.1. Argumentos favoráveis.....	57
3.2. Argumentos contrários .....	59
3.3. O Princípio da Precaução .....	62
4. Evolução e situação atual dos produtos transgênicos no Brasil.....	64
5. Abordagens legislativas e o posicionamento jurisprudencial sobre a matéria.....	67
5.1. Constituição Federal de 1988.....	67
5.2. Código de Defesa do Consumidor .....	68
5.2.1. A questão da rotulagem .....	70
5.3. Lei de Patentes e Lei de Cultivares .....	72
5.4. Normas Ambientais: A Convenção de Biodiversidade .....	74
5.5. Jurisprudência.....	75
6. Conclusão.....	77
7. Bibliografia.....	78

<b>IV REPENSANDO UM VELHO TEMA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ..</b>	<b>83</b>
<i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
1. O neoconstitucionalismo e a valorização dos princípios constitucionais .....	83
2. A positivação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana .....	86
3. As possibilidades semânticas da dignidade da pessoa humana .....	88
4. As modalidades de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.....	91
5. Considerações finais.....	93
6. Referências.....	94

<b>V RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRODUÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS – OGM'S .....</b>	<b>97</b>
<i>Erica Rusch Dalro Pimenta</i>	
1. Introdução .....	97

## Sumário

2. Organismos geneticamente modificados (OGMs) .....	98
2.1. Breve história da biotecnologia.....	98
2.2. Conceitos de patrimônio genético e organismos geneticamente modificados .....	100
2.3. Breves considerações sobre a engenharia genética .....	100
2.4. Liberdade de criação e desenvolvimento tecnológico.....	101
2.5. Direito à identidade genética dos seres não humanos? .....	102
2.6. Legislação sobre os organismos geneticamente modificados .....	104
3. Riscos dos transgênicos e seus impactos na biodiversidade .....	105
3.1. Princípio da Precaução e da Prevenção.....	105
3.2. Valoração dos impactos ambientais.....	109
3.3. Prevenção e precaução dos impactos ambientais.....	109
4. Responsabilidade civil na produção dos organismos geneticamente modificados .....	110
4.1. Noções Gerais de Responsabilidade Civil .....	110
4.1.1 Teoria do risco-proveito .....	112
4.1.2. Teoria do risco criado .....	112
4.1.3. Teoria do risco profissional .....	113
4.1.4. Teoria do risco excepcional.....	113
4.1.5. Teoria do risco integral.....	113
4.2. Responsabilidade civil ambiental .....	113
4.2.1. Função da responsabilidade civil ambiental.....	113
4.2.2. Responsabilidade civil objetiva ambiental.....	115
4.2.3. Responsabilidade civil pela produção dos organismos geneticamente modificados (OGM's).....	117
4.2.3.1. Contexto atual da produção dos OGMs .....	117
4.2.3.2. Responsabilidade civil objetiva pela produção dos OGMs .....	119
5. Conclusões .....	121
6. Referências .....	123
 <b>VI SOBRE OS CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS E OS CONCEITOS JURÍDICO-POSITIVOS</b> .....	
125	
<i>José Antônio Garrido</i>	
1. Apresentação e delimitação do tema.....	125
2. Os conceitos jurídico-positivos e os conceitos lógico-jurídicos .....	126
2.1. Conceitos jurídico-positivos.....	128
2.2. Conceitos lógico-jurídicos.....	131
3. Palavras finais.....	136
4. Bibliografia.....	138
 <b>VII O DIREITO ADMINISTRATIVO, OS ATOS DE GOVERNO E OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO</b> .....	
139	
<i>Kaline Ferreira Davi</i>	
1. Introdução .....	139
2. Crise do paradigma da vinculação à Lei .....	140
3. O Princípio da Legalidade e a filtragem constitucional como justificativa para a derrocada do legalismo administrativo.....	141
4. Os atos de Governo, sua natureza, regulamentação e controle .....	145
5. Os Direitos Sociais e sua força normativa .....	148
6. Posição do STF em relação ao controle dos atos de alta densidade política.....	151
7. Conclusão .....	153
8. Bibliografia.....	154



<b>VIII OS REAIS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DAS PROPRIEDADES: (IN)ACESSO X FUNCIONALIZAÇÃO .....</b>	157
<i>Luciano L. Figueiredo</i>	
1. Breve Intróito .....	158
2. Premissa: A Legalidade Constitucional. Uma Análise Civil-Constitucional .....	158
3. As Propriedades: Do Clássico ao Pós-Moderno. Percurso Histórico e Desenho Atual .....	162
4. Função Social das Propriedades .....	166
4.1. Histórico .....	166
4.2. Conceito: Conteúdo ou Limite do Direito Proprietário? .....	168
4.3. Incidência: Proposta de Parâmetros Capazes de Aferir Maximização; .....	170
5. Conclusão .....	177
6. Referências .....	178
<b>IX COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....</b>	181
<i>Miguel Calmon Dantas</i>	
1. Introdução .....	182
2. O Princípio da Supremacia da Constituição .....	184
3. Controle Difuso de Constitucionalidade .....	189
3.1. Origem e Fundamentos do Controle de Constitucionalidade .....	198
3.2. Controle Difuso de Constitucionalidade no Brasil e a Relevância da Participação do Senado Federal .....	192
4. Competência do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade .....	201
4.1. Natureza do Controle .....	202
4.2. Âmbito de aplicação e atos sujeitos à resolução senatorial .....	203
4.3. Natureza da Competência .....	204
4.4. Eficácia e retratação .....	206
5. Conclusão .....	208
6. Referências .....	209
<b>X RENÚNCIA DE RECEITA SOB A ÓTICA DO §1º, DO ART. 14, DA LRF E BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS NO ÂMBITO DO CONFAZ .....</b>	213
<i>Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho</i>	
1. Introdução .....	213
2. Incompatibilidade entre o art. 4º da LC 24/75 e a CF/88: necessidade de ratificação legislativa dos convênios firmados no âmbito do CONFAZ .....	214
3. Invalidade de lei estadual que delegue ao Poder Executivo a competência para ratificar por decreto os convênios firmados no âmbito do CONFAZ .....	219
4. Conceito de não-geral, discriminado e diferenciado .....	221
5. Considerações finais .....	224
6. Referências .....	224
<b>XI A DIALÉTICA NA HERMENÊUTICA GADAMERIANA .....</b>	227
<i>Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</i>	
1. Intróito: Hermenêutica e Gadamer .....	227
2. A hermenêutica .....	229
3. A hermenêutica gadameriana .....	231
4. A dialética .....	235

5. A dialética gadameriana .....	240
6. Dialética materialista versus dialética gadameriana .....	243
7. Conclusão .....	246
8. Referências .....	246

**XII FATORES DE PONDERAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO  
E CONCRETIZAÇÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS**

<b>– PROCEDIMENTOS NORMATIVO E DISCURSIVO .....</b>	<b>249</b>
<i>Valdir Ferreira de Oliveira Junior</i>	
1. Introdução .....	250
2. Preceitos fundamentais .....	252
3. Interpretação concretizante .....	255
4. Dimensões dos direitos fundamentais .....	259
5. A dimensão procedimental – procedimento discursivo e procedimento normativo .....	260
6. Da ponderação dos preceitos fundamentais .....	264
7. Fatores de ponderação .....	268
8. Fatores de ponderação lógico-jurídicos (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) .....	269
9. Fatores de ponderação jurídico-positivos (liberdade, igualdade e solidariedade) .....	270
10. Fatores de ponderação tópico-normativos (dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e equidade) .....	272
11. Argumentação e democracia – o judiciário como representante argumentativo .....	274
12. Possibilidade emancipatória da teoria jurídica .....	277
13. Considerações finais .....	277
14. Referências .....	278

**Artigo de Convidados**

**XIII REFLEXÕES SOBRE A SITUAÇÃO JURÍDICA DO IDOSO  
E SEU CONCEITO NO BRASIL HOJE. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES .....**

<b>.....</b>	<b>285</b>
<i>Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann</i>	
1. Considerações preliminares e delimitação do tema .....	285
2. Justificativa .....	288
3. Idoso: imagem e consciência social .....	292
4. Situação jurídica do idoso: exame e reflexão .....	294
5. O problema da delimitação do objeto do estudo: o conceito de idoso .....	294
5.1. Critérios para definição do idoso: cronológico, psicobiológico, econômico-social e misto .....	295
5.2. Critério escolhido pela legislação brasileira .....	296
6. O idoso e o direito a identidade: breves considerações .....	296
7. O idoso na legislação: visão panorâmica .....	301
8. Conclusão .....	302
9. Bibliografia .....	304

**Doutrina Internacional**

**XIV RECHAZO DE LA DEMANDA**

<b>E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN .....</b>	<b>309</b>
<i>Juan José Monroy Palacios</i>	

1. La interrupción de la prescripción extintiva por emplazamiento. Régimen general.....	309
2. Exclusión de algunas hipótesis afines al tema analizado .....	310
3. Esbozo de un parámetro interpretativo inicial .....	311
4. Una tipología que elimina la posibilidad de aplicar una regla general .....	314
5. Casos atípicos de supervivencia de la eficacia interruptiva del emplazamiento.....	316
6. Conclusiones .....	316
7. Bibliografía utilizada e recomendada.....	317
<b>XV LA VERDAD Y LA PRUEBA .....</b>	<b>319</b>
<i>Oswaldo Alfredo Gozáni</i>	
1. Introducción .....	319
2. Prueba y debido proceso .....	321
3. La verdad en el proceso.....	321
3.1. Verdad real y verdad formal .....	323
3.2. La prueba como fijación de los hechos .....	325
3.3. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial .....	326
3.4. Síntesis de las tendencias .....	329
4. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos .....	331
4.1. Historia breve de la verdad en la prueba .....	332
4.2. La obligación de decir verdad sin texto legal que obligue.....	334
4.3. Alcance del deber de veracidad.....	336
4.4. Sujetos obligados a decir verdad .....	338
5. Bibliografía .....	341
<b>Dissertações e teses defendidas (1980-2006) .....</b>	<b>343</b>

## CURRÍCULO DO HOMENAGEADO

Reverência a George Fragoso Modesto: cumprimento de um rito

*Maria Auxiliadora Minahim*

Segundo Fontana<sup>1</sup>, “ritos e rituais constituem um aspecto importante em todas as sociedades, passadas ou presentes”. Eles cumprem um papel importante na preservação dos laços de uma comunidade e expressam – sem necessidade de justificação racionalizada – aspectos encobertos da personalidade humana.

A saudação aos que partiram tem constituído, na Faculdade de Direito, um rito que simboliza despedida e respeito pela trajetória do que se foi. Representa também uma oferenda que se deve a quem não permanece mais nos labores da academia, nutrindo sua alma na viagem cósmica e alimentando, nos que ficaram, a idéia de uma relação imperecível.

Mais uma vez, nos rendemos à morte e homenageamos a quem não tem mais um espaço físico no plano da existência, expondo, duramente, o fato de que, mesmo os mais vigorosos, partem. George Fragoso Modesto, o grande zelador da memória da velha Faculdade, partiu quando preparava a terceira edição de *Bacharéis, Mestres e Doutores em Direito*, registrando os novos fatos e nomes, as chegadas e as partidas dos que decidiram viver seus papéis na academia.

A consulta ao livro de sua autoria desvenda as marcas de sua longa trajetória pela Faculdade: encontra-se, em 1943, a anotação de sua graduação em direito, em 1955; a da obtenção do título de doutor e, posteriormente, no período de 1980 a 1984, a do exercício da diretoria. Nele, não está consignada sua profícua colaboração com o Programa de Pós-Graduação ao qual se dedicou, por muitos anos, mesmo depois de aposentando assim como não constam, tão pouco, os traços marcantes de sua personalidade.

Por isto, compõe esta liturgia da partida, o relato dos personagens que encenou e as lembranças dos outros rituais que celebram sua passagem de uma para outra etapa da vida.

1. FONTANA, David. “The secret language of symbols: a visual key for symbols and their meanings”. São Francisco: Chronicle Books, 1994.

Nascido em Patos, na Paraíba, de lá saiu com 1 ano para assumir o status de baiano. Muito cedo, portanto, teve que sujeitar-se às mudanças e ritos de transformações. Estudou no Colégio Central, instituição que, durante muitos anos, preparou para o êxito os jovens inteligentes de seu tempo. Logo cedo, enfrentou nova prova para acesso à vida adulta, concorrendo a uma vaga de funcionário público nos Correio e Telégrafos, ganhando um salário que permitia pagar a faculdade. Como as cerimônias de iniciação obrigam a uma dieta apropriada, a ela sujeitou-se Frago Modesto, alimentando-se, durante todo o tempo de estudos com marmitta feita por sua mãe.

Estudou na Faculdade Livre de Direito, na qual tudo *falava da glória da Bahia, que o novo inquilino vinha continuar*,<sup>2</sup> quando era diretor o Prof. Aloísio de Carvalho Filho, Mestre de Raul Chaves, seu amigo querido. Posteriormente, foi diretor, confirmando o pensamento de Heráclito – “história refere-se a ti, apenas o nome está mudado”-referido em *Bacharéis, Mestres e Doutores em Direito*.

Antes de alcançar esta dimensão, passou por outras provas iniciadoras: tendo sido aprovado no concurso para o Ministério Público estadual serviu em Caculé, Santo Antonio de Jesus, Ubaíra, São Felix, Alagoinhas e Valença antes de ser promovido para Salvador. As viagens eram longas, penosas e duravam até três dias, a exemplo do que ocorria no traslado até Caculé. Embora a etapa final fosse feita em carroça de boi, é com olhar de encantamento e nostalgia que D. Ednar, hoje sua viúva, lembra do chiado das rodas, do mato verde na estrada e do calor manso que os acompanhava no trajeto.

O homem fino, cortês, companheiro leal e amigo vencida cada provação e dela renascia com o vigor que cada um dos ritos exigia. Os títulos e homenagens surgiram e passaram a representar, assim como as tatuagens dos habitantes da Ilha de Samoa, na Oceania, uma força interior, um degrau para a masculinidade, que dava ao tatuado poder e respeito.

No seu caminho pelo interior, foi professor, amigo conselheiro, saindo da condição de iniciado – *aumaga* (associação de homens jovens entre os polinésios) para ter o direito de servir aos *matai* (os chefes). Chegou a Salvador, vinte anos após o Concurso, pai de dois filhos, George Junior e Lícia, iniciando nova jornada rumo a outros níveis.

Na Faculdade de Direito recebeu o título de doutor em 1955, com o trabalho intitulado *Lesões e Corporais e Medicina Legal*, editado na Tipografia Beneditina,

2. FILHO, Aloísio de Carvalho. Os primeiros dias da faculdade, in Anais do Cinquentenário, pp. 147-149.

oferecido a seu pai, Ildefonso Modesto dos Santos e ao Prof. Estácio de Lima, “lídimo continuador da gloriosa tradição da Escola da Bahia”. A obra trata, com acuidade, das formas de lesão, tendo o autor se detido na análise do fenômeno da dor e sua nem sempre explicável repercussão sobre as diversas pessoas.

Escreveu, atendendo às exigências das liturgias de passagem, Inovações na Constituição de 67, tese com que conquistou o cargo de Professor Assistente na Faculdade de Direito, obtendo o primeiro lugar e que foi, posteriormente, publicada na Revista Bahia Forense, editada pelo Tribunal de Justiça.

Colaborou, durante muitos anos, com a Enciclopédia de Direito da Saraiva, na qual era responsável pelo verbete Reconstituição do Crime, sendo ainda de sua autoria os artigos Retratação da Injúria e Reconstituição do Crime, além de outros trabalhos que revelam que sua vocação na área jurídica, tanto se revelava no campo do direito penal quanto no do direito constitucional. Em razão deste talento especial, foi muitas vezes convocado para integrar bancas examinadoras de dissertação no Curso de Mestrado em Direito da UFBA. o que tem também um especial sentido na vida de um professor. Significa, tal como algumas tatuagens que representavam respeito aos antepassados e poder para os jovens entre tribos da Polinésia, maturidade e conhecimento para o mestre na academia.

George Fragoso Modesto foi, sobretudo, de uma elegância que transcendia ao trajar, ao caminhar e ao uso apurado de perfume francês. Foi especialmente elegante nas relações que manteve com seus amigos, colegas e alunos razão porque era a companhia correta quando se buscava apoio e ponderação.

Professor também de instituição privada de ensino de direito foi escolhido, dentre tantos, paraninfo da primeira turma desta faculdade, na qual os alunos devotavam-lhe um afeto especial. Era seu amigo, mestre e pai, e com eles dançou suas danças de iniciação à fase adulta. Podia, por isso mesmo ser identificado com a figura de um “krom-dyo” dentre os Kayapós<sup>3</sup>, ou seja, com a pessoa escolhida para se tornar guia e mestre do jovem, para o qual devia viver exclusivamente enquanto durasse o aprendizado. Tal vocação já resultara do exercício de afeto, ternura e companheirismo com Ricardo e Aldovandro e Cíntia, seus netos, aos quais se dedicava como se se tratasse de uma missão a cumprir. Missão de genuíno amor, alegria e orgulho e que, uma vez feita com a obtenção do grau de bacharel em direito dos dois primeiros, permitiu-lhe escolher uma transformação mais profunda: partiu para renascer.

---

3. *Rituais de Iniciação entre os Kayapó*. Disponível em: [www.rosanevolpatto.trd.br/lendarit](http://www.rosanevolpatto.trd.br/lendarit). Acesso em: 12/05/2007.

Entre os Kayapós, ainda, celebra-se o Me-i-tük(re) nome de cerimônia de iniciação – “morte do corpo” – que está associada à idéia de que, morrendo o homem velho haverá lugar para a ressurreição de uma vida plena para um novo homem guerreiro. E, se o novo guerreiro como a melodia pode estar em muitos lugares o mesmo tempo, George colherá nosso tributo acompanhado de admiração, saudade e nostalgia.

## **Artigos do Corpo Docente**

---

Fredie Didier Jr.  
Roxana Cardoso Brasileiro Borges



# I

## TÓPICOS SOBRE A ÚLTIMA REFORMA PROCESSUAL (EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA)

*Fredie Didier Jr.*

Professor-adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (graduação, mestrado e doutorado). Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Membro dos Institutos Brasileiro e Ibero-americano de Direito Processual Civil. Advogado e consultor jurídico. [www.frediedidier.com.br](http://www.frediedidier.com.br)

**RESUMO:** Este ensaio examina aspectos polêmicos sobre a reforma processual de 2006, que alterou as regras da execução por quantia certa.

**RIASSUNTO:** Questo saggio esamina aspetti polemici della riforma della legislazione processuale

fatta nel dicembre 2006, come i cambiamenti nell'esecuzione per valore esatto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo civil – reformas – execução civil.

**PAROLE-CHIAVE:** Processo civile – riforme – esecuzione civile.

**SUMÁRIO:** 1. Consideração introdutória; 2. A averbação da pendência da execução no registro de bens economicamente relevantes. Novo meio típico de execução indireta; 3. Restrições à legitimidade para arrematar: o confronto entre o art. 497 do CC e o art. 690-A, CPC, introduzido pela Lei Federal n. 11.382/2006; 4. Questões controvertidas sobre o novo perfil dogmático dos embargos à execução: 4.1 Penhora superveniente à oposição dos embargos à execução. Confronto entre os arts. 736, 739-A, § 1º, e 745, II, CPC; 4.2. Restrição objetiva ao efeito suspensivo dos embargos à execução. Possível utilidade ao estranho § 6º do art. 739-A, CPC; 4.3. Rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 739, III, CPC). Nova hipótese de improcedência prima facie; 4.4. Aplicação do art. 738 do CPC aos processos em curso, em que o executado já tenha sido citado e ainda não tenha sido realizada a penhora. 4.5. Possibilidade de impugnação à execução de sentença sem prévia penhora

### 1. CONSIDERAÇÃO INTRODUTÓRIA

Este artigo apresenta a minha análise sobre outras questões polêmicas surgidas em razão da Lei Federal n. 11.382/2006, que alterou profundamente o processo de execução por quantia certa fundado em título extrajudicial.

## 2. A AVERBAÇÃO DA PENDÊNCIA DA EXECUÇÃO NO REGISTRO DE BENS ECONOMICAMENTE RELEVANTES. NOVO MEIO TÍPICO DE EXECUÇÃO INDIRETA

O art. 615-A, introduzido pela Lei Federal n. 11.382/2006, trouxe interessante novidade ao perfil dogmático da execução por quantia certa.

De acordo com esse dispositivo, o exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da demanda, para fim de averbála na matrícula de imóveis ou no registro de veículos ou outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

Trata-se de um meio de coerção indireta do executado expressamente autorizado pelo legislador (é, portanto, meio *típico*). A averbação da notícia do ajuizamento da execução no registro de bens economicamente relevantes (como o são os bens que precisam ser registrados) é um fato que certamente dificultará a movimentação do patrimônio do executado, desestimulando terceiros a adquirir seus bens. É um prenúncio de que aquele bem pode vir a ser penhorado, sinal de fumaça que certamente será compreendido por terceiros.

Note que o fato a ser averbado é a *existência do procedimento executivo*. Não se trata de averbação da penhora.

A principal função do instituto é a de preservar o exeqüente contra eventual alegação de boa-fé de terceiro adquirente de bem do executado. É que, agora, se presume em *fraude à execução* a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação. Trata-se de presunção absoluta, ao que parece, em consonância com a regra do § 4º do art. 659 do CPC. Ambos os dispositivos devem ser interpretados e aplicados conjuntamente. A presunção legal afasta a relevância da discussão sobre a boa-fé do terceiro adquirente (desconhecimento da pendência do procedimento executivo), requisito para a configuração da alienação do bem em *fraude à execução* (THEODORO Jr, Humberto. “A fraude de execução e o regime de sua declaração em juízo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2001, n. 102, p. 84-86, com amplas referências; SOUZA, Gelson Amaro de. “A fraude de execução e o devido processo legal”. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Curitiba: Gênese, 2000, n. 16, p. 272). Com a averbação, a ciência da execução pelo terceiro se presume.

A averbação da *pendência do processo executivo* no registro de imóvel não dispensa a averbação da *penhora* do imóvel. São fatos distintos, que precisam de averbações distintas. Perceba: a) de acordo com § 2º do art. 615-A, “formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o

cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados”, o que reforça a diferença entre os fatos, tanto que, sobrevindo a penhora (que confirmará o prenúncio), a primeira averbação deve ser cancelada; b) a averbação da instauração do procedimento executivo faz com que a alienação do bem seja considerada em fraude à execução, que pressupõe a insolvência do executado para a sua configuração (art. 593, II, CPC), enquanto a alienação do bem penhorado, também ineficaz para o procedimento executivo, é ato para cuja configuração é *dispensável* a comprovação da insolvência.

Como se trata de providência executiva que pode causar gravame ao executado, se a averbação for manifestamente indevida o exeqüente indenizará a parte contrária nos termos do regramento da litigância de má-fé (§ 4º do art. 615-A). Não me parece adequada a referência à litigância de má-fé. A responsabilidade do exeqüente decorreria da regra geral do art. 574, que deve ser o parâmetro legal para a averiguação do que seja averbação “manifestamente indevida”: aquela que ocorreu em procedimento executivo cujo crédito exeqüendo foi reconhecido como inexistente (art. 574 do CPC: “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”). É caso, pois, de *responsabilidade objetiva* do exeqüente.

O § 1º do art. 615-A prescreve que “o exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização”. Para que serve este prazo?

Parece-me que esse prazo serve para determinar o momento de eficácia da averbação em relação ao terceiro. Se comunicada a averbação no prazo de dez dias, a eficácia dela perante terceiros (presunção absoluta de conhecimento) é imediata (desde o dia em que feita). Ultrapassado o prazo de dez dias, a averbação passa a produzir efeitos assim que o credor comunicar ao magistrado (*ex nunc*, pois). O prazo serve para que se dê eficácia imediata a averbação, sob condição legal resolutiva de 10 dias: se comunicar no prazo, a averbação terá produzido efeitos imediatamente. O descumprimento do prazo, porém, não cancela as averbações já feitas (providência desproporcional, pois o fato “pendência do procedimento executivo” não deixa de existir por conta disso).

### **3. RESTRIÇÕES À LEGITIMIDADE PARA ARREMATAR: O CONFRONTO ENTRE O ART. 497 DO CC E O ART. 690-A, CPC, INTRODUZIDO PELA LEI FEDERAL N. 11.382/2006**

Em relação à restrição da legitimidade para aquisição de bem em hasta pública, o art. 497 do CC-2002 trouxe sutis inovações em relação ao texto

originário do CPC-73, previsto no § 1º do art. 690, revogado pela Lei Federal n. 11.382/2006.

Primeiramente, indicou duas novas categorias de pessoas, não catalogadas no § 1º do art. 690 do CPC-73, que não estão autorizadas a comprar determinados bens, inclusive em hasta pública: “II – pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta; IV – pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados”. A restrição do inciso II já constava, embora com outra redação, do inciso III do art. 1.133 do CC-1916, que, por não ter sido reproduzido pelo parágrafo único do art. 690 do CPC-73, encontrava-se revogado. Houve uma ressurreição, no particular.

Em segundo lugar, deixou claro que a restrição da legitimidade do juiz, escrivão, administrador, depositário, avaliador, perito, oficial de justiça etc. (inciso III do § 1º do art. 690 do CPC-73; inciso III do art. 497 do CC-2002) refere-se apenas à arrematação que ocorra “no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade”. Também aqui se revela o vaivém legislativo: essa ressalva existira no CC-1916 (inciso IV do art. 1.133), mas, por não ter sido reproduzida no CPC-73, estava revogada. Frise-se que andou bem o CC-2002 ao limitar territorialmente a restrição da legitimidade desses sujeitos.

O problema é que o § 1º do art. 690 do CPC foi revogado pela Lei Federal n. 11.382, que introduziu no mesmo CPC o art. 690-A, com nova lista de não legitimados à aquisição de bem em hasta pública. Há novas incongruências.

O art. 690-A prevê, corretamente, a restrição de legitimidade para arrematar aos “síndicos ou liquidantes” (inciso I), ampliando a redação do inciso I do art. 497 do CC.

O texto do art. 690-A do CPC não prevê expressamente, porém, a proibição de o leiloeiro e seus prepostos arrematarem bens de cuja venda estejam encarregados, como o faz o Código Civil no inciso IV do art. 497. Diante do silêncio do novo texto legal, cabe a pergunta sobre se houve a revogação do Código Civil no particular. Parece que não, por três motivos.

i) O inciso II do art. 690-A prevê que os mandatários não podem adquirir bem de cuja venda estejam encarregados. Nesta previsão pode-se encaixar, por analogia, a proibição de o leiloeiro e seus prepostos arrematarem o bem. O leiloeiro é encarregado de vender determinado bem; se não é mandatário em sentido estrito, parece não haver dúvida de que se trata de um representante do Estado, agindo em seu nome. É notória a confusão legislativa entre mandato e representação (o art.

653 do CC prevê que a procuração é o instrumento do mandato, quando se sabe que ela é o instrumento da representação, de que é espécie o mandato).

*ii)* Relembre-se que a restrição à aquisição pelo leiloeiro e seus prepostos não existia no texto originário do CPC (antigo art. 690), sendo essa, certamente, a razão do *esquecimento* do legislador reformista, que não atentou para a circunstância de que o tema também havia sido regrado pelo Código Civil.

*iii)* Como não houve revogação expressa, a permanência da regra do Código Civil está de acordo com os princípios da proteção da moralidade administrativa e da boa-fé: permitir que alguém que esteja vendendo um bem possa ele próprio adquirir esse bem não parece postura eticamente adequada, notadamente quando se está diante de um auxiliar da justiça.

Os motivos “ii” e “iii” justificam, também, a permanência da restrição, prevista no Código Civil (art. 497, II), a que os servidores públicos, em geral, arrematem os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta.

Também permanece em vigor, em razão da sua óbvia razoabilidade, a despeito do silêncio da nova regra do CPC, a limitação territorial da restrição da legitimidade do juiz e dos serventuários à unidade territorial na qual exercem suas funções. O CPC, porém, inovou, *corretamente*, ao considerar também *ilegítimos* o membro do Ministério Público e o Defensor Público (art. 690-A, inciso III, CPC).

#### **4. QUESTÕES CONTROVERTIDAS SOBRE O NOVO PERFIL DOGMÁTICO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO**

##### **4.1. Penhora superveniente à oposição dos embargos à execução. Confronto entre os arts. 736, 739-A, § 1º, e 745, II, CPC**

De acordo com o seu novo regime jurídico, os embargos à execução podem ser opostos independentemente da existência de penhora. A avaliação, neste novo regime, é feita pelo mesmo oficial de justiça que procedeu à penhora.

Uma das alegações que podem ser feitas nos embargos à execução é, porém, a de penhora incorreta ou avaliação errônea (art. 745, II, CPC).

Pode acontecer, portanto, que, após a oposição dos embargos, sobrevenham a penhora e a avaliação, fatos que podem compor a causa de pedir dos embargos à execução, que, no entanto, já terão sido opostos.

Surge, então, a pergunta: é possível o aditamento dos embargos à execução, em razão da penhora/avaliação superveniente, permitindo-se ao executado/embarcante discutir esses novos atos do procedimento executivo?

A resposta tem de ser positiva.

Em *primeiro lugar*, como se trata de fato superveniente à propositura da demanda, não há como alegar *preclusão consumativa* (em razão da aplicação do princípio da eventualidade), pois não se pode perder um poder processual em razão do seu exercício (que é o que ocorre na preclusão consumativa), se não era possível exercê-lo ao tempo da oposição dos embargos: se a penhora/avaliação é *posterior* ao ajuizamento dos embargos, não era possível ao embargante alegar defeitos nestes atos processuais, então ainda inexistentes.

A preclusão é instituto processual que visa proteger a boa-fé, além de servir como técnica de aceleração do processo. Não há má-fé no comportamento do embargante que não alegou, em sua petição inicial, defeitos da penhora/avaliação, exatamente porque, até o momento da oposição, esses fatos não tinham acontecido e, pois, não poderiam ter sido utilizados como causas de pedir.

Em *segundo lugar*, há a regra do art. 462 do CPC, que dá relevância ao fato superveniente que interfira no julgamento da causa. Os embargos à execução é demanda em que se discutem aspectos relacionados à obrigação exequenda e ao procedimento executivo; a penhora ou a avaliação defeituosa é ato que compromete a validade do procedimento executivo e que, portanto, deve ser discutido no bojo deste processo de conhecimento. Proibir a ampliação do objeto litigioso dos embargos à execução, nesta situação, seria medida *inócua*: o executado poderia ajuizar de uma ação autônoma para a discussão da validade ou justiça destes atos processuais, comportamento lícito, pois conforme o direito fundamental à jurisdição.

Em *terceiro lugar*, o contraditório seria respeitado. É que, de acordo com o novo perfil dogmático dos embargos à execução, a existência da penhora é um dos pressupostos para a concessão de efeito suspensivo à oposição do executado, ao lado do requerimento do embargante, da existência de relevância de fundamento e do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 739-A, § 1º, CPC). A superveniência da penhora é fato que, inevitavelmente, será levado pelo executado à apreciação do magistrado, compondo o fundamento fático do seu pedido de efeito suspensivo. Essa alegação será submetida ao contraditório, impondo-se a manifestação do exequente. Não há qualquer problema em que essa alegação de penhora superveniente venha acompanhada do pedido para que seja invalidada: a) respeita-se o princípio da eventualidade (aqui, sim!), pois, ao mesmo tempo em que comunica a prática de um ato processual, e com base nele pede um efeito

jurídico que lhe favorece (suspensão do procedimento executivo), o executado alega um seu defeito pleiteia a sua invalidação; *b*) seria comportamento abusivo do executado (*venire contra factum proprium*) pedir o efeito suspensivo aos embargos em razão da penhora superveniente, calar-se em relação aos defeitos da penhora (impenhorabilidade, por exemplo), e, tempos depois, por ação autônoma ou petição simples, pedir a invalidação do ato constitutivo.

Em *quarto lugar*, a doutrina já se manifestou no sentido de o art. 462 permitir a alteração/ampliação objetiva da demanda, seja em relação à causa de pedir, seja em relação ao pedido. Perceba que, nesta situação, haveria um aditamento da petição inicial dos embargos, com o acréscimo de nova *causa de pedir* (art. 745, II, CPC) e de novo *pedido*, correção ou invalidação da penhora/avaliação.

RICARDO DE BARROS LEONEL, que entende possível a alteração do objeto litigioso com base no art. 462 do CPC, tanto da *causa de pedir* quanto do *pedido*, enumera os pressupostos para a incidência do dispositivo: a) é solução que deve ser encarada como excepcional; b) respeito ao contraditório e à ampla defesa; c) respeito à boa-fé processual, com justificação adequada da proposta de aditamento/alteração; d) verificação do proveito da medida à economia processual; e) verificação da inexistência de prejuízo (*Causa de pedir e pedido – o direito superveniente*. São Paulo: Método, 2006, p. 249).

Pelo que se pode perceber, todos os pressupostos foram observados.

#### **4.2. Restrição objetiva ao efeito suspensivo dos embargos à execução. Possível utilidade ao estranho § 6º do art. 739-A, CPC**

O § 6º do art. 739-A traz dispositivo estranho: “a concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens”. Não se sabe ao certo a utilidade do dispositivo, pois a concessão do efeito suspensivo *pressupõe* a penhora e avaliação (agora feita pelo oficial de justiça, em regra), de acordo com o *caput* do mesmo art. 739-A. A penhora é *anterior* ao efeito suspensivo, que, porém, diz a regra, não impede a realização de outra penhora.

É possível imaginar, porém alguma utilidade para o dispositivo.

O art. 656 do CPC permite a substituição do bem penhorado em certas hipóteses. Eis o texto: “A parte poderá requerer a substituição da penhora: I - se não obedecer à ordem legal; II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III - se, havendo bens no foro da execução, outros houver sido penhorados; IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; V - se incidir sobre bens de baixa

liquidez; VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei”.

O art. 683 do CPC permite a realização de nova avaliação quando: “I - qualquer das partes argüir, fundamentadamente, a ocorrência de erro na avaliação ou dolo do avaliador; II - se verificar, posteriormente à avaliação, que houve majoração ou diminuição no valor do bem; ou III - houver fundada dúvida sobre o valor atribuído ao bem (art. 668, parágrafo único, inciso V)”.

Essas situações podem revelar-se ou acontecer após a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução. O requerimento de substituição da penhora pode ser formulado pelo exequente ou pelo executado. O efeito suspensivo, então, não será óbice à efetivação da nova penhora.

#### **4.3. Rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 739, III, CPC). Nova hipótese de improcedência *prima facie***

O art. 739 do CPC cuida das hipóteses de rejeição liminar dos embargos à execução. A Lei Federal n. 11.382/2006 trouxe uma hipótese nova: a rejeição dos embargos *manifestamente protelatórios* (art. 739, III, CPC).

Trata-se de uma rejeição liminar (sem ouvida do réu/exequente/embargado) da petição inicial *com resolução de mérito (improcedência prima facie)*. É mais uma hipótese prevista expressamente no sistema, ao lado do indeferimento por prescrição/decadência (arts. 219, § 5º, 267, I, 269, IV, e 295, IV, CPC) e do julgamento liminar de causa repetitiva (art. 285-A, CPC).

O magistrado reconhece liminarmente a falta de juridicidade dos embargos e não acolhe o pedido, sendo desnecessária a ouvida do embargado/exequente. É decisão apta a ficar imutável pela coisa julgada material. Nada impede que, na mesma decisão de indeferimento, o magistrado puna o executado pela litigância de má-fé. A apelação contra essa sentença dará ensejo ao juízo de retratação do magistrado (art. 296 do CPC), o que permitirá o exercício do contraditório pelo embargante, que poderá convencer o magistrado da justiça dos fundamentos dos embargos.

Essa novidade reforça o que afirmei alhures<sup>1</sup>: é preciso tratar a *improcedência prima facie* como um instituto próprio, que precisa ser mais bem sistematizado e estudado. A ampliação contínua do número das hipóteses legais, de que serve de exemplo esse novo dispositivo, é uma prova disso.

1. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 7ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007, v. 1.



#### **4.4. Aplicação do art. 738 do CPC aos processos em curso, em que o executado já tenha sido citado e ainda não tenha sido realizada a penhora**

O novo perfil dogmático dos *embargos à execução*, feito pela Lei Federal n. 11.382/2006, autoriza a sua oposição independentemente de penhora (art. 736 do CPC). Por conta disso, o prazo para os embargos começa a contar, em regra, da data da juntada do mandado de citação (art. 738, CPC).

Essa alteração é muito interessante, pois já impõe ao executado o ônus de oferecer a sua defesa, que basicamente versará sobre o mérito da execução (os aspectos processuais até então relevantes), que somente surgiria, no regime antigo, após a realização da penhora, o que poderia levar anos. Atualmente, se o executado quiser provocar o contraditório, deverá fazê-lo logo no início do processo. Bela medida de aceleração do procedimento executivo.

Muitos alunos me têm feito a seguinte pergunta: essa nova regra se aplica ao réu já citado antes da vigência da Lei 11.382/2006, em procedimento executivo que ainda não foi garantido pela penhora?

Parece-me que sim, com alguma tranquilidade.

Deverá o magistrado *intimar* o executado para oferecer os embargos à execução em quinze dias, *independentemente* da efetivação da penhora.

Não há qualquer prejuízo para o executado, pois terá o mesmo prazo de defesa. Acelera-se o trâmite do procedimento executivo, pois as questões relacionadas ao mérito da execução já poderão ser discutidas, deixando para depois apenas aquelas afetas à penhora e à avaliação ou a outro fato superveniente à oposição dos embargos.

#### **4.5. Possibilidade de impugnação à execução de sentença sem prévia penhora**

Talvez a principal alteração no regime jurídico dos embargos à execução tenha sido a eliminação da *garantia do juízo* como requisito de admissibilidade desta demanda. Consoante a letra do art. 736, a oposição de embargos do executado *independe* de penhora, depósito ou caução.

A questão que proponho é a seguinte: essa alteração é boa para o exeqüente?

Parece-me que sim, e a considero uma das melhores desta última reforma.

Explico.

Antes, como se sabe, a oposição dos embargos pelo executado dependia da existência de prévia garantia do juízo. Assim, embora citado e ciente dos termos da

execução, o devedor/executado somente teria de apresentar a sua defesa no prazo de dez dias contados da intimação da penhora, ato de constrição cuja realização sói demorar – ressalvada a possibilidade de oferecimento da exceção de não-executividade. A execução, enquanto não realizada a penhora, ficava parada.

Agora, uma vez citado, e, portanto, tendo tomado conhecimento do conteúdo da demanda executiva, o demandado/executado tem o ônus de apresentar a sua defesa logo no início do processo (quinze dias), antecipando uma discussão surgiria com a oposição dos embargos tempos depois, como acontecia no regime antigo. Enquanto isso, exatamente porque sem a penhora os embargos não têm efeito suspensivo, a execução prossegue; ao mesmo tempo, praticam-se atos processuais que, por não serem incompatíveis, tudo recomenda possam ser praticados simultaneamente, em homenagem à economia e à celeridade processuais: o executado apresenta a sua defesa e o exeqüente continua a sua busca por bens penhoráveis. O sistema criado, é preciso reconhecer, é muito inteligente.

Sobrevindo a penhora, será possível aditar os embargos à execução já opostos para discutir o ato jurídico penhora ou outros fatos supervenientes. Para o caso de esses embargos já terem sido julgados, será possível discutir a penhora no bojo do procedimento executivo, instaurando-se um incidente cognitivo atípico.

Partindo da premissa de que a alteração é boa para o exeqüente, formulo a seguinte pergunta: é possível o oferecimento da *impugnação* sem a prévia penhora?

O CPC permanece exigindo a prévia garantia do juízo para o oferecimento da *impugnação*. Já tive notícia de um caso em que a *impugnação* foi oferecida sem prévia penhora, o magistrado a processou e a rejeitou, somente depois tendo sobrevivido o ato constritivo. Houve algum prejuízo à defesa ou ao exeqüente? Parece-me que não. Ao contrário: atos já foram praticados, reduzindo a complexidade do procedimento executivo, que prosseguirá apenas com a possibilidade de o executado discutir a penhora superveniente, não podendo mais discutir a dívida executada ou alegar outras matérias que, se não deduzidas no primeiro momento, ficam sujeitas à preclusão.

Imagino-me na condição de advogado do exeqüente: em que aspecto seria favorável ao meu cliente o não recebimento de uma *impugnação*, oferecida sem prévia penhora, se, realizada posteriormente a constrição, essa mesma defesa poderia ser novamente apresentada? Só atrasaria o processo...

Assim, entendo possível, e recomendável, o oferecimento da *impugnação* sem a necessidade de prévia penhora, que permanece, porém, importante para a concessão de efeito suspensivo à defesa do executado.

## II

# CONTRATO: DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO – A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO

*Roxana Cardoso Brasileiro Borges*

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFBA e da UNEB, professora na UCSal, Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela UFSC.

**RESUMO:** Neste trabalho realiza-se uma análise comparada entre o conceito clássico de contrato e o conceito contemporâneo de contrato, com o objetivo de fazer uma crítica àquele e contribuir para a construção deste. Para isso, considera-se clássico o modelo liberal de contrato consolidado no Código Civil francês de 1804, a codificação napoleônica pós-revolução francesa, e contemporâneo o conceito de contrato que surge do ideal do Estado do Bem-Estar Social e da ordem civil-constitucional-social-econômica iluminada pelos objetivos fundamentais expressos no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** contrato; função social; autonomia privada; boa-fé.

**ABSTRACT:** In this work the classic concept of contract is confronted to the contemporary concept. The objective is to make a critical review on the first and contribute on the construction of the later. The classic and liberal contract model is consolidated by the French Civil Code (1804), the Napoleonic codification. The contemporary concept of contract is part of the ideals from Welfare State and from the civilian-constitutional-social-economic order illuminated by the basic objectives in Brazilian Federal Constitution of 1988.

**KEYWORDS:** contract; social function; private autonomy; good-faith.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Conceito clássico de contrato. 2.1. O destinatário do conceito liberal de contrato. 2.2. A exigência de segurança jurídica da burguesia. 2.3. O contrato como acordo de interesses opostos. 2.4. Os *slogans* da revolução francesa e seus produtos jurídicos no direito obrigacional. 2.4.1. Liberdade e igualdade no Direito Civil napoleônico. 2.4.2. Quem diz contrato, diz justo. 2.4.3. A intangibilidade dos contratos. 2.4.4. *Pacta sunt servanda*. 2.4.5. O princípio da relatividade. 2.4.6. O papel do Estado. 2.4.7. A análise estrutural. 3. Conceito contemporâneo de contrato. 3.1. O destinatário variável do conceito contemporâneo de contrato. 3.1.1. Conseqüência da variedade de contextos e sujeitos contratuais: há um contrato? 3.2. A exigência de justiça contratual. 3.3. O contrato como vínculo de colaboração. 3.4. As versões atuais dos antigos *slogans*. 3.4.1. Igualdade substancial. 3.4.2. Autonomia privada. 3.5. A revisão judicial dos contratos: a tangibilidade da intangibilidade. 3.5.1. Imprevisão. 3.5.2. Onerosidade excessiva. 3.6. Da estrutura à função: o renascimento do contrato. 3.6.1 A função social do contrato no seu aspecto interno. 3.6.2 A função social do contrato no seu aspecto externo: a relatividade da relatividade. 3.7. A boa-fé objetiva: proteção da confiança. 3.8. O papel do Estado. 4. Conclusão. 5. Bibliografia.

## **1. INTRODUÇÃO**

No início do século XIX, época em que se construíram as teorias tradicionais das principais categorias do Direito Civil, havia uma crença de que o Código Civil e as normas disciplinadoras das relações privadas, como um todo, não sofriam influência das alterações políticas da sociedade. Não foi necessário muito tempo para se perceber a falsidade desta crença. Ao escolhermos dois marcos históricos, ainda que complexos, para testar essa falsidade, percebe-se nitidamente a transformação do Direito Civil e seus paradigmas na passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Pretende-se, neste trabalho, realizar uma análise comparada entre o conceito clássico de contrato e o conceito contemporâneo de contrato, com o objetivo de fazer uma crítica àquele e contribuir para a construção deste.

Chama-se de clássico o modelo liberal de contrato consolidado no Código Civil francês de 1804, a codificação napoleônica pós-revolução francesa.

O conceito contemporâneo de contrato surge do ideal do Estado do Bem-Estar Social e da ordem civil-constitucional-social-econômica iluminada pelos objetivos fundamentais expressos no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

## **2. CONCEITO CLÁSSICO DE CONTRATO**

Inicialmente, cumpre definir como clássico o modelo liberal de contrato consolidado na codificação napoleônica (1804) pós-revolução francesa.

### **2.1. O destinatário do conceito liberal de contrato**

O tratamento que o legislador burguês conferiu ao contrato de então, que foi reproduzido no Código Civil brasileiro de 1916, era marcado por fortes traços individualistas. Ao elaborar o Código de Napoleão, o conhecido Código Civil francês, o legislador projetou, mentalmente, um destinatário ideal para aquelas normas obrigacionais: um indivíduo isolado do restante da coletividade e absolutamente considerado, sem ligação com o contexto social, formalmente igual ao outro contratante e livre para contratar e para estabelecer, com base em sua vontade, o conteúdo do contrato.

### **2.2. A exigência de segurança jurídica da burguesia**

O modelo contratual liberal era um modelo que se justificava historicamente.

A burguesia, que já era a elite econômica, passou, com a revolução francesa, a ser a nova elite política. Para garantir sua permanência nesta nova condição, para garantir a segurança jurídica desta nova ordem, e, ao mesmo tempo, para afastar a ordem jurídica absolutista, era necessário um Código – uma lei completa, perfeita e eterna – que consolidasse este novo quadro sócio-econômico-jurídico. Este foi o Código Civil francês de 1804, o Código de Napoleão.

### **2.3. O contrato como acordo de interesses opostos**

Esse modelo clássico de contrato tinha, em seu conceito, uma idéia de oposição entre as partes, pois o contrato era definido como acordo jurídico entre sujeitos portadores de interesses opostos, ou, na expressão voluntarista, o contrato era um acordo de vontades entre interesses opostos. As partes atuavam em antagonismo, como nas tradicionais categorias opostas: credor *x* devedor, sujeito ativo *x* sujeito passivo. As situações jurídicas eram observadas isoladamente, sem alcançar a interação entre esses interesses.

### **2.4. Os *slogans* da revolução francesa e seus produtos jurídicos no direito obrigacional**

Dois conhecidos *slogans* da revolução liberal são marcantes para a teoria geral dos contratos da época: *libertè, égalité, fraternité* e *laissez faire, laissez paissier*. A compreensão do significado jurídico que estas palavras de ordem tomaram na época da codificação napoleônica é essencial para a compreensão da estrutura e da função do contrato de então, assim como para perceber que, atualmente, distante das razões históricas daqueles discursos, estes não podem mais pautar a teoria geral dos contratos sob a ordem constitucional brasileira após 1988.

#### **2.4.1. Liberdade e igualdade no Direito Civil napoleônico**

No que se refere ao contrato, este é construído a partir de dois pressupostos retirados de um dos *slogans* da revolução francesa: *libertè* e *égalité*. Aplicando-os ao Direito Civil napoleônico, traduzem-se em igualdade formal e liberdade de contratar: foram os pressupostos sobre os quais se construiu a teoria liberal do contrato e do negócio jurídico.

A justificativa para essa noção formal de igualdade está no processo que levou a burguesia à ascensão econômica e política e nas razões da ideologia burguesa presente no texto do *Code Napoléon*. Para que a burguesia pudesse ascender politicamente e para que tivesse amplo acesso às riquezas em geral, era preciso eliminar os privilégios da aristocracia da época. A fórmula encontrada para a

eliminação desse tratamento jurídico diverso que era dirigido à aristocracia e que impedia a plena expansão dos poderes da burguesia era a reivindicação da igualdade de todos os cidadãos. Uma vez que, juridicamente, formalmente, todos fossem considerados iguais, nenhuma barreira jurídica haveria para o crescimento e o fortalecimento da classe burguesa.

Com isso, a codificação francesa consolidou o ideal de igualdade como pressuposto da teoria geral do negócio jurídico, concebido como instrumento de auto-regulamentação de interesses entre indivíduos formalmente iguais. Portanto, a codificação não levou em conta uma noção de igualdade substancial, econômica ou social. Esse aspecto não estava inserto no discurso da época, ou era menos relevante que a afirmação de que todos eram iguais e que, por isso, poderia haver um mesmo Código que se aplicasse a todos, da mesma maneira, sem exceção. Dessa forma, ninguém estaria excluído da incidência do *Code Napoléon*, não haveria mais privilégios a serem invocados e as normas deveriam ser aplicadas, igualmente, a todos, não havendo mais a possibilidade de que a mesma pessoa invocasse ordenamentos diversos para regulamentar setores diferentes de sua vida, conforme seu interesse mudasse, como relata Carbonnier<sup>1</sup>.

Por isso a igualdade nos Códigos de inspiração liberal é uma idéia de igualdade jurídica (não econômica ou social) e formal (não substancial).

#### **2.4.2. Quem diz contrato, diz justo**

Ao pleitear igualdade, inicialmente, a classe econômica burguesa pretendia pôr fim aos privilégios da sociedade organizada pelo Estado Absolutista: todas as classes deveriam ser tratadas do mesmo modo, assim como os indivíduos, sem justificativa, no novo Estado Liberal, para tratamento diferenciado a pessoas declaradas juridicamente iguais perante a lei.

No mesmo sentido, afastado o governo dos príncipes absolutistas, as pessoas, sendo iguais, seriam, também, livres para contratar conforme determinasse sua vontade. O voluntarismo – a vontade como poder jurígeno – era quase pleno e era visto como garantia de justiça dos contratos. A justiça contratual era consequência lógica da soma da igualdade (formal) com a liberdade de contratar, pois se as partes eram iguais e livres para contratar ou não contratar, sendo a vontade um poder jurígeno, o que as partes contratassem seria, necessariamente, justo: “quem diz contrato diz justo”, em expressão da época.

1. CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955, p. 60.

### **2.4.3. A intangibilidade dos contratos**

Outra decorrência, para a teoria geral dos contratos, da adoção destes pressupostos – igualdade formal e liberdade de contratar – eram os princípios da intangibilidade e da obrigatoriedade do contrato. O contrato era considerado intangível porque, gerado pelo acordo de vontades entre as partes, apenas por novo acordo seu conteúdo poderia ser alterado, não cabendo alteração unilateral, ainda que por via judicial, salvo por caso fortuito ou força maior, excepcionalmente.

A intangibilidade ou inalterabilidade do contrato é uma exigência para a garantia da segurança jurídica, objetivo caríssimo à nova ordem burguesa pós-revolução. Para a nova classe política, já classe econômica estabelecida, era preciso garantir estabilidade às relações jurídicas, tendo em que visa serem os burgueses os maiores atores nas relações contratuais, detentores da riqueza e do interesse pela circulação segura de bens e serviços.

### **2.4.4. *Pacta sunt servanda***

Próximo ao princípio da intangibilidade encontra-se o princípio da obrigatoriedade ou da força obrigatória dos contratos ou o conhecido *pacta sunt servanda*. Por este princípio, o acordo de vontades tinha força vinculante jurídica entre as partes e deste vínculo, em regra, só era possível liberar-se pelo pagamento ou pelo distrato. O contrato tinha que ser cumprido, como se fosse lei entre as partes e, diante de inadimplemento, o credor poderia exigir do Estado intervenção para garantir o cumprimento do que foi contratado.

### **2.4.5. O princípio da relatividade**

Ao lado do pressuposto da igualdade formal e dos princípios da liberdade contratual e da autonomia da vontade, é importante, para este trabalho, a análise, ainda, de outro princípio central do direito obrigacional clássico: o princípio da relatividade. Segundo este princípio, o contrato produz efeitos entre as partes, sendo partes as pessoas que o formaram, que manifestaram vontade no sentido da formação do pacto. Daí a classificação dos direitos obrigacionais ou pessoais como direitos relativos: são direitos oponíveis exclusivamente entre credor e devedor, dentro da relação obrigacional. Assim, os efeitos do contrato, juridicamente, ficavam adstritos à fechada relação contratual (com a ressalva, claro, das transmissões *inter vivos* e *mortis causa* das obrigações).

O contrato era visto abstratamente como relação de conteúdo patrimonial entre dois indivíduos formalmente considerados, sem ligação com o contexto social de base, motivo pelo qual não se podia fazer nenhuma vinculação entre

os contratantes e o restante da coletividade. Esta, na verdade, tinha aquele dever geral de abstenção, ou seja, tudo o que podia e devia fazer em relação ao contrato era abster-se de fazer qualquer coisa.

#### **2.4.6. O papel do Estado**

Similar era o papel reservado ao Estado, em matéria de contratos: devia assegurar seu cumprimento. Ora, se o contrato era necessariamente justo, pois decorrente de um acordo de vontades entre duas partes iguais e livres, não havia motivo para se defender uma atuação estatal sobre esses vínculos que não fosse para garantir que o contratado seria cumprido. Impensável seria uma intervenção para correção de algum desvio, pois este era praticamente impossível e teoricamente desnecessário dentro do quadro de pressupostos construído pelo legislador civil. Tal entendimento era compatível com o fortalecimento dos direitos civis e das liberdades públicas do Estado Liberal, que, em parte, justificava-se na memória do Estado Absolutista, invasivo e ofensor dos direitos individuais. O liberalismo econômico tinha sua vertente jurídica: *laissez faire, laissez paissier*, esta era a melhor forma de atuação estatal no discurso oitocentista.

#### **2.4.7. A análise estrutural**

Ao lado de tudo isso, até aproximadamente a metade do século XX, o estudo do contrato e dos negócios jurídicos em geral se deu apenas do ponto de vista estrutural, deixando-se de lado uma pesquisa funcional sobre o contrato. Foi um estudo estático de seus elementos estruturais, tendo sido esquecido, por muitos anos, no Direito Civil, o estudo da função do contrato. Como a função era individualista, voltada para a realização dos interesses das partes, sem a percepção de outros sujeitos afetados por aquela relação, o próprio conceito clássico, liberal de contrato, impedia sua crítica.

### **3. CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE CONTRATO**

Situa-se o conceito contemporâneo de contrato em dois âmbitos: a) na esfera geral, é aquele surgido com o Estado do Bem-Estar Social, o *Welfare State*, consolidado em alguns países europeus e ensaiado no Brasil; b) no âmbito nacional, é o contrato presente na ordem civil após a publicação da Constituição Federal de 1988, numa ordem jurídico-social-econômica voltada pelos objetivos fundamentais expressos no art. 3º desta (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; promover o bem de todos...), além de outros condicionantes encontrados ao longo do seu texto.



### **3.1. O destinatário variável do conceito contemporâneo de contrato**

O sujeito de direito idealizado como destinatário do conceito contemporâneo de contrato é um molde flexível, que pode ser composto por diferentes modos e contextos de atuação contratual, como as representações do consumidor, do fornecedor, do empregado, do empregador, da empresa, da microempresa, do Estado, do particular, do aderente, do predisponente. Não há só *um* sujeito, mas uma diversidade deles, atuando em papéis muito distintos entre si, em contextos variáveis.

Substitui-se o contratante-proprietário-pai de família-burguês por uma pluralidade de sujeitos com perfis variados.

#### ***3.1.1. Conseqüência da variedade de contextos e sujeitos contratuais: há um contrato?***

Essa variedade de personagens contratantes, assim como a variedade de microssistemas jurídicos obrigacionais que tais personagens demandam, levantam duas perguntas principais quanto à validade de *uma* teoria geral dos contratos, além do questionamento da validade de uma teoria geral do negócio jurídico: a) existe um único contrato (modelo contratual, conceito de contrato) na ordem jurídica brasileira? b) se não existir um único conceito ou modelo ou padrão contratual, qual é a utilidade e validade de uma única teoria geral? Diante dessas questões, chegou-se a anunciar a crise do negócio jurídico e o fim da teoria geral dos contratos.

De fato, tais teorias e suas versões legais são compostas, ainda hoje, de categorias centrais de inspiração pós-revolucionária francesa, inadequadas para tratar a realidade contemporânea pós-ensaio do Bem-Estar Social (no Brasil) e para conciliar a diversidade de pressupostos antagônicos que as diversas personagens contratuais exigem.

Esse quadro levou à crítica do negócio jurídico como instrumento a serviço das classes dominantes e à crítica do contrato como categoria abstrata ultrapassada. Essas críticas se acirram ainda mais quando se tem em vista os contratos por adesão: alguns autores chegaram a considerar o contrato como categoria extinta enquanto auto-regulamentação dos próprios interesses, pois, se apenas uma parte auto-regula os próprios interesses, enquanto a outra apenas adere a essa regulamentação unilateralmente formulada, nenhum sentido mais haveria em manter o contrato inserido no gênero dos negócios jurídicos.

Nesse sentido, Francesco Galgano denuncia que o negócio jurídico não é mais um instrumento de real mediação de interesses, constituindo, atualmente,

“uma categoria enganosa, que impede a compreensão do significado efetivo do mecanismo contratual, retira a relação contratual da conotação social das partes, mascara a contradição interna à disciplina dos contratos e oculta a real natureza dos interesses em jogo” e considera que o negócio jurídico, por isso, é uma categoria em declínio, destinada ao ocaso<sup>2</sup>.

Para o autor, não se pode mais ter um conceito unitário de negócio jurídico, uma vez que as diversas espécies de contratos têm conteúdo heterogêneo. Contudo, entendemos que o rompimento da concepção unitária de negócio jurídico não leva à conclusão de que todo processo produtivo seja de massa, nem que toda contratação seja de massa, pois o contrato paritário, nos termos concebidos na teoria do negócio jurídico, ainda existe, apesar do enorme espaço ocupado pelos contratos por adesão. Segundo Galgano, para evitar o tratamento inadequado dos contratos em que nitidamente há uma parte fraca, deve-se afastar a teoria geral dos contratos e construir uma teoria própria para cada contrato isoladamente. E, quanto aos contratos de massa, Francesco Galgano entende que eles

“...devem ser transferidos de um âmbito conceitual pensado em termos de fatos, atos, negócios jurídicos para um âmbito conceitual construído em termos de iniciativa econômica, devendo ser reinterpretada como iniciativa econômica a autonomia contratual”<sup>3</sup>.

Embora não estejamos convencidos da necessidade de abandono da teoria geral dos contratos, nem do abandono da categoria do negócio jurídico<sup>4</sup>, reconhecemos todos aqueles problemas apontados por Galgano quanto às várias ficções presentes na teoria geral do negócio jurídico e todos eles devem ser levados em consideração quando do estudo da autonomia privada e da liberdade contratual.

Contudo, não é neste trabalho que cabe a desconstrução destas teorias. Para chegar ao princípio da função social do contrato, neste trabalho, vamos continuar tratando de contrato no singular, ressaltando-se a crítica acima.

### 3.2. A exigência de justiça contratual

Embora a segurança jurídica continue sendo um valor indispensável para o ambiente jurídico-social-econômico, outro valor sobressai na ordem civil constitucional obrigacional contemporânea: o valor da justiça contratual ou equidade contratual.

2. GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1983, p. 81.

3. *Ibidem*, p. 82-84.

4. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Justificada, linhas acima, a exigência de segurança jurídica na ordem liberal pós-revolucionária, percebe-se que tal exigência não ocupa posição tão elevada na nova ordem, tendo em vista a mudança do contexto e a desnecessidade de princípios que tenham como principal objetivo a estabilidade dos vínculos e a conservação das conquistas burguesas.

A ordem civil constitucional brasileira contemporânea não é conservadora, mas dirigente, propositiva, progressiva, promocional e solidária. Portanto, no que se refere à teoria contratual, não é mais o valor da segurança jurídica que ocupa o lugar privilegiado, mas o valor da equidade, do equilíbrio, da justiça nas relações negociais<sup>5</sup>. Para atingir os objetivos fundamentais assumidos pelo constituinte de 1988 no art. 3º (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; promover o bem de todos – permitam a repetição), não serve um ordenamento conservador, é necessário um conjunto de normas com mandamento de mudança, de transformação, de evolução, de progresso<sup>6</sup> em vários âmbitos: progresso social, progresso econômico, progresso cultural, progresso ambiental, progresso jurídico.

A justiça contratual é uma exigência dos objetivos fundamentais (art. 3º, CF) e dos fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º). Ela substitui, no atual contexto jurídico, o conservador princípio da segurança jurídica. Esta ainda subsiste, por óbvio, mas não está mais no topo da pirâmide de valores que orientam o direito obrigacional.

### 3.3. O contrato como vínculo de colaboração

A definição inicial de contrato passa, naturalmente, por uma revisão, tendo em vista as alterações percebidas no contexto histórico. Da explicação de contrato como acordo de vontades representantes de interesses opostos, passa-se à noção de contrato como vínculo de cooperação.

Deste novo conceito algumas conseqüências jurídicas decorrem de imediato: a proteção da confiança no ambiente contratual, a exigência de boa-fé e a observância da função social do contrato.

Deixando no passado a idéia de oposição, antagonismo e contrariedade entre as partes, chega-se à percepção da necessidade de atuação cooperativa entre os pólos

5. NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 213.

6. Ainda que a pós-modernidade questione os dois últimos conceitos, vamos mantê-los, por ora.

da relação contratual, pois ambas têm interesses em jogo dependentes da atuação recíproca<sup>7</sup>. A satisfação dos interesses de uma das partes depende de atuação da outra, como antes. Mas se alguém se propõe a, em contrapartida ao atendimento de seus interesses, praticar ação direcionada à satisfação dos interesses de outrem, aquele alguém deve atuar colaborando, cooperando para que o contrato atinja seus fins, que são de interesses de ambos.

Não é possível, na ordem jurídica atual, admitir-se que alguém se proponha a compor uma relação contratual e atue contrariamente à consecução dos fins daquele vínculo, assim como não se admite que um contrato bilateral e oneroso produza vantagens para apenas uma das partes, deixando a outra em situação de frustração e prejuízo.

### **3.4. As versões atuais dos antigos *slogans***

Igualdade e liberdade continuam pautando a teoria geral do contrato contemporâneo. Mas são igualdade e liberdade com outros significados, adequados ao contexto sócio-econômico-cultural e à ordem civil-constitucional.

#### **3.4.1. Igualdade substancial**

Pouco após a solidificação do discurso de que todos são iguais perante a lei, surge, no século XX, a necessidade de reivindicar, para o campo jurídico, a promoção de outro tipo de igualdade: a igualdade substancial.

Mesmo no tempo da codificação francesa era nítida a desigualdade material entre as partes, assim como a consequência de que, sendo as partes desiguais econômica ou socialmente, a auto-regulamentação dos seus interesses nem sempre seria completamente motivada por uma vontade livre. Essa desigualdade ficou ainda mais nítida após a revolução industrial e a expansão da economia de massa e do consumo de massa. Passou-se a questionar, fortemente, por exemplo, a real autonomia do trabalhador e a real autonomia do consumidor para, num contrato com o empresário, auto-regulamentar seus interesses.

Aumentou, assim, a reivindicação por um tratamento jurídico diferenciado para as partes de um mesmo contrato, afastando o pressuposto burguês da igualdade formal entre as partes e buscando garantir a liberdade dos contratantes por meio da explicitação da sua desigualdade jurídica. Ou seja, diante de uma desigualdade material entre as partes, necessária é uma desigualdade jurídica de tratamento

---

7. Pressupondo-se um contrato bilateral e oneroso.

que reconheça e equilibre as forças de poder – sobretudo de natureza econômica – presentes na relação.

Percebeu-se rapidamente a armadilha do discurso da igualdade formal que deixava os indivíduos à própria sorte, considerados livres para assumirem qualquer vínculo contratual, ainda que, em alguns momentos, esses indivíduos não se movessem preponderantemente por liberdade verdadeira, mas por necessidade. Guiados pela necessidade, levados ao contrato, não tinham nenhum poder nem condição material de exercer a liberdade contratual, a que se refere à determinação do conteúdo do contrato. O que a parte mais poderosa naquele contexto impusesse como conteúdo do contrato era aceito pela parte necessitada ou desinformada, levando os contratos, em certas situações, a serem vistos como vínculos de abuso e exploração. O problema residia na liberdade apenas pressuposta, mas não real, e as partes eram, pela lei, consideradas como iguais, mas não o eram. Da soma das duas premissas falsas, o resultado era o vínculo desequilibrado que a ideologia jurídica liberal e individualista produzia.

A conhecida frase atribuída a Lacordaire, religioso, político e acadêmico nascido dois anos antes da elaboração do Código Civil francês, “entre o forte e o fraco, a lei liberta e a liberdade escraviza”, tem validade se a lei de que se trata buscar a igualdade substancial e a proteção da liberdade contratual de todas as partes do contrato, não apenas de uma.

O antigo pressuposto de igualdade formal deu lugar à igualdade substancial. O princípio da igualdade, na sua versão contemporânea, não apenas pressupõe a igualdade das partes diante da lei, mas tem a lei como instrumento para promover a igualdade substancial –na verdade, para diminuir a desigualdade extrema – de partes materialmente desiguais e que, por isso, tendem a realizar um contrato desequilibrado.

### **3.4.2. *Autonomia privada***

A antiga liberdade de contratar, assim como o voluntarismo jurídico, deram espaço à noção de autonomia privada. Autonomia privada é o poder de realizar negócios jurídicos, conhecida, também, por liberdade negocial, que abrange a liberdade contratual. É o poder atribuído pelo ordenamento jurídico à pessoa para que esta possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações. Esse poder confere às pessoas a possibilidade de regular, por si mesmas, as próprias ações e suas conseqüências jurídicas, ou de determinar o conteúdo e os efeitos de suas relações jurídicas, tendo o reconhecimento e podendo contar com a proteção do ordenamento jurídico.

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado. Esse princípio se materializa por meio da realização de negócios jurídicos. Conforme Cariota Ferrara, os negócios jurídicos são os instrumentos ou os meios de realização da autonomia privada<sup>8</sup>. Os negócios jurídicos são instrumentos “que o próprio direito põe à disposição dos particulares, para servirem de base aos seus interesses na vida de relação, por conseguinte, para dar vida e permitir o *desenvolvimento* das *relações* entre eles”<sup>9</sup>.

Segundo Emilio Betti, a autonomia das pessoas quanto à auto-regulamentação de seus próprios interesses é uma prática social que, ao ser reconhecida pelo direito, transforma-se em autonomia privada jurídica<sup>10</sup>. O autor explica que a ordem jurídica, antes de sancionar um negócio realizado pelas partes, avalia sua função prática, podendo dar-lhe três repostas possíveis, alternativas: pode ignorar o negócio, reconhecer o negócio ou combater o negócio.

Por isso, possíveis correções na autonomia privada ou na liberdade contratual não negam tais conceitos, adaptam-nos aos novos contextos que servem de base à realização do contrato. O intervencionismo público, através da lei ou da revisão judicial, não fere a autonomia, apenas a corrige e a mantém dentro dos limites do ordenamento jurídico.

É necessário, ainda, ressaltar que não falamos da autonomia da vontade no seu sentido voluntarista clássico, mas de autonomia privada<sup>11</sup>, que decorre do ordenamento e, por isso, carrega sua axiologia. O poder de gerar regras jurídicas para as próprias situações ou relações não está na simples vontade da pessoa, mas na declaração de vontade que estiver autorizada pelo ordenamento jurídico, quanto à forma, quanto ao conteúdo e quanto à capacidade e legitimidade do sujeito.

### 3.5. A revisão judicial dos contratos: a tangibilidade da intangibilidade

Apesar de o Código Civil brasileiro de 1916 não ter previsto a revisão contratual, os tribunais cuidaram de construí-la e aplicá-la em inúmeros casos de necessidade de correção do contrato.

A revisão judicial do contrato não tem o objetivo de ultrapassar as vontades das partes e gerar insegurança ao vínculo contratual, mas reequilibrar o contrato

8. CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli/Morano, p. 55.

9. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969, p. 92.

10. *Ibidem*, p. 101.

11. BORGES, R. C. B. Op. cit.

com a finalidade de preservá-lo, com a possibilidade de satisfação dos interesses legítimos em jogo.

Os contratos devem ser cumpridos, esta é a regra geral, e a revisão judicial deve buscar a possibilidade do seu cumprimento equilibrado.

### **3.5.1. Imprevisão**

Na construção pretoriana brasileira, de inspiração estrangeira, iniciou-se a aplicação da revisão judicial dos contratos com mais requisitos do que os exigidos no final do século XX.

Inicialmente, para que o juiz se considerasse autorizado a intervir no conteúdo do contrato, eram necessários os seguintes requisitos: alteração radical da base objetiva do contrato, causada por circunstâncias imprevisíveis (extraordinárias), que levassem ao desequilíbrio entre as prestações, gerando, para uma parte, enriquecimento inesperado e, para a outra, empobrecimento, tornando insuportável a execução do contrato.

A possibilidade da revisão decorria da cláusula *rebus sic stantibus*, considerada implícita a todos os contratos, segundo o entendimento, de origem na antiguidade<sup>12</sup>, de que os contratos de execução diferida devem ser cumpridos no mesmo estado de coisas existente quando as obrigações foram assumidas. A revisão contratual, diante deste quadro alterado, tem por objetivo restaurar, no vínculo, o estado original da relação entre as prestações assumidas na sua formação.

Posteriormente, os tribunais passaram a dispensar a presença do enriquecimento sem causa, considerando suficiente a desproporção ou excessiva onerosidade decorrente do fato imprevisível que altera radicalmente a base objetiva do contrato.

Assim, o *pacta sunt servanda* continua valendo, mas se *rebus sic stantibus*.

### **3.5.2. Onerosidade excessiva**

Com a teoria da imprevisão consolidada na jurisprudência brasileira, os tribunais perceberam outro contexto justificador da revisão contratual: a onerosidade excessiva pura, que não é consequência da *alea* extraordinária.

12. RODRIGUES Junior, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 49.

Inicialmente aplicada às relações de consumo, a revisão contratual, neste caso, prescinde do evento imprevisível como causa da desproporção ou onerosidade excessiva. Trata-se de revisão do contrato por lesão objetiva, que quebra a comutatividade dos contratos, desequilibrando a relação, também de origem antiga.

No sistema consumerista, é prática abusiva impor ao consumidor desvantagem exagerada ou exigir dele vantagem manifestamente excessiva. Mesmo que a onerosidade excessiva seja originária, ainda que haja, na formação do contrato, sua presença, o contrato pode ser corrigido judicialmente, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor.

Recentemente, percebe-se, na jurisprudência, o entendimento de que a revisão por onerosidade excessiva pode ser feita em relação a qualquer contrato, seja consumerista ou formalmente paritário, por uma exigência de justiça contratual. Apesar de o Código Civil, no art. 478, na seção que trata “Da resolução por onerosidade excessiva”, exigir os requisitos tradicionais da teoria da imprevisão – mesmo quando a jurisprudência não mais os exigia todos –, a interpretação é de que, como expressa o título dado à seção, basta a onerosidade excessiva para a correção contratual, tendo em vista a principiologia axiológica do Código Civil de 2002, assim como da Constituição Federal de 1988.

Vale o *pacta sunt servanda*, desde que a balança esteja equilibrada.

### 3.6. Da estrutura à função<sup>13</sup>: o renascimento do contrato

Dentre as críticas feitas à teoria do negócio jurídico e à teoria geral do contrato, estão o fato de este ser tido como instrumento de realização da liberdade pessoal, o que, diante das desigualdades entre as partes, soa falso, além do fato de seu estudo, tradicionalmente, resumir-se a seus elementos estruturais.

Com o questionamento do discurso individualista, deixou-se de falar do negócio jurídico apenas como meio de afirmação da liberdade para falar de um “instrumento de realização de interesses privados”, no sentido de que, segundo Ana Prata, “a sua característica diferenciadora deixa de ser a liberdade do sujeito, passa a ser a função que desempenha, a sua aptidão a produzir dados efeitos”<sup>14</sup>. Houve, assim, uma alteração no sentido de uma “funcionalização do negócio”<sup>15</sup>, uma socialização do contrato, como reação ao voluntarismo estruturalista oitocentista.

13. A obra “Dalla struttura alla funzione”, de Norberto Bobbio, cujo título toma-se de empréstimo para este tópico, propõe uma reflexão sobre a função promocional do direito, para além da análise de suas estruturas.

14. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, p. 23.

15. *Ibidem*, loc. cit.



Como observou Miguel Reale<sup>16</sup> o princípio da função social do contrato, revelado pelo art. 421 do Código Civil de 2002, decorre do preceito constitucional da função social da propriedade, presente, dentre outros, no art. 5º, XXII e XXIII, pois, muitas vezes, o contrato serve à propriedade e vice-versa.

Ele é um dos novos princípios da contemporânea teoria geral dos contratos e pode trazer grande contribuição à proteção ao equilíbrio contratual.

### ***3.6.1. A função social do contrato no seu aspecto interno***

O contrato é relação jurídica entre duas partes que decidiram (embora nem sempre esta decisão seja plenamente voluntária na sociedade de massas) vincular-se juridicamente para atendimento de seus interesses. Assim, ambos os pólos da relação obrigacional têm interesses em jogo.

Se o contrato é bom ou funciona apenas para uma das partes (tratando-se de contratos bilaterais, onerosos), expressa abusividade e não atendimento de sua função interna. Se aquele vínculo serve apenas a uma das partes quando, de início, deveria servir às duas, não há justificativa jurídica nem social para sua manutenção. Se o contrato não serve a ambas as partes, mas apenas a uma delas, não cumpre sua função interna e precisa ser corrigido. Exemplificando: se um consumidor contrata uma compra e venda de um liquidificador, pagando o preço em doze vezes e com juros de cem por cento ao ano, este contrato não está funcionando como compra e venda, mas como mútuo explicitamente abusivo, não servindo à circulação de mercadoria, mas à prática de agiotagem. Assim, não cumpre com sua função interna típica de contrato de compra e venda, violando o princípio do art. 421 do Código Civil, além de outros.

Perguntemos: para serve o contrato? Para satisfação dos interesses das partes que, isoladamente, não poderiam obter certos bens ou serviços, precisando, para isso, da colaboração da outra parte. Assim, a função sócio-econômica do contrato reside na sua utilidade em relação à obtenção desta satisfação. Quando o contrato não permite esta satisfação, servindo para outro fim, como o alcance dos interesses de apenas uma das partes, prejudicando a outra, o pacto não cumpre sua função social considerada justificativa jurídica para sua tutela pelo ordenamento.

Assim, o contrato que não cumpre sua função social, no aspecto interno, tem sua finalidade esvaziada ou desviada, carecendo de justa causa para sua tutela.

---

16. REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 20/03/2007.

Se dado pacto não se reveste desta utilidade, há problema quanto à sua validade e eficácia.

### ***3.6.2. A função social do contrato no seu aspecto externo: a relatividade da relatividade***

Analisando o aspecto externo da função social do contrato, o foco vai para além das partes, para o restante da coletividade, numa passagem do individual para o transindividual, trazendo, para dentro do contrato, pessoas que não o assinaram e que, por isso, o Direito Civil tradicional não as considera como partes neste vínculo, não as põe nos pólos da relação jurídica obrigacional. Na análise do aspecto externo da função social do contrato encontramos quem não assinou o contrato, mas é por ele socialmente interessado, o que o leva, no caso, a ser juridicamente interessado por aquela relação obrigacional da qual, tradicionalmente, não era parte.

Ao tangenciar o contrato, as pessoas tradicionalmente chamadas de terceiros aparecem no cenário jurídico para, principalmente, protegerem-se de contratos que possam violar direitos seus. Veda-se, com o princípio da função social do contrato, que um ajuste, ainda que surgido do mais puro e perfeito acordo de vontades entre as partes, venha a causar danos a pessoas que, embora atingidas pelo contrato, não têm o *status* de parte naquela relação jurídica. “O que se exige é apenas que o acordo de vontades não se verifique em detrimento da coletividade, mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”, como esclareceu Miguel Reale<sup>17</sup>.

A socialização do contrato consiste nesta importância que o legislador e o constituinte conferiram aos reflexos sociais do vínculo obrigacional. Não se trata de socialismo se sobrepondo ao capitalismo, mas à condição de que os contratos possam cumprir sua função individual ou interpartes desde que isso não ocorra em detrimento dos direitos de terceiros, representados pela coletividade. O princípio da função social do contrato inclui os que sempre estiveram à margem das contratações, triangulando a relação jurídica contratual.

Por isso justifica-se a redação do art. 421 do Código Civil: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Se as partes (tradicionalmente consideradas) ultrapassarem os limites da função social do contrato, significa que as pessoas por ele afetadas poderão atuar nesta relação

---

17. Op. cit.

jurídica para pôr o acordo dentro das fronteiras desenhadas pelo ordenamento jurídico em que pode haver o exercício da liberdade contratual. Se o ordenamento jurídico brasileiro protege a liberdade contratual, é porque a considera socialmente útil. Assim, apenas quando o exercício desta liberdade for feito de forma socialmente útil – ou, no mínimo, quando não contrarie o interesse da sociedade – esta terá a proteção do ordenamento. Ultrapassando a fronteira da função social, aquele pacto não merecerá tutela jurídica e sua validade e eficácia podem ser revistas judicialmente, inclusive através de iniciativa daqueles terceiros que costumavam ser mantidos de fora do contrato.

Deve-se perguntar: para que serve o contrato? O contrato tem a finalidade sócio-econômica de satisfazer os interesses das partes, principalmente com base num mecanismo de troca. Sua finalidade não é prejudicar terceiros. Se o mecanismo de satisfação de interesses das partes prejudica terceiros, violando seus direitos, há ilicitude, desvirtuando-se o pacto de sua função sócio-econômica normal, devendo ser corrigido.

A ultrapassagem dos limites da função social do contrato caracteriza abuso do direito de contratar, conforme a combinação entre os artigos 421 e 187 do Código Civil, equiparando-se a atuação das partes (tradicionais) a ato ilícito, que pode gerar dano a pessoas que não participaram da formação do vínculo contratual. O dano gerado a terceiros por um vínculo contratual implica, então, responsabilidade para as partes (tradicionais) que pactuaram algo lesivo aos direitos de outrem, passando a ser obrigados a reparar o dano. Por exemplo: se as partes de um contrato são causadoras de um dano ambiental, ainda que este decorra diretamente da conduta de apenas uma delas, todas são responsáveis por sua reparação, pois mesmo a parte que não realiza a conduta material diretamente vinculada ao dano, atua indiretamente motivando-o e esperando proveitos da atividade realizada pelo outro contratante. Se o contrato é firmado em função de uma atividade poluidora, todas as partes deste contrato respondem pelos danos ambientais causados, não apenas a parte que se obrigou a realizar materialmente a atividade poluidora que também é de interesse dos demais contratantes. A revisão contratual pode se dar, inclusive, através de ação civil pública ajuizada por seus legitimados, considerados terceiros em relação ao contrato.

É neste sentido que deve ser entendido o valor da livre iniciativa (art. 1º, IV da Constituição Federal) e sua conseqüente liberdade contratual: respeitando-se a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III) e evitando-se o abuso do poder econômico (art. 173, 4º, também da CF), para ficar nos termos constitucionais, além do princípio da solidariedade (art. 3º, I da CF).

### 3.7. A boa-fé objetiva: proteção da confiança

O princípio da boa-fé objetiva ou princípio da probidade ou eticidade, expresso nos arts. 422, 113 e 187 do Código Civil, atua sobre os contratos com várias funções<sup>18</sup>: é fonte de direitos laterais, é limite à liberdade contratual e à liberdade de contratar, é cânone de integração e interpretação dos contratos.

Com este princípio, explicita-se a opção pela presença da ética nas relações negociais, devendo-se considerar, na análise do contrato, os padrões de conduta correta, vigentes no meio, para pautar o comportamento dos contratantes. O comportamento das partes deve estar de acordo com o padrão razoável de conduta cultivado no meio social em que o contrato se insere.

Trata-se de uma exigência de respeito à confiança<sup>19</sup> da outra parte e aos seus legítimos interesses por aquele contrato, decorrente, também, da noção de contrato como vínculo de colaboração.

Apesar da insuficiência do texto do art. 422, há um forte entendimento de que o princípio tem aplicação também nas fases pré e pós-contratual, pois todas estas fases são partes de uma relação voltada para a satisfação dos interesses legítimos das partes.

Por isso, o abuso da liberdade de contratar<sup>20</sup> (e de não contratar, logicamente), na fase pré-contratual<sup>21</sup>, representado pelo rompimento inesperado e injustificado das fundadas expectativas da outra parte na formação do vínculo contratual, gerando prejuízos para esta, enseja responsabilidade civil da parte que violou padrões de comportamento correto naquele contexto. Do mesmo modo, o abuso posterior à execução da obrigação<sup>22</sup>, que leva à obstrução do gozo dos efeitos do contrato, revertendo as expectativas da parte, também viola a boa-fé e leva à responsabilidade do contratante desleal.

### 3.8. O papel do Estado

Diante da transformação relatada acima de um paradigma liberal para um paradigma social, a doutrina e a jurisprudência, assim como o legislador, vêm

18. MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000. NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

19. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

20. PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

21. PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.

22. DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual*. São Paulo: Saraiva, 2004.

reiterando, continuamente, a necessidade de substituir a noção de igualdade formal pela igualdade substancial. A proteção da parte mais fraca na relação contratual é nítida nas recentes discussões sobre contratos, nas decisões judiciais, no Código de Defesa do Consumidor. A intervenção do Estado, mediante a lei, nas relações contratuais econômicas é um fato. Todos alertam para as diferenças entre os contratos por adesão e os contratos paritários. Os juízes já não se apóiam exclusivamente no *pacta sunt servanda*, mas na busca pelo equilíbrio contratual.

Neste contexto, o Estado, na expressão legal ou judicial, que se apresenta não é mais aquele modelo liberal pós-revolucionário, mas um Estado que tem funções promocionais, fruto dos movimentos sociais e da alteração que o Estado do Bem-Estar Social imprimiu ao capitalismo, devendo atuar de forma positiva nos mais diversos setores da sociedade, inclusive no setor econômico e nas relações negociais.

Este papel é inegável diante das diretrizes assumidas pelo constituinte brasileiro de 1988: art. 1º, III – dignidade da pessoa humana como fundamento; art. 1º, IV – valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamento; art. 3º, I-IV – construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantia do desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais; promoção do bem de todos; art. 5º, XXIII – a propriedade atenderá a sua função social; art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor; art. 6º – 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; art. 7º – direitos dos trabalhadores urbanos e rurais; art. 170 – a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e nacionais, busca do pleno emprego...; art. 173, 4º – a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; art. 173, 5º – a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular; art. 179 – tratamento jurídico diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte; art. 182 – a política do desenvolvimento urbano... tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; art. 182, 2º - função social da propriedade urbana; art. 186 – função social da propriedade rural; art. 192 – o sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade,

em todas as partes que o compõem...; art. 193 – a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais etc.

Não convence o discurso *démodé* de que a intervenção legal ou judicial nos contratos é fator de insegurança jurídica e de um suposto “custo Brasil”, como alardeiam os porta-vozes do empresariado nacional e estrangeiro. Tal discurso está deslocado, fora de época, fora de contexto, pois ultrapassado no século passado por um compromisso público com outro valor, que prevalece, como objetivo principal, sobre a segurança jurídica, que é a justiça contratual ou equidade contratual ou, simplesmente, equilíbrio contratual.

#### 4. CONCLUSÃO

Observando-se os últimos dois séculos de história do Direito Civil, percebe-se que muitas foram as mudanças em suas categorias centrais, entre elas, o contrato. Neste período, podemos perceber, com nitidez, dois modelos principais de contratação: o clássico e o contemporâneo.

O contrato clássico era definido como vínculo entre interesses opostos, ou como acordo entre vontades opostas, com uma carga de antagonismo entre as partes. No contrato contemporâneo, a idéia de oposição é substituída pela de colaboração, devendo as partes respeitar as legítimas expectativas uma da outra e colaborar para a satisfação dos interesses de todos.

No contrato clássico, o contratante era idealizado com um enorme grau de abstração que o retirava do contexto sócio-econômico-cultural determinante de sua conduta. Para o contrato contemporâneo, não há apenas um modelo de contratante, mas vários, correspondendo com os múltiplos contextos sócio-econômico-culturais em que estão inseridos, gerando tratamentos jurídicos distintos, adequados a cada contexto.

A igualdade formal da doutrina clássica foi substituída pela contemporânea exigência de igualdade substancial, devendo-se proteger os contratantes vulneráveis. A liberdade contratual e a autonomia da vontade foram substituídas pela autonomia privada conformada constitucionalmente.

O *laissez faire, laissez paissier* ou a ausência do Estado no conteúdo dos contratos deu espaço ao intervencionismo, por ser necessário ao reequilíbrio dos vínculos e à justiça contratual, seja através da lei, seja pela revisão judicial.

O *pacta sunt servanda* é condicionado pela teoria da imprevisão e pela teoria da onerosidade excessiva, assim como pela boa-fé objetiva, não se admitindo que os contratantes se tornem servos de um pacto manifestamente desvantajoso.

A relatividade dos contratos é relativizada, pois os contratos podem produzir efeitos para além das partes que o formaram, atingindo terceiros que, pelo princípio da função social do contrato, podem atuar buscando a correção daquela relação.

Além do tradicional estudo dos elementos estruturais do contrato, como as declarações de vontade, a proposta, a aceitação, as partes, o objeto, o conteúdo, o sistema civil-constitucional requer a análise funcional do contrato, o seu *telos*, a sua finalidade no ambiente interpartes e na sociedade, não merecendo proteção o pacto que se desvirtua do que o ordenamento jurídico tutela.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- AUBRY, C.; RAU, C. *Cours de droit civil français*. 4. ed. Paris: Marchal, Billard et Cie., imprimeurs-éditeurs, 1869. v. 1 e 2.
- BARASSI, Lodovico. *Instituciones de derecho civil*. Trad. Ramon Garcia de Haro de Goytisolo. Barcelona: Bosch, 1955. v. 1. Título original: *Istituzioni di diritto civile*.
- BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Editora, 1969. v. 1 e 2. Título original: *Teoria general del negozio giuridico*.
- BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Função ambiental da propriedade*. São Paulo: LTr, 1999.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil*. Paris: Presses Universitaires de France, 1955. v. 1 e 4.
- CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli/Morano.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.
- GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Diritto privato*. 9. ed. Padova: Cedam, 1996.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

- \_\_\_\_\_. *Direito privado: novos aspectos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*. Trad. da 3. ed. Santiago Cunchillos y Manterola. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Título original: *Cours de droit civil positif français*.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
- MORAES, José Renato de. *Cláusula rebus sic stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2002.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *O abuso do direito e as relações contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- POPP, Carlyle. *Responsabilidade civil pré-negocial: o rompimento das tratativas*. Curitiba: Juruá, 2001.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina.
- RANOUIL, Véronique. *L'autonomie de la volonté: naissance et évolution d'un concept*. Paris: Presses Universitaires de France, 1980.
- RODRIGUES Junior, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



## **Artigos do Corpo Discente**

---

### **DOUTORADO**

Maria Elisa Villas-Bôas  
Ricardo Maurício Freire Soares

### **MESTRADO**

Erica Rusch Daltro Pimenta  
José Antônio Garrido  
Kaline Ferreira Davi  
Luciano L. Figueiredo  
Miguel Calmon Dantas  
Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho  
Murilo Carvalho Sampaio Oliveira  
Valdir Ferreira de Oliveira Junior

### III

## PRODUTOS TRANSGÊNICOS, SAÚDE, DIREITO E MEIO AMBIENTE: O CENÁRIO EM QUE SE RECEBE A NOVA LEI DE BIOSSEGURANÇA<sup>1</sup>

*Maria Elisa Villas-Bôas*

A autora é Bacharela e Mestra e doutoranda em Direito pela UFBA, Médica pela EBMSP, Professora Universitária na UNIME e Professora de Pós-Graduação na ATUALIZA, na disciplina de Bioética.

**RESUMO:** O Brasil acaba de receber uma nova lei tratando do uso de transgênicos. É fato que tais produtos são hoje uma realidade. Mas o que se sabe sobre eles? Este texto faz uma breve revisão sobre o tratamento jurídico dado aos organismos geneticamente modificados no país.

**ABSTRACT:** Brazil has just received a new law about the transgenic products. Nowadays, they

are actually present around all the world, but what's known about them? This text makes a brief revision about the treatment given to the in Brazil by Environmental Law.

**PALAVRAS-CHAVE:** transgênicos, organismos geneticamente modificados, legislação brasileira.

**KEYWORDS:** transgenic products, genetically modified organisms, brazilian law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Breves noções de genética e engenharia genética; 3. OGM e Meio Ambiente; 3.1. Argumentos favoráveis; 3.2. Argumentos contrários; 3.3. O Princípio da Precaução; 4. Evolução e situação atual dos produtos transgênicos no Brasil; 5. Abordagens legislativas e o posicionamento jurisprudencial sobre a matéria; 5.1. Constituição Federal de 1988; 5.2. Código de Defesa do Consumidor; 5.2.1. A questão da rotulagem; 5.3. Lei de Patentes e Lei de Cultivares; 5.4. Normas Ambientais: A Convenção de Biodiversidade; 5.5. Jurisprudência; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO<sup>2</sup>

A revolução biotecnológica, em ritmo avassalador, tem atingido praticamente todas as áreas do conhecimento humano e afetado a realidade de boa parte da

1. Atualizado, a partir da monografia de conclusão da disciplina Direito Ambiental, apresentada em 2002, no Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia (UFBA).
2. Abreviaturas: ADN ou DNA – Ácido Desoxirribonucléico; ARN ou RNA – Ácido Ribonucléico; Bt – *Bacillus thuringiensis* (bactéria que detém gene com capacidade inseticida); CDC – Código de Defesa do Consumidor; CF/88 – Constituição Federal de 1988; CONAMA – Conselho Nacional de Meio Ambiente; CQB – Certificado de Qualidade em Biossegurança; CTNBio – Comissão Técnica Nacional de Biossegurança; DOU – Diário Oficial da União; EIA/RIMA – Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de

humanidade, esteja ela situada em grandes e desenvolvidos centros urbanos ou em zonas rurais empobrecidas de países em desenvolvimento. Assim é que hoje a questão dos organismos geneticamente modificados afeta populações de todo o mundo, levando cientistas e leigos a se perguntarem acerca dos efeitos desses produtos para a saúde humana e do meio ambiente.

A relevância dos interesses econômicos envolvidos contribui para tornar a discussão sobre a produção, comercialização e utilização de produtos transgênicos ainda mais acalorada. Tem-se, na verdade, dois pólos extremados a serem defendidos: de um lado, o crescimento científico, quase que irrefreável, acompanhante indissociável da evolução humana e a busca incessante de soluções para os problemas sociais; de outra parte, a proteção ao meio ambiente, que tem ganhado monta nas últimas duas décadas, exatamente diante da constatação de que o excessivo pendor tecnicista e industrialista pós-Segunda Guerra tem gerado agressões muitas vezes irreversíveis à biosfera. Destaque-se, ainda, a valorização crescente dos direitos humanos e o surgimento da Bioética, exigindo posturas novas diante das inovações científicas.

Sob a ótica da velha questão malthusiana, - de que a fome seria uma ameaça permanente à população mundial, a qual se veria um dia na situação de não ter como produzir alimentos suficientes para todos os habitantes do planeta, em vista da própria limitação espacial das áreas cultiváveis - nada mais nobre que a tentativa de se incrementar a produtividade, gerando alimentos mais nutritivos, mais resistentes aos agentes agressores e, em muitos casos, mais saudáveis, na medida em que enriquecidos com elementos favoráveis à saúde humana, como vacinas, fatores de coagulação para aqueles que não os produzissem a contento, vitaminas etc.

Dá-se que, por outro ângulo, há de se observarem os aspectos econômicos da questão. É regra consensual, no que concerne à patente de produtos, não ser possível a alguém tomar para si a propriedade de bens que a natureza provê para todos, mas é possível patentear, por exemplo, um fruto dotado de características especiais, desenvolvidas através de manipulação genética que o tornou, em parte, criação humana e, portanto, apropriável por aquele que o desenvolveu. E, assim, de certa forma, patenteia-se o fruto que antes pertencia a todos. Naturalmente

---

Impacto sobre o Meio Ambiente; EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária; EUA – Estados Unidos da América; FDA – Food and Drug Administration (espécie de Ministério da Saúde americano); HEMOAM - Fundação de Hematologia e Hemoterapia do Amazonas; IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor; MP – Medida Provisória; MST – Movimento dos Sem-Terra; OGM – Organismo Geneticamente Modificado; OMS – Organização Mundial de Saúde; ONG – Organização Não-Governamental; ONU – Organização das Nações Unidas; STJ – Superior Tribunal de Justiça; STF – Supremo Tribunal Federal; TRF – Tribunal Regional Federal.

isso envolve grandes interesses, vez que, por envolver alimentos – algo de que a ciência ainda não nos fez prescindir – há uma garantia inegável de lucro que não pode ser desprezada ao se analisar a matéria.

Quais as conseqüências a médio e longo prazo dos produtos transgênicos para o organismo humano e para o meio ambiente? Que riscos ignorados essas alterações genéticas poderão representar? Neste ponto, a sedução do progresso e a busca incansável pelo desenvolvimento parecem chocar-se com a prudência, caracterizada, no âmbito do Direito Ambiental, pelo Princípio da Precaução, que deve nortear as ações humanas de interferência nos ecossistemas, a fim de causar o mínimo possível de dano ambiental e assegurar a reserva de bens naturais para as gerações futuras.

Nesse cenário se recebe a recente Lei 11.105/2005, que revoga a anterior Lei de Biossegurança (Lei 8.974/95), primeira norma da espécie no país. A atual lei vem tratar de temas polêmicos, como a utilização de embriões humanos e produção de organismos geneticamente modificados, numa combinação *de per se* questionável. Sua antecessora não chegou a resolver a questão dos transgênicos no país, e a lei atual se mostra uma incógnita em relação ao futuro, na medida em que traz alterações relevantes na gestão do tema. Vejamos...

## 2. BREVES NOÇÕES DE GENÉTICA E ENGENHARIA GENÉTICA

Para compreender o que sejam os Organismos Geneticamente Modificados<sup>3</sup> há de se compreender, previamente, como se dá essa modificação genética que os origina. De maneira simplificada, pode-se dizer que gene é a *“unidad física y funcional del material hereditario que determina un carácter del individuo y que se transmite de generación en generación. Su base material la constituye una porción de cromosoma (locus) que codifica la información mediante secuencias de ADN”*<sup>4</sup>. Assim, todas as informações hereditárias acerca das características a serem transmitidas aos descendentes constam dos genes, acondicionados do conjunto cromossômico (um enovelado de DNA/ADN, uma coleção de genes que compõem o patrimônio genético do indivíduo)<sup>5</sup> transmitido pelo(s) indivíduo(s)

3. Conquanto nem todos os organismos geneticamente modificados sejam propriamente transgênicos, aqui se utilizarão os termos de forma indissociada, vez que não vem ao caso, no presente estudo, distinguir transgenia e knock out, o outro tipo de OGM, representado pelo só “desligamento” de gens indesejados. Veja-se a respeito: JORGE, Wanda. Pesquisadora defende rigor nos estudos de impacto”. Disponível em [http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/abril/2003/ju209pg04.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/abril/2003/ju209pg04.html), acessado em 01/07/2005.
4. APOTEKER, Arnaud. Glosario. Disponível em [www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html)
5. APOTEKER, Arnaud. *ob cit.*: “Cromosoma: corpúsculo intracelular alargado que consta de ADN, asociado con proteínas, y constituido por una serie lineal de unidades funcionales conocidas como genes. La especie humana tiene 46 cromosomas (23 pares).

ascendentes no momento da reprodução. Manipular geneticamente é alterar esse material, substituindo características ou inserindo características novas que não existiam na espécie geradora.

A constituição gênica do indivíduo é dita “genótipo” e vai influir de maneira importante nas características que serão expressas (morfológica e fisiologicamente), cujo conjunto é chamado “fenótipo”. Cabe destacar, entretanto, que o fenótipo não deriva exclusivamente do genótipo: será influenciado também por aspectos ambientais que favorecerão ou inibirão a expressividade de certas características genéticas. Assim, uma planta que, por exemplo, detém bom conteúdo gênico, o qual lhe propiciaria um bom crescimento, certamente não crescerá tanto se submetida a condições desfavoráveis de desenvolvimento, como quantidade inadequada de água ou terra pobre em nutrientes.

O que a engenharia genética faz é exatamente interferir no genótipo, de modo a se inserirem ali informações para a manifestação de características desejadas, alterando-se, por conseguinte, o fenótipo do organismo. Utilizando-se de enzimas especiais que cortam as fitas genéticas, e outras que posteriormente as religam, procede-se à manipulação de moléculas de DNA ou de RNA, de modo a se retirarem seqüências dessas moléculas, inserindo em seu lugar seqüências distintas e transformando-se com isso o resultado final obtido. Este DNA ou RNA alterado, seja através do enxerto de porções naturais de DNA ou RNA de outros organismos (os quais detenham a característica visada), seja através do enxerto de porções de material genético sintetizado em laboratório, são ditos DNA ou RNA recombinantes e vão dar origem a organismos geneticamente modificados ou transgênicos.

Em verdade, desde que Mendel descobriu a base da herança genética e mesmo antes disso, de forma empírica, o ser humano sempre buscou propiciar a reprodução de espécies com fito a obter produtos de características mais favoráveis. Dá-se que isso era feito de maneira integrada à ação natural, na medida em que não se modificava o código genético dos indivíduos, limitando-se as alterações àquelas que fossem passíveis de decorrer da reprodução entre exemplares selecionados de uma mesma espécie. Na manipulação genética, supera-se a limitação espécie-espécie, tornando-se possível transferir características de um animal para uma planta, por exemplo, através da elaboração de um fragmento de DNA mutante (recombinante), que hibridize características desses dois organismos. Diante disso, as possibilidades tornam-se quase ilimitadas, permitindo-se, *verbi gratia*, como já foi feito, fazer crescer uma orelha humana em um rato de laboratório, e se criarem organismos novos que não existiam na natureza.

Essas modificações podem requerer o uso de um vetor que transporte o material genético “engenheirado” (neologismo criado para referir o fruto da manipulação genética) para as células do organismo alvo. Isso se faz com a utilização de organismos mais primitivos, como bactérias, vírus ou prions, que, para se reproduzirem, necessitam transferir seu próprio material genético para células de organismos superiores, ditos hospedeiros, onde será realizada a transcrição, isso é, a “leitura” e decodificação da informação genética. Ou seja: insere-se o DNA ou RNA mutante num desses organismos parasitas e se o coloca em contato com o organismo alvo, o qual, uma vez parasitado, receberá a carga genética alterada, passando a produzir as características ali designadas. Daí se vislumbra, desde logo, o risco representado pela falta de controle na concretização destes mecanismos, uma vez que, de forma aleatória, os organismos usados como vetores poderão transmitir o material genético modificado para outros indivíduos que não aqueles determinados, causando uma disseminação talvez indesejada daquele material.

Diante do que já foi dito, é sensível a definição de organismos geneticamente modificados como sendo aqueles que sofreram alguma alteração em seu conteúdo gênico, de maneira a substituir caracteres ou acrescentar características que não seriam originalmente observáveis na espécie. O artigo 3º da Lei 11.105/2005, assim como fazia o mesmo artigo da Lei 8.974/95, traz definições relativas aos organismos geneticamente modificados e aos métodos para sua obtenção. Delimitado legalmente o âmbito do que se entenda por organismos geneticamente modificados, em que se incluem os transgênicos, resta definir os reflexos que tais organismos produzirão, uma vez liberados no meio ambiente e sujeitos ao consumo humano e animal.

### **3. OGM E MEIO AMBIENTE**

#### **3.1. Argumentos favoráveis**

Como fruto do progresso científico que são, os organismos geneticamente modificados surgiram como uma perspectiva promissora de melhoramento na qualidade da vida humana, prometendo vantagens e benefícios indeclináveis. Parece mesmo um contra-senso negar a evolução, cercear o desenvolvimento, como se temendo o futuro inevitável e aferrando-se a um sectarismo inexplicável nos dias de hoje, época de mudanças rápidas e irrefreáveis.

Argumenta-se a seu favor o potencial aumento da produtividade; a maior resistência a pragas e a agressões naturais, demandando o uso de menor quantidade de agrotóxicos; o desenvolvimento de plantas resistentes aos herbicidas, o qual seria usado, então, para matar as ervas indesejadas sem agredir o trigo ou

outros vegetais engenheirados para este fim. É possível também elaborar plantas naturalmente inseticidas, como na transferência de genes da bactéria *Bacillus thuringiensis* (Bt), responsável pela produção de uma proteína tóxica para determinado tipo de lagartas. Através da engenharia genética pode-se ainda prover aos vegetais a possibilidade de fixar nitrogênio diretamente do ar, reduzindo-se, assim, a necessidade de adubos nitrogenados.

Foram conquistas da engenharia genética a obtenção de numerosas e relevantes substâncias de uso médico, a exemplo da insulina, utilizada no tratamento do diabetes; do hormônio de crescimento; do interferon (usado em tratamentos oncológicos e antivirais); do fator VIII de coagulação (útil no tratamento da hemofilia A); da vacina contra hepatite B; da eritropoetina (estimulante da produção de hemácias) etc... Fala-se hoje, inclusive, na manipulação de genes animais, de modo a se obterem ovelhas que excretasse o referido fator VIII de coagulação em seu leite, auxiliando no suprimento deste fator a hemofílicos. Em 1980, decisão da Suprema Corte norte-americana permitiu o patenteamento de determinada linhagem modificada de bactéria, capaz de digerir o petróleo derramado no mar. Em 1983, permitiu-se também a utilização de bactérias alteradas geneticamente para impedir a formação de camadas de gelo na superfície das plantas, favorecendo a agricultura em locais afetados por geadas<sup>6</sup>.

Destaquem-se, ainda, outros projetos bastante favoráveis, tais como a proposta do arroz enriquecido com vitamina A, de modo a suprir a carência desta substância em populações orientais; bem como a produção de vegetais multinutritivos e com menor tempo de maturação, permitindo uma melhor qualidade alimentar para populações de países em desenvolvimento. Também se cogita a criação de animais produtores de vacinas ou de animais com sintomas de doenças humanas, para permitirem a pesquisa e quiçá a descoberta da cura para estes distúrbios. Já se informou, por exemplo, a intenção de modificar o código genético do mosquito-vetor da malária, para que não transmitisse mais a doença. Em meados de 2005, a Organização Mundial de Saúde (OMS) considerou seguros os transgênicos atualmente em mercado<sup>7</sup>.

Numerosas promessas nesse sentido parecem tornar os transgênicos a resposta para muitos dos problemas médicos e de saúde pública atuais. Tais perspectivas

6. SILVA, Jorge Alberto Quadros Carvalho. Alimentos transgênicos: aspectos ideológicos, ambientais, econômicos, políticos e jurídicos. In.: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). Biodireito. p. 328.
7. Disponível em <http://www.versatil.ind.br/versatil.php?ler=http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u43765.shtml>, acessado em 11/07/05. Afirma, contudo, o diretor para segurança alimentícia da OMS, Jorgen Schlundt: “Mas isso não significa que os alimentos que vão ser postos futuramente no mercado são seguros. Eles vão ter que passar por novos testes.” O estudo levou três anos para ser finalizado e focalizou nos riscos ambientais e de saúde dos alimentos transgênicos.

falam em favor de que se incremente o investimento em pesquisas voltadas para a produção de OGMs, incentivando-se sua rápida adoção no país, sob ameaça de se incorrer em um atraso desnecessário no desenvolvimento nacional na área da biotecnologia, em comparação com outros países que já se vêem em contato mais próximo com o uso desses recursos.

### 3.2. Argumentos contrários

No âmbito dos argumentos contrários, defende-se que a ciência deve, sim, ter limites, quando traz, em seu exercício, riscos imprevisíveis e o potencial de danos irreversíveis para o meio ambiente e para a saúde humana.

Alega-se, primeiramente, que a pesquisa relacionada aos organismos geneticamente modificados foi influenciada muito mais por interesses econômicos que propriamente por abnegação científica e projetos de cunho social. A possibilidade de patenteamento incentivou a destinação de grandes investimentos para esse tipo de pesquisa, diante da promessa de lucros arrebatadores que se configurava possível, uma vez que, como foi dito alhures, tratava-se de patentear produtos que a humanidade demanda irremediavelmente: animais e vegetais utilizáveis como alimentos, remédios etc...

A interferência econômica tem efeitos ainda em outros aspectos da questão. O custo de sementes e a falta de acesso à tecnologia representam empecilhos importantes à adoção deste tipo de cultura por parte dos agricultores de países em desenvolvimento. Acresça-se a isso a utilização de tecnologias desenvolvidas especialmente para assegurar a lucratividade na venda desses produtos, como a introdução do gene “*Terminator*”, que torna estéreis sementes decorrentes de vegetais transgênicos após o amadurecimento destes ou da tecnologia “*Traitor*”, que cria sementes que voltam a ser férteis somente mediante a aplicação de determinado insumo produzido pela mesma empresa. Desta forma, o agricultor, que utilizava parte de sua produção para o plantio seguinte vê-se impossibilitado de lançar mão deste recurso, precisando efetuar novos gastos para a compra de novas sementes a cada época de plantio. Esses recursos foram expressamente proibidos na atual Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), em seu art. 6.º, VII.

Também o uso de herbicida específico para o tipo de transgênico a ele resistente, como no caso da soja *Roundup Ready*, resistente ao herbicida *Roundup*, ambos produzidos pela empresa americana Monsanto, aumenta os custos da produção para o pequeno agricultor. Daí se haver argumentado fartamente, no Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos, ocorrido no Brasil, em 1999, que a adoção de vegetais transgênicos se contrapunha à agricultura sustentável.



Em verdade, chega-se a falar em uma perigosa “*privatização da natureza*” e “*monopolização dos alimentos*”<sup>8</sup>, na medida em que as empresas detentoras das tecnologias de transgenia teriam o poder de decidir acerca da distribuição de sementes, seus custos, entre outros, e, com isso, a própria distribuição de alimentos no mundo. Questionou-se: por que não melhorar as condições ambientais, em vez de alterar o genótipo, se ambos são opções para a manifestação de um fenótipo mais favorável? Aceitar passivamente a disseminação da modificação genética seria, no dizer da Engenheira Agrônoma Ângela Cordeiro<sup>9</sup>, desestimular a busca a outras soluções, mais compatíveis com a realidade nacional.

Argumenta-se, ainda, que a adoção de transgênicos pelo Brasil traria desvantagens também de ordem econômica internacional, na medida em que países europeus e Japão têm-se mostrado como mercados ávidos para a recepção de produtos ditos “orgânicos”, isso é, sem modificação genética. Assim sendo, considerando-se que os Estados Unidos da América e a Argentina – dois dos outros maiores produtores mundiais de soja – têm admitido o cultivo de soja transgênica em seus territórios, fácil seria avaliar que o Brasil – o outro grande produtor mundial de soja – só teria vantagens, sob esta ótica, em manter sua produção de soja “orgânica”, garantindo com isso dois importantes mercados exteriores, quais sejam: a União Européia e o Japão<sup>10</sup>, ainda que, recentemente, em abril de 2005, a União Européia haja iniciado uma abertura às rações que contenham traços transgênicos<sup>11</sup>.

À idéia de que a biotecnologia seria a resposta para a questão da fome mundial, contrapõe-se a ponderação de que, desde o final da década de setenta, já se tem verificado que o maior problema da fome no mundo não diz respeito à baixa produtividade ou à falta de produtos alimentícios, mas sim à falta de acesso a esses produtos por boa parte da população, em face da má distribuição de renda em todo o mundo, seja entre nações desenvolvidas e em desenvolvimento, seja dentro da própria nação, entre ricos e pobres<sup>12</sup>. E, neste aspecto, a biotecnologia somente aprofundaria esse processo e a dependência de muitos aos recursos científicos detidos por poucos.

Outro relevante argumento contrário aos organismos geneticamente modificados diz respeito aos riscos potenciais para a saúde humana e para o meio ambiente.

8. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. Anais..., p. 209

9. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. Anais..., p. 135

10. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. Anais..., p. 171

11. Disponível em <http://www.agronline.com.br/agronoticias/noticia.php?id=1243>, acessado em 11/07/05.

12. Cf. MENEZES, Francisco. *A Segurança Alimentar e os Transgênicos*. Disponível em <[http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html)> Acessado em 23/04/02

Aponta-se, neste setor, a possibilidade de indução de resistência bacteriana a antibióticos ou o surgimento de pragas multi-resistentes, já que os vetores utilizados para a transmissão das características modificadas, uma vez liberados no ambiente, vão afetar outros organismos, além daqueles indivíduos-alvo. Há que se verificar também a eventual destruição de insetos não alvo (como a morte de borboletas-monarca, em 1999, quando alimentadas com pólen de milho transgênico<sup>13</sup>. A própria bactéria *Bacillus thuringiensis* (Bt), já citada, é apontada como uma responsável por esses eventos<sup>14</sup>) e a contaminação de espécies nativas, através de métodos de reprodução natural, mediante polinização cruzada – que não se poderiam impedir – entre espécimes modificados e espécimes nativas, alterando-se, assim, a cadeia alimentar e toda a biodiversidade local.

No que tange à saúde humana, alerta-se para o risco de toxicidade cumulativa, uma vez que não houve tempo hábil para a verificação dos efeitos a médio e longo prazos do uso desses produtos. Outra dificuldade é a possibilidade de reações alérgicas cruzadas, uma vez que a alergenicidade dos alimentos é determinada, na maioria dos casos, por proteínas e pela má-digestibilidade dessas proteínas pelos indivíduos “alérgicos”<sup>15</sup>, assim, sendo, ao se alterar a composição protéica, poder-se-á estar transferindo para um alimento o potencial alergênico de outro. Exemplo desta situação é a da soja tratada com gene de castanha do pará, que provocou reações alérgicas em pessoas que, embora não tivessem alergia a soja, tinham a castanha do pará e, conseqüentemente, passaram a apresentar alergia à proteína produzida pelo gene da castanha do pará, presente na soja transgênica<sup>16</sup>.

Além disso, herbicidas específicos, como o glifosate, produzido pela empresa Monsanto, para ser usado nas plantações de soja *Roundup Ready* parecem estar relacionados com efeitos adversos importantes, ainda em fase de investigação, como a possível associação com linfomas tipo não-hodgkin (uma espécie de câncer), potencial mutagênico em ratos e coelhos, maior incidência de partos prematuros (verificados na Califórnia, onde é grande o uso do produto), irritação dermatológica e oftálmica e persistência por dois a três meses no solo e na água, podendo afetar minhocas, vida aquática, entre outros. Nesse

13. CASTRO, Paula M. Lima e; MALCATA, F. Xavier. Ecoética ou responsabilidade humana para com o ambiente. In.: ARCHER, Luís et alli. *Novos Desafios à Bioética*. p. 296
14. JORGE, Wanda. *Pesquisadora defende rigor nos estudos de impacto*. Disponível em [http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/abril/2003/ju209pg04.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/abril/2003/ju209pg04.html), acessado em 01/07/2005.
15. TAYLOR SL; HEFLE SL. Os alimentos geneticamente modificados poderão ser alergênicos? In.: *Correios da SBP/PRONAP*, p.23 e ss.
16. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. Anais... p.138. Nesta mesma ocasião, citam-se outros efeitos adversos dos produtos transgênicos, verificados em estudo empreendido pelo Governo da Noruega. p.138.

aspecto, contra-argumentam os defensores do produto transgênico que o herbicida especial é usado em quantidade menor que os herbicidas comuns, também eles carcinogênicos.

Enfim, o mais robusto argumento contrário ao uso de organismos geneticamente modificados tange à insegurança. Não há certeza de que estes organismos sejam inofensivos para a saúde humana e para o meio ambiente, levando ao temor do que já se chamou de um “*Chernobyl biológico*”<sup>17</sup>, de conseqüências inesperadas e irremediáveis. Daí se fazer referência constante ao Princípio da Precaução, tão relevante no Direito Ambiental.

### 3.3. O Princípio da Precaução

O Direito Ambiental, como outras áreas do Direito e outras áreas do conhecimento humano, também é regido por princípios próprios. Os princípios são “*proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subseqüentes*”<sup>18</sup>. Tratam-se, portanto, de diretrizes, de pontos de partida para se pensar determinada ciência.

O enunciado clássico do Princípio da Precaução consta da Conferência das Nações Humanas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Declaração do Rio), em 1992, que diz:

Princípio 15 – De modo a proteger o meio ambiente, o Princípio da Precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Como se vê, o referido princípio se embasa no velho dito popular, segundo o qual “*é melhor prevenir que remediar*”, especialmente quando se pode estar tratando do irremediável. Quanto maior o risco, maior a prudência requerida. Por este princípio, a falta de evidência científica de que um ato ou produto é lesivo ao meio ambiente não significa a presunção de que ele é inócuo, de modo que o mesmo deve ser evitado até que se prove essa inofensividade.

Para Édis Milaré<sup>19</sup>, a atenção desse princípio está voltada “*para momento anterior à da consumação do dano – o do mero risco*”; afirmando, ademais, que:

17. Cf. MARRERO, Carmelo Ruiz. ¿Ingeniería Genética o Agricultura Sustentable? Entrevista a Nelson Alvarez. Disponível em <[http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html)> Acessado em 23/04/02

18. MILLARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. p. 95, remetendo a José Cretella Jr., em seu *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. p. 129.

19. MILLARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. p. 95.

...a ausência de certeza científica absoluta não pode servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas efetivas visando a evitar a degradação do meio ambiente. Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão conseqüências indesejadas ao meio considerado.

Diz Rubens Nodári<sup>20</sup>, no já citado Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos, que “*a ausência da evidência jamais é a evidência da ausência*”. Daí se haver criticado duramente, por ocasião desse evento, a decisão da Comissão Técnica Nacional de se liberar no Brasil zonas para cultivo da soja *Roundup Ready*, sob o surpreendente argumento de que “*considerando esse nível de informação insuficiente para uma tomada de decisão (...) Não há evidências de risco ambiental ou à saúde humana e animal*”<sup>21</sup>.

No que toca aos produtos transgênicos, a aplicabilidade do referido princípio se faz ver na necessidade de mais pesquisas que venham a comprovar a inocuidade desses organismos para o meio ambiente e para a saúde humana. Esta seria a única condição aceitável para sua liberação. Isso, como se vê, não tem sido cumprido, apressando-se a disseminação desses produtos em todo o mundo, na ânsia de se recuperar rapidamente os investimentos feitos em pesquisa, com um custo que não se pode ainda prever.

Foi com vistas a conter esse avanço indevido que a Comunidade Européia solicitou uma espécie de *moratória*, assim mesmo chamada, condicionando a comercialização e produção de transgênicos à regulação legal, à vigilância por órgãos próprios e à pesquisa mais aprofundada dos riscos que podem acarretar.

Embora a Lei 11.105/2005 fale, logo em seu artigo 1.º, da observância do princípio da precaução, ela tem sido alvo de críticas exatamente pela não observância desse princípio, face à ampla liberalidade com que vem tratando as culturas transgênicas, com expressa menção, inclusive, à soja e herbicida *Roundup Ready*, sugerindo, para muitos, uma concessão a uma força econômica multinacional, em detrimento da precaução mencionada<sup>22</sup>.

20. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. Anais... p. 150.

21. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. Anais... p. 150.

22. Veja-se a respeito, entre outras, a crítica do Doutor em Ciências Sociais Antônio Inácio Andrioli: “A nova lei de Biossegurança: o governo Lula derrota a si mesmo”, em que se comenta a mudança de posição do partido presidencial em relação à matéria, culminando com a edição da referida Lei. Disponível em [http://www.espacoacademico.com.br/048/48\\_andrioli.htm](http://www.espacoacademico.com.br/048/48_andrioli.htm), acessado em 01/07/2005.

#### 4. EVOLUÇÃO E SITUAÇÃO ATUAL DOS PRODUTOS TRANSGÊNICOS NO BRASIL

A verdade é que o Brasil ainda não chegou a uma conclusão a respeito dos Transgênicos. Desde 1995, o país conta com uma lei que faz menção ao tema, porém a norma em questão era vaga no que se refere a aspectos práticos, como a necessidade ou não de rotulagem, em que pese a elaboração, naquele mesmo ano, do Decreto 1752/95, com função regulamentadora da chamada “Lei de Biossegurança” (então a Lei 8.974/95). Além disso, a referida disposição normativa deixou a cargo de um órgão especialmente criado para este fim, a CNTBio, a maior parte das decisões relativas à questão, o que culminou por propiciar acirradas polêmicas judiciais.

Essa situação se tornou ainda mais confusa com a nova Lei de Biossegurança, a qual, de um lado, passou a exigir a rotulagem de produtos contendo transgênicos (art. 40), mas, de outra parte, aumentou consideravelmente os poderes da CTNBio, que passou a decidir de maneira praticamente autônoma acerca da liberação de culturas e produtos geneticamente modificados. Ademais disso, desde 2003, medidas provisórias vêm liberando, a título de exceção, o plantio e a comercialização de soja transgênica, a despeito de decisões judiciais em sentido contrário.

Evidencia-se, assim, um impasse de características fortemente políticas, lastreada em interesses econômicos, cindindo o país entre a posição governamental, favorável à introdução de transgênicos no país, e a relutância dos consumidores em aceitar estes produtos. Diretamente afetados por essa discussão, os pequenos agricultores contam ainda com evidente dificuldade para concluir sobre o assunto, na medida em que carecem de mais informações sobre o mesmo.

O outro pólo da questão é composto pelas empresas produtoras de sementes geneticamente modificadas, representadas no Brasil, de modo especial, pela Monsanto. Trata-se de uma multinacional, com sede no estado de Missouri, EUA. Em 1998, esta empresa foi a primeira a solicitar registro de alimento transgênico ao governo brasileiro, através de pedido à CNTBio para que autorizasse o “livre registro, uso, ensaios, testes, plantio, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, importação, liberação e descarte da soja Roundup Ready, criada por ela para resistir ao herbicida Roundup”<sup>23</sup>, também fabricado pela empresa, à base de uma substância chamada glifosato.

No mesmo ano de 1998, a CNTBio expediu parecer favorável ao pleito, de

23. SILVA, Jorge Alberto Quadros Carvalho. Alimentos transgênicos: aspectos ideológicos, ambientais, econômicos, políticos e jurídicos. In.: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito...*, p. 333.

modo que, em maio de 1999, a empresa logrou obter a autorização pelo Ministério de Agricultura, com base no art. 7º da Lei de Biossegurança, para a comercialização de seus produtos. A partir de então, iniciou-se a longa batalha judicial entre a empresa e as associações de consumidores, representados, sobretudo, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), juntamente com ONGs, a exemplo do Greenpeace, partidos políticos, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e alguns governos estaduais, em que se destacou o governo gaúcho. Também o IBAMA, órgão atrelado ao governo federal, mostrou-se favorável à manifestação dos consumidores, ao reconhecer a incapacidade governamental em fiscalizar todas as zonas autorizadas pela CNTBio para a produção de transgênicos, estimando que apenas 5% delas eram corretamente vistoriadas, e postulando a necessidade de estudo ambiental antes das autorizações.

Apesar disso, calculava-se, ainda em 2001, a existência de cerca de 900.000 hectares plantados com sementes transgênicas somente no estado do Rio Grande do Sul<sup>24</sup>. Outro dado relevante informa que, até março de 1999, exatos 626 testes e pesquisas com OGM tinham sido autorizados no país e 476 já estavam em andamento<sup>25</sup>. Na prática, o país já consumia produtos contendo transgênicos, ainda que não se tivesse consciência disso. Citem-se como exemplo a soja, milho, canola e mamão papaia. A soja *Roundup Ready*, *verbi gratia*, foi detectada em onze produtos vendidos em supermercados brasileiros<sup>26</sup>, antes mesmo de sua liberação oficial.

O Rio Grande do Sul tem sido palco da maior polêmica sobre a questão no país. Além dos pedidos de culturas experimentais por parte da Monsanto, há de se ter em vista também o grande número de sementes transgênicas introduzidas ilegalmente no país, oriundas da Argentina.

Em outro estado do Sul, o Paraná, a Folha de São Paulo de 20/10/2000 noticiou a apreensão de toneladas de sementes de soja transgênica, proveniente da Argentina ou produzida ilegalmente no Rio Grande do Sul. Assim como o estado gaúcho, o Paraná apresenta solo e clima favoráveis à agricultura, uma das principais atividades estatais, motivo que justifica a preocupação local com a questão do plantio de OGMs.

No vizinho estado de São Paulo, em março de 2000, entrou em vigora a lei estadual n.º 10.467/99, estabelecendo a rotulagem de transgênicos. A Associação

24. SILVA, Jorge Alberto Quadros Carvalho, ob. cit. p.336.

25. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. Anais... p. 196

26. MORAIS, Jomar. *Futuro geneticamente alterado*. Disponível em [http://br.geocities.com/hzetanoticias/transgenicos/tr\\_01.htm](http://br.geocities.com/hzetanoticias/transgenicos/tr_01.htm), acessado em 20/01/02.

Brasileira das Indústrias Alimentícias propôs uma ação questionando a constitucionalidade desta norma; ainda assim, o Centro de Vigilância Sanitária do Estado passou a exigir que os fabricantes retirassem do mercado os alimentos que não contivessem essa especificação, sob pena de multas de até oitenta e cinco mil reais, na época<sup>27</sup>. Ainda na região Sudeste, em Minas Gerais, a vigilância Municipal da Secretaria de Saúde de Belo Horizonte determinou que supermercados locais expusessem placas nas prateleiras que contivessem alimentos geneticamente modificados, informando que se tratavam de “produtos com componentes transgênicos”. Propuseram-se projetos de se proibirem totalmente os transgênicos na cidade de Belo Horizonte.

Na Região Centro Oeste, o estado do Mato Grosso do Sul apresentou também projetos lei, exigindo a rotulagem, e pedidos de moratória ao Congresso Nacional.

A 6ª Vara Federal de Brasília e o Tribunal Regional de Brasília vinham decidindo favoravelmente ao IDEC, nas ações propostas por esta entidade contra a União e a Monsanto, no que tange à restrição aos transgênicos. O Tribunal Regional Federal local chegou a proibir a importação de transgênicos, mas, embora proibida, chegou-se a estimar que 15% da soja plantada no país fosse transgênica, distribuindo-se 65% desta no Rio Grande do Sul, 15% em Santa Catarina e Paraná, 15% no Centro-Oeste e o restante nos demais estados<sup>28</sup>, proporção que veio aumentando rapidamente desde 2003.

O Nordeste, divergindo das posições de coibição adotadas pelos estados do Sul, Sudeste e Centro-Oeste, caracterizou-se por atitudes receptivas aos transgênicos, de que é exemplo a decisão do Tribunal Regional Federal de Pernambuco, em 2001, admitindo que 38 mil toneladas de milho geneticamente modificado da Argentina desembarcassem no porto de Recife. O acórdão foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que deu autonomia aos poderes locais para decidir, face à similitude de hierarquia entre os tribunais regionais. Já a Bahia, na mesma época em que se delineava com fortes cores a polêmica gaúcha contra a empresa Monsanto, abriu espaço para a instalação de uma fábrica produtora de herbicida tipo *Roundup Ready* do grupo, na cidade de Camaçari, zona metropolitana de Salvador.

No Norte do país, não há consenso na abordagem da matéria: enquanto no estado do Pará aprovou-se a instituição de moratória pelo período de dois anos

27. Jorge Alberto Quadros Carvalho Silva. Alimentos transgênicos: aspectos ideológicos, ambientais, econômicos, políticos e jurídicos. In.: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito*. p. 335

28. SCHELP, Diogo. *O grão clandestino*. in. Revista *Veja*, São Paulo: Ed. Abril, 22 de maio de 2002, ed. 1752, ano 35, n.º20, p.88

para que se investigassem melhor os efeitos dos OGMs no meio ambiente e no corpo humano; no Amazonas conseguiu-se encontrar uma aplicação bastante útil para a tecnologia transgênica: em parceria com o governo japonês, a Fundação de Hematologia e Hemoterapia do Amazonas (Hemoam) vem desenvolvendo, desde 1995, um teste aperfeiçoado para a detecção da hepatite C com base em reagentes obtidos a partir de tabaco transgênico<sup>29</sup>. A plantação do tabaco geneticamente modificado, decorrente de sementes importadas do Japão, conta com dez pés da espécie, cultivados em estufa própria, ao lado na Fundação, obedecendo a todas as normas de segurança, a fim de evitar que o produto transgênico se dissemine na rica flora nativa da região, evidenciando um uso bastante positivo dos vegetais transgênicos.

## 5. ABORDAGENS LEGISLATIVAS E JURISPRUDENCIAIS SOBRE O TEMA

### 5.1. Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora em muitos pontos, dentre os quais chama atenção a preocupação ambiental. A Constituição de 88 é dotada de um capítulo próprio dedicado à matéria (“Capítulo VI – Do Meio Ambiente”) que, embora curto (conta com apenas um artigo: o artigo 225 e seus seis parágrafos, o primeiro deles com sete incisos), demonstra um grande avanço em relação às constituições anteriores, ao erigir o meio ambiente à estatura de matéria constitucional.

É o artigo 225 que, em seu *caput*, define o meio ambiente ecologicamente equilibrado como “*direito de todos e lhe dá a natureza de 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*”<sup>30</sup>. Dentre as atividades necessárias a este fim, o legislador constitucional destaca, no art. 225, § 1º, II, a incumbência do Poder Público de “*preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético*” (grifo nosso). No mesmo parágrafo 1º, inciso V, arrola-se, ainda, como dever do Poder Público, “*controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas,*

29. LEITE, Marcelo, *Fumo transgênico economiza sangue no AM*, artigo escrito para o jornal Folha de São Paulo, disponível em <http://www.ifi.unicamp.br/jornal-da-ciencia/msg00683.html>, acessado em 10/05/02

30. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 820, repetindo o texto constitucional.



*métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.*

Neste ponto se enquadra perfeitamente a questão dos transgênicos. Considerando-se que a problemática ambiental não respeita fronteiras geográficas e que, uma vez misturadas as espécies modificadas às espécies nativas, não há como impedir a miscigenação nem recuperar o *status quo antem*, faz-se mister considerar que a biodiversidade e a pureza do patrimônio genético locais encontram-se indefectivelmente ameaçados por atividades desta lavra (quais sejam: a manipulação e pesquisa genéticas), quando exercidas sem a devida regulamentação e zelo.

Foi para regular esses incisos e os valores neles assegurados que se criou a lei n.º 8.974, de 05 de janeiro de 1995, substituída pela Lei 11.105, de 24 de março de 2005. Se a primeira lei tinha uma posição pouco definida sobre a questão, a norma atual, por seu turno, pendeu favoravelmente à difusão dos transgênicos no país. Com um conteúdo mais burocrático, a nova lei ocupou-se, prioritariamente, de enunciar as vastas funções conferidas à Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), além de criar o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), um órgão de mero assessoramento, vinculado à Presidência da República, do que propriamente definiu os limites do uso da transgenia no Brasil, o que foi deixado a cargo quase que exclusivamente da CTNBio, órgão vinculado ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

## **5.2. Código de Defesa do Consumidor**

O Código de Defesa do Consumidor (lei n.º 8.078/90) ganhou relevância e visibilidade na polêmica dos organismos geneticamente modificados, na medida em que traz em seus artigos princípios que devem nortear a relação consumidor/fornecedor e que – alega-se – não estariam sendo respeitados no tocante à matéria.

O capítulo III, artigo 6º, desta norma enumera, entre os direitos básicos do consumidor: “*I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos*”. (Pode-se falar em favor, então, do princípio ambiental da precaução, na medida em que não se tem prova da inocuidade dos OGMs para a saúde humana, a médio e longo prazos). “*II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações*”; “*III – A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*”. (Estes incisos terão particular importância quando se tratar da questão da rotulagem em item infra relacionado).

Diz, outrossim, a Lei 8.078/90: “*IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*”. (Pode-se fazer menção aqui, mais uma vez, à ausência de rotulagem, omitindo-se a presença de organismos geneticamente modificados em produtos oferecidos ao consumidor, o que torna desleal a publicidade, por privar o indivíduo do conhecimento efetivo do conteúdo do produto que irá consumir, levando-o a utilizar, por não saber, algo não deseje. De outra parte, cabe também destacar as limitações impostas aos produtores rurais, consumidores de sementes transgênicas, obrigados a assinar contratos em que se comprometem a comprar sementes novas a cada plantio, como visava a elaboração da tecnologia *Terminator*); “*VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos*”. (Como já se disse múltiplas vezes ao longo do texto, nem sempre o dano ambiental é reparável...).

E acrescenta: “*VII – O acesso aos órgãos judiciais e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados*”. (Com base neste direito, o IDEC tem ido a juízo contra a empresa Monsanto e a União, a fim de garantir que se cumpra a proteção constitucionalmente mencionada à integridade do patrimônio genético nacional); “*VIII – a facilitação de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência*”. (Este dispositivo se coaduna com o internacional princípio da precaução ou prevenção, na medida em que este, de certa maneira, também inverte o ônus da prova, ao determinar que se deve provar a ausência de potencial de dano por parte de certo produto; caso parem dúvidas sobre a inocuidade do mesmo para o meio ambiente, não se o deve utilizar)<sup>31</sup>.

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor é arma importante para os que defendem um uso mais seguro das tecnologias transgênicas, fornecendo, inclusive, os meios necessários para atuais e possíveis batalhas judiciais, ao atribuir, em seu artigo 82, legitimação concorrente para a defesa do interesses e direitos dos consumidores em juízo, ao Ministério Público; à União, aos Estados, os Municípios e ao Distrito Federal; às entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à

31. O artigo 7º da mesma norma alerta que a enumeração supra não é *numerus clausus*, uma vez que não excluem os direitos decorrentes de normas internacionais assinadas pelo Brasil, entre outras.

defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC; às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada a autorização assemblear.

Diz-se, ainda, no artigo 83, que: “*para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*” Por fim, o artigo 84, em seu parágrafo 3º, admite a possibilidade de concessão de tutela liminar nas ações relativas ao direito do consumidor, quando se verificar “*relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final*”.

### **5.2.1. A questão da rotulagem**

A rotulagem tem sido uma das principais reivindicações das entidades representativas dos consumidores em relação aos transgênicos, no Brasil e no mundo. Por rotulagem entende-se a obrigação de que o produtor expresse, em rótulo ou etiqueta, de forma clara e detalhada, que o produto contém OGM ou derivado deste e seus potenciais riscos, a fim de que o comprador, devidamente informado, decida com isenção se deseja ou não adquirir o produto em questão.

De fato, como já foi visto acima, o Código de Defesa ao Consumidor faz menção expressa ao *direito à informação*, pelo consumidor, do teor do produto a ser consumido. Isso é indispensável, não só em virtude da idoneidade que deve imperar nas relações sociais (conforme prescreve o *princípio da transparência*, que se depreende do texto do CDC), mas também por razões culturais e mesmo médicas: já se citou fartamente em itens anteriores a maior predisposição dos transgênicos em induzir alergenicidade cruzada em indivíduos que já são alérgicos a determinadas substâncias. Assim, é imprescindível que estes consumidores conheçam a composição dos alimentos que vão utilizar, para que não façam uso de produtos aos quais possam apresentar reações, isto é: produtos que lhes eram inofensivos, mas que se encontram modificados geneticamente, passando a conter genes de alimentos alergênicos.

Outro exemplo, este cultural, ilustrando a motivação para a rotulagem é o caso de determinadas religiões que vedam o consumo de certos alimentos, como os judeus, que não se utilizam de carne de porco. É justo, portanto, que esses consumidores tenham o direito de escolher se querem ou não consumir produtos modificados geneticamente, contendo genes do porco.

Além dos artigos reproduzidos no item acima, o capítulo IV do CDC também abre importante flanco para a abordagem do tema, na medida em que, além de

tratar da responsabilidade por fato e por vício do produto ou serviço, faz referência, em sua Seção I, à proteção à saúde e à segurança. Seus artigos 8º, *caput*, e 9º são bastante ilustrativos para os defensores da rotulagem e da precaução, ao estabelecerem:

*Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. (...); Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso.*

Diante da grita dos consumidores em prol da rotulagem, o Poder Executivo Federal expediu, em julho de 2001, o Decreto 3.871, disciplinando a matéria. Neste ato, determina-se a obrigatoriedade de informação na embalagem de alimentos que excedam 4% de seu conteúdo em produtos transgênicos. Em agosto de 2001, o Ministério Público Federal e o IDEC entraram com Ação Civil Pública em Brasília contra esta determinação, alegando ofensa aos artigos 5º, XIV, e 170 da Constituição Federal/88 e aos artigos 6º, I, II e II, 9º e 31 do CDC. Alega-se, ainda, além das questões culturais e de alergenicidade, já mencionadas supra, que o limite de 4% escolhido arbitrariamente, contrariando o direito à informação (artigo 6º, III, CDC) e sendo mais condescendente que normas congêneres de outros países. Exemplo disso são os Regulamentos 1.139/98 e 49/2000 da Comunidade Econômica Européia, que disciplinam a rotulagem de alimentos contendo a partir de 1% de ingredientes geneticamente modificados, consignando que, tão logo exista tecnologia disponível, os fabricantes deverão alcançar valores ainda mais baixos<sup>32</sup>.

Em março de 1999, na 22ª Reunião Nacional dos Procons Estaduais e Municipais das Capitais, manifestou-se a posição destas instituições frente aos alimentos transgênicos, através de uma moção que considerou “*precipitada e inadequada*” a introdução destes produtos no país, do ponto de vista da proteção dos consumidores, os quais não deveriam ter desrespeitados direitos básicos seus, “*especialmente os relacionados a saúde, segurança e informação*”<sup>33</sup>. Reivindicou-se, ainda, “*previamente a qualquer autorização de plantio, industrialização e comercialização desses produtos*”, que fossem adotadas certas providências,

32. Ana Paula Mantovani *et al.* Alimentos com Produtos Transgênicos. In: *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 40, 2001, p.237

33. 22ª Reunião Nacional dos Procons Estaduais e Municipais das Capitais: Moção sobre Alimentos Transgênicos. In.: *Direito do Consumidor*, n.º 30, 1999, p. 268/269.

a saber: elaboração de regulamento que assegurasse a segurança e o controle na aplicação da tecnologia; *rotulagem plena*, em prol do *direito de escolha* garantido pelo CDC; posicionamento da delegação brasileira favorável à rotulagem plena em fóruns internacionais, a exemplo das negociações para o Codex Alimentarium; aprofundada avaliação dos riscos destes produtos; exigência de EIA/RIMA para sua liberação no meio ambiente, entre outras..

Atualmente, a Lei 11.105/2005 dirimiu a questão ao determinar a rotulagem, sem especificar a percentagem de organismos geneticamente modificados que a justifica.

De todo o exposto, depreende-se que a postura do consumidor em relação aos transgênicos tem sido de cautela, especialmente verificada na firme defesa ao direito de estar informado sobre os alimentos que contenham ou não estes produtos geneticamente alterados, a fim de poder exercer a contento, livremente, seu direito de escolher se vai ou não consumi-los. Isso se baseia na transparência que deve nortear as relações de consumo e segundo a qual não se deve expor o consumidor ao embuste ou ao erro, decorrentes da falta de informação. Este é o propósito maior da rotulagem. E que se a faça seguindo os mesmos moldes de países com igual interesse nesta proteção, não havendo qualquer motivo para o abrandamento dessa exigência no Brasil.

### 5.3. Lei de Patentes e Lei de Cultivares

A Lei n.º 9.279/96 – Lei de Patentes – tem por função regular e proteger os direitos e obrigações referentes à propriedade intelectual, em face de seu interesse social e de sua importância para o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. No que concerne aos transgênicos, a patente exerce inegável papel como estímulo aos investimentos para pesquisa e divulgação, já que a transgenia torna apropriáveis bens que, originalmente, não o eram. No artigo 18, a lei trata especificamente dos organismos geneticamente modificados, a saber:

*Art. 18 - Não são patenteáveis: (...) III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º. e que não sejam mera descoberta. Parágrafo único - Para os fins desta lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.*

Em 1945, o Decreto-lei n.º 7.903 já inovara o direito brasileiro quando estabeleceu a possibilidade de se concederem patentes a novas variedades de plantas, não

se definindo, todavia, o que era entendido por “variedade” de plantas. Bem mais recentemente, a Lei n.º 9.279/97 explicita a permissão de patente para alimentos transgênicos, dependendo ainda, entretanto, de regulamentação específica<sup>34</sup>.

Em 25/04/1997, a Lei n.º 9.456, chamada Lei de Proteção de Cultivares (Lei de Cultivares), regulamentada pelo Decreto n.º 2.366/97, vem proteger os direitos relativos à propriedade intelectual, no que se refere aos cultivares, entendendo-se “cultivar”, conforme definição desta mesma norma, em seu artigo 3º, IV, como sendo:

...a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos.

Ao proteger os direitos do “melhorista” (isto é, “a pessoa física que obtiver cultivar e estabelecer descritores que a diferenciem das demais”, conforme artigo 3º, I, da lei em estudo, acrescentando-se, para melhor compreensão, a definição do mesmo artigo 3º, II, segundo a qual se entende “descritor”, como sendo:” *a característica morfológica, fisiológica, bioquímica ou molecular que seja herdada geneticamente, utilizada na identificação de cultivar*”), a Lei de Cultivares “instituiu o monopólio privado da propriedade sobre as variedades vegetais no Brasil, passou a permitir, também, patente para alimentos”<sup>35</sup>. Caminhava-se mais um passo em direção à apropriação e monopolização de alimentos, de que tratou a Socióloga Marijane Lisboa, no Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos (Brasil, 1999)<sup>36</sup>.

A Lei de Cultivares deve respeitar o estabelecido em tratados internacionais, a exemplo da Convenção de Paris, aprovada pelo Congresso Nacional em 1994, através do Decreto Legislativo n.º 1.355, que concede patentes a medicamentos, substâncias químicas e alimentos; bem como a administração da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), num processo de “internacionalização das regras sobre a propriedade intelectual”<sup>37</sup>, imprescindível no curso da atual globalização verificada especialmente no mundo ocidental, capitalista. Ainda

34. BACELAR, Selma Reiche. *Organismos Geneticamente Modificado: Alimentos Transgênicos*. Salvador, 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Consultado em versão não paginada.

35. BACELAR, Selma Reiche. ob. cit., não paginado.

36. Seminário Internacional sobre Biodiversidade e Transgênicos. *Anais...* p. 209.

37. BACELAR, Selma Reiche. ob. cit., não paginado.

em 1997, o Decreto n.º 2.366, que regulamenta a Lei de Cultivares, admitiu, para fins de pedido de proteção, as seguintes espécies vegetais: algodão, arroz, batata, feijão, milho, soja, sorgo e trigo.

De maneira coerente, Selma Reiche Bacelar destaca que “*biotecnologia é um fato econômico, negócio agrícola atrativo, economicamente falando, uma questão de segurança nacional. Legislação sobre patente de alimentos transgênicos são normas de conteúdo econômico*”<sup>38</sup> e não ambiental, como poderia parecer originalmente.

#### 5.4. Normas Ambientais: A Convenção de Biodiversidade

A Convenção de Biodiversidade resultou de uma decisão internacional, que foi incorporada ao direito interno brasileiro através do Decreto Legislativo n.º 02/1994, que a aprovou. Nesta norma, reconhece-se a importância da diversidade biológica como uma preocupação comum a toda a humanidade, reafirmando-se, porém, a soberania de cada Estado na gestão de seus recursos biológicos, utilizando-os de forma sustentável e agindo de maneira responsável na sua conservação. É dizer, ainda, que os Estados têm liberdade para desenvolver suas próprias políticas ambientais e a explorar seus recursos naturais, desde que isso não afete os países vizinhos nem – acrescente-se – o bem-estar ambiental das gerações futuras.

Os contratantes mostram-se conscientes da redução da biodiversidade em virtude das atividades humanas, da falta de informação e adequado conhecimento técnico-científico no manejo desta biodiversidade, agravando o risco de agressões à mesma. Diante disso, reafirma-se o Princípio da Precaução, ao determinar que “*quando exista uma ameaça de redução ou perda substancial da diversidade biológica, não deve alegar-se a ausência de uma certeza científica completa como razão para adiar a tomada de medidas para evitar ou minimizar essa ameaça*”<sup>39</sup>.

Defende-se aí a conservação *in situ* dos ecossistemas e habitats naturais, bem como o acesso adequado a recursos genéticos, com a transferência apropriada das tecnologias relevantes e o financiamento para o aproveitamento desses recursos<sup>40</sup>.

38. BACELAR, Selma Reiche. ob. cit.

39. LEGISLAÇÃO sobre transgênicos. Site: <<http://www.transgenicos.web.page.net/>> Acessado em 21/04/02

40. No artigo 8º dessa norma, ao tratar da conservação *in situ*, menciona-se a questão dos transgênicos, ao se determinar que cada parte contratante deverá: g) *Estabelecer ou manter meios para regulamentar, gerir ou controlar os riscos associados à utilização e à liberação de organismos vivos modificados como resultado da biotecnologia que possam ter impactos ambientais adversos passíveis de afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, tendo também em conta os riscos para a saúde humana; h) Impedir a introdução, controlar ou eliminar as espécies exóticas que ameaçam os ecossistemas, habitats ou espécies; (...)*

Neste contexto, a Convenção mostra-se aplicável à questão dos transgênicos, todavia a transferência de tecnologia não parece um projeto factível a curto e médio prazos, na medida em que o maior interesse dos transgênicos para as empresas que os desenvolvem consiste exatamente no potencial lucrativo que eles representam, em face da possibilidade de patenteamento.

O acesso aos recursos genéticos é assegurado no artigo 15, sujeito, contudo, ao que dispuserem as legislações nacionais. As partes contratantes ainda se comprometem a “*fornecer e ou facilitar a outras Partes Contratantes o acesso e a transferência de tecnologias que sejam relevantes para a conservação e utilização sustentável da diversidade biológica ou que utilizem recursos genéticos e não causem prejuízos significativos ao ambiente*”, inclusive e especialmente em relação aos países em desenvolvimento, respeitadas as patentes e demais direitos de propriedades intelectuais, os quais não se deverão opor aos objetivos da Convenção, proposta difícil de viger na prática.

Como se verifica, em linhas gerais, a Convenção de Biodiversidade não se mostra contrária à produção de organismos geneticamente modificados, conquanto seja vaga ao tratar da matéria. O que se pretende nesta norma é grifar a necessidade de proteção à diversidade natural (o que pode ser comprometido pela disseminação descontrolada de transgênicos) e de colaboração entre os povos, de modo que a própria tecnologia não seja um meio de dominação, comprometendo, mais uma vez, o desenvolvimento sustentável. Este, por sua vez, também não deve ser buscado a partir da exploração indevida dos recursos naturais ou da desconsideração destes em favor de produtos artificialmente mais lucrativos, que venham a causar destruição da diversidade biológica local.

### 5.5. Jurisprudência

O posicionamento jurisprudencial a respeito da introdução de produtos transgênicos no país vinha pendendo até então, de forma majoritária, em favor dos valores pleiteados pelas associações de defesa dos consumidores, quais sejam: a prudência na aceitação destes produtos no país e a necessidade de se proceder a maiores investigações e cuidados na sua liberação.

Destaque-se como bastante ilustrativo do embate judicial entre o IDEC e ONGs (como o Greenpeace) *versus* a empresa Monstanto – maior representante da tecnologia transgênica em atuação no país – e a União, o caso da Ação Cautelar Inominada (Proc. 1998.34.00.027681-8), proposta perante a Justiça Federal, Seção Judiciária do Distrito Federal e cuja sentença foi publicada em 18 de junho de 1999, decidindo acerca do plantio de soja transgênica, sua autorização



e a regulamentação da matéria, no que tange à necessidade de prévio estudo de impacto ambiental<sup>41</sup>.

Na verdade, a maioria das ações em trâmite diz respeito à dispensa de EIA/RIMA pela CTNBio, faculdade concedida ao órgão pelo Decreto n.º 1.752/95, que regulamenta a Lei de Biossegurança. Exemplo destes pleitos, a Ação Cautelar Inominada n.º 1998.34.00.027681-8, Decisão n.º 260/1999, que teve como relator o Ministro do STF Celso de Mello e como partes o IDEC e a União Federal e outros, foi julgada procedente, determinando-se a suspensão da liberação para comercialização de produtos geneticamente modificados e condenando-se a União a exigir da empresa Monsanto do Brasil a realização de prévio EIA e a estabelecer normas de rotulagem para esses produtos, como condição necessária a sua liberação. Nesta mesma decisão, considerou-se inconstitucional o inciso XIV do artigo 21 do Decreto 1.752/95, bem como as Instruções normativas n.º 3 e 10 da CTNBio, que possibilitavam a dispensa de EIA/RIMA na produção de transgênicos<sup>42</sup>.

Outra decisão digna de nota e que já se teve ocasião de comentar acima também se refere à Ação Civil Pública em que foi questionada a constitucionalidade do Decreto n.º 3.871/2001, o qual determinou o limite mínimo de 4% para a rotulagem de alimentos contendo produtos transgênicos. Este pedido também foi acolhido judicialmente, com exarcação de liminar impedindo a liberação da comercialização de produtos sem a devida rotulagem, independentemente do percentual de ingredientes transgênicos contidos.

O Ministério Público Federal também se manifestou perante o caso dos transgênicos, atacando judicialmente, mediante Ação Civil Pública junto à 6ª Vara Federal de Brasília, o Comunicado 113 da CTNBio, de 30 de junho de 2000, em que se autorizava a importação de milho geneticamente modificado, sob argumento de que, primeiramente, o parecer em questão era genérico, quando deveria analisar caso a caso os pedidos de autorização; em segundo lugar, autorizava, na verdade, o uso de milho transgênico que já se encontrava em navios atracados no Brasil, em vez de, efetivamente, autorizar sua importação. Neste caso, a autorização deveria ser dada antes da importação.<sup>43</sup>

41. Publicada na Revista de Direito do Consumidor, n.º 31, p. 272-292, sob ementa: *9.1. PLANTIO DE SOJA TRANSGÊNICA. Autorização. Regulamentação da matéria – Prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA)*. Juiz Federal Antônio Souza Prudente.

42. LAZZARINI, Andréa; GUIMARÃES, Flávia. Alimentos Transgênicos. In. *Revista de Direito do Consumidor*, n.º 33, p. 201-225. No mesmo sentido, postulava a Ação Civil Pública distribuída por dependência à Medida Cautelar 98.0038859-1, perante a 11ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo.

43. Disponível em <http://www.ifi.unicamp.br/jornal-da-ciencia/msg00669.html>, acessado em 10/05/02.

Em 2004, o STJ reafirmou a competência federal para julgar ações relativas a delitos de liberação indevida de organismos geneticamente modificados no meio ambiente.

O que se observa, todavia, é que a maioria dessas decisões se centrou no fato de que, à época, a CTNBio, que liberara o plantio ou a comercialização do produto, não tinha competência para tanto, visto que, em sua formulação original pela Lei 8.974/95, sua função era consultiva. Tal argumento já não vige perante a atual Lei de Biossegurança, de maneira que ainda não se podem prever as novas tendências jurisprudenciais em relação à matéria.

Espera-se, porém, que, da dialética resultante das exigências do mercado globalizado (e abraçadas, ao que parece, pelos órgãos governamentais) e do fundando temor da população – intermediado o diálogo pela balança fiel da Justiça – consiga-se chegar a um ponto de equilíbrio, de maneira a se permitir o progresso, sem ferir a proteção e os direitos arduamente conquistados em sede constitucional, sem lesar o ambiente a rica biodiversidade nacional e sem colocar em risco a saúde da sociedade por falta de prudência perante o desconhecido.

## 6. CONCLUSÃO

A questão dos transgênicos ainda não está definida. Há grandes possibilidades de que a biotecnologia traga evoluções extremamente bem-vindas para a humanidade, mas há que se ter cautela. A engenharia genética pode alterar, em poucos meses e para sempre, o que a natureza levou milênios para construir. Os danos ambientais são, em regra, irreversíveis, e o potencial de lesão em caso de manipulações desta ordem é incomensurável, uma vez que envolve cadeias alimentares cada vez mais complexas e diversidades biológicas inimitáveis. É de se considerar, ainda, que a decisão de um país ou região não afeta somente a si, mas a toda sua vizinhança, senão a toda a biosfera terrestre, na medida em que *os danos ambientais não reconhecem fronteiras*.

Tecnologia é meio, é instrumento, não pode ser fim em si mesma. A ânsia pela obtenção de patentes capazes de ressarcir os investimentos feitos em pesquisa e promover grandes lucros não pode nortear a evolução científica e industrial, em detrimento do zelo pela saúde humana e pela integridade da biodiversidade e do meio ambiente para as futuras gerações. Mais válido seria, na realidade vigente, procurar incrementar os recursos ambientais, prover melhores condições de irrigação, incentivar e auxiliar financeiramente o pequeno e médio agricultor, para que ele disponha de como enriquecer o solo e angariar melhores colheitas, antes de recorrer à manipulação genética, que só estará ao alcance de uns poucos, além de trazer consigo a ameaça de riscos ignorados.

Não se quer com isso virar as costas para o progresso ou para os enormes benefícios que a biotecnologia pode oferecer. Recomendável é, apenas, a nosso ver, ter menos pressa na difusão dessas inovações. Há que se investigar, aprimorar as técnicas, em caráter controlado, antes de se disseminar seu uso indiscriminado na natureza, a fim de diminuir a possibilidade de dano. Quer-se acreditar aqui que o maior empecilho para a evolução humana, seja no campo da agricultura, da pecuária, da indústria ou da educação, não tem sido a falta de tecnologia ou de alimentos, mas a má-distribuição de renda, que cerceia o acesso a esses produtos e que, diante do quadro que se pinta pela atual perspectiva das leis de patentes e do monopólio de sementes, só tende a aumentar e a promover o agravamento dos impasses sociais. Os produtos transgênicos têm grande potencial benéfico para o futuro e mesmo para o presente, mas há que se andar devagar em caminhos que não têm volta.

## 7. BIBLIOGRAFIA

ALTIERI, Miguel. **Los Mitos de la Biotecnología Agrícola: Algunas Consideraciones Éticas**. Disponível em [http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02

\_\_\_\_\_. **Diez razones que explican por qué la biotecnología no garantizará la seguridad alimentaria, ni protegerá el ambiente ni reducirá la pobreza en el tercer mundo**, 1999. Disponível em [http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02

\_\_\_\_\_. **Riesgos ambientales de los cultivos transgenicos. Una evaluacion agroecologica**. Disponível em [http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02

ANDRIOLI, Antônio Inácio Andrioli. A nova lei de Biossegurança: o governo Lula derrota a si mesmo. Disponível em [http://www.espacoacademico.com.br/048/48\\_andrioli.htm](http://www.espacoacademico.com.br/048/48_andrioli.htm), acessado em 01/07/2005

APOTEKER, Arnaud. **Glosario**. Disponível em [http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org./transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02

BACELAR, Selma Reiche. **Organismos Geneticamente Modificado: Alimentos Transgênicos**. Salvador, 2002. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Consultado no original.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Plantio de soja transgênica. Autorização. Regulamentação da matéria – Prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA). Proc. 1998.34.00.027681-8. Ação cautelar inominada. Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC e União Federal. Juiz Federal: Antônio Souza Prudente.

- j.18.06.1999. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 31, p.272-292, jul./set.1999
- BRAVO, Elizabeth. **Bioseguridad en América Latina**. Disponível em [http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02
- CASTRO, Paula M. Lima e; MALCATA, F. Xavier. Ecoética ou responsabilidade humana para com o ambiente. In.: ARCHER, Luís et alli. **Novos Desafios à Bioética**. Porto: Porto Editora, 2001.p.277-300
- CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, 1992, Rio de Janeiro. Relatório da Delegação Brasileira. Brasília: FUNAG/IPRI, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001
- HOFFMANN, José Hermeto. **Transgênicos: a pressa é a pior conselheira**. Disponível em [http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02
- JORGE, Wanda. **Pesquisadora defende rigor nos estudos de impacto**. Disponível em [http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/abril/2003/ju209pg04.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/abril/2003/ju209pg04.html), acessado em 01/07/2005.
- LAZZARINI, Andrea; GUIMARÃES, Flávia L. Alimentos transgênicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 33, p.201-225, jan./mar. 2000
- LEGISLAÇÃO sobre transgênicos. Site: <<http://www.transgenicos.web.page.net/>> Acessado em 21/04/02
- LEITE, Marcelo. **Fumo transgênico economiza sangue no AM**. Disponível em <<http://www.ifi.unicamp.br/jornal-da-ciencia/msg00683.html>>, acessado em 10/05/02
- LINHARES, Sérgio; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **Biologia hoje: genética, evolução, ecologia**. 8.ª ed. São Paulo: Ática, 1998.v.3
- LOPES, Sônia. **Bio**. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.v1
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 7.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998
- MANTOVANI, Ana Paula et alli. Alimentos com produtos transgênicos. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 40, p.233-241, out./dez. 2001
- MARRERO, Carmelo Ruiz. **¿Ingeniería Genética o Agricultura Sustentable? Entrevista a Nelson Alvarez**. Disponível em [http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02

- MARTINS-COSTA, Judith; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. **Lei de Biossegurança: Medusa legislativa?** Disponível em <http://www.bioteica.ufgrs.br/ibiosseg.htm>, acessado em 01/07/05.
- MENEZES, Francisco. **A Segurança Alimentar e os Transgênicos.** Disponível em [http://www.trans-genicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.trans-genicos.org/transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02
- MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: Doutrina, Prática, Jurisprudência, Glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- MINISTÉRIO Público ataca decisão da CTNBio sobre milho importado. Disponível em <http://www.ifi.unicamp.br/jornal-da-ciencia/msg00669.html>, acessado em 10/05/02.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAIS, Jomar. **Frankenstein.** Disponível em [http://br.geocities.com/hzetanoticias/transgenicos/tr\\_01.htm](http://br.geocities.com/hzetanoticias/transgenicos/tr_01.htm) Acessado em 20/01/2002
- \_\_\_\_\_. **Futuro geneticamente alterado.** Em: [http://br.geocities.com/hzetanoticias/transgenicos/tr\\_01.htm](http://br.geocities.com/hzetanoticias/transgenicos/tr_01.htm) Acessado em 20/01/2002
- MOREIRA, Edgar. Alimentos transgênicos e proteção do consumidor. In. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.233-245
- RECONDO. Felipe. **Câmara aprova a Lei de Biossegurança e libera os transgênicos.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u3963.shtml>, acessado em 01/07/05
- REUNIÃO NACIONAL DOS PROCONS ESTADUAIS E MUNICIPAIS DAS CAPI-TAIS, 22ª, Moção sobre alimentos transgênicos. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 30, p.269-270, abr./jun. 1999
- SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE BIODIVERSIDADE E TRANSGÊNICOS. Anais... Brasília: Senado Federal, 1999.
- SEMINARIO “PROBLEMÁTICA DE LOS TRANSGENICOS EN BOLIVIA”, 2000. Conclusões... Disponível em [http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html). Acessado em 23/04/02
- SCHELP, Diogo. **O grão clandestino.** Revista Veja, São Paulo: Ed. Abril, 22 de maio de 2002, ed. 1752, ano 35, n. 20.
- SILVA, Cesar da; SASSON, Sezar. **Biologia3: Genética, evolução, ecologia e embriologia.** 6.ªed. São Paulo: Atual, 1991
- SILVA, Jorge A. Q. C. “Alimentos transgênicos: aspectos ideológicos, ambientais, eco-

nômicos, políticos e jurídicos”. In.: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). **Biodireito: Ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.326-346

TAGUCHI, Cristina. **Relatório Oficina Transgênicos: Solução ou ameaça - Fórum Social Mundial**, Porto Alegre, 2001. Disponível em <[http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver\\_articulos.html](http://www.transgenicos.org/transgenicos/ver_articulos.html)>. Acessado em 23/04/02.

TAYLOR SL; HEFLE SL. Os alimentos geneticamente modificados poderão ser alergênicos? In.: **Correios da SBP/PRONAP**. São Paulo, ano 7, p. 23-26, out./dez. 2001.

## IV

# REPENSANDO UM VELHO TEMA: A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*Ricardo Maurício Freire Soares*

Doutorando e Mestre em Direito (UFBA). Professor dos cursos de graduação e pós-graduação *lato sensu* em Direito da UFBA, Faculdade Baiana de Direito, Faculdade de Direito da UNIFACS e da FTE. Professor do Curso JUSPODIVM de preparação para carreira jurídica. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

**RESUMO:** O artigo pretende abordar o significado da dignidade da pessoa humana como centro de um sistema constitucional baseado na idéia de justiça.

**ABSTRACT:** The article intends to approach the meaning of the dignity of the human person as

center of a constitutional system based in the idea of justice.

**PALAVRAS-CHAVE:** constituição; sistema constitucional; dignidade; direitos humanos; justiça.

**KEYWORDS:** constitution; constitutional system; dignity; human rights; justice.

**SUMÁRIO:** 1. O neoconstitucionalismo e a valorização dos princípios constitucionais. 2. A positivação constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana. 3. As possibilidades semânticas da dignidade da pessoa humana. 4. As modalidades de eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. 5. Considerações finais. 6. Referências.

### 1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A VALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico que representa o Estado constitucional de Direito que existe em alguns países europeus, como, por exemplo, Itália, Alemanha e Espanha.

Segundo Santiago Ariza (2003, pp.239-240), este novo modelo se revela em algumas Constituições surgidas após a segunda guerra mundial, cujas funções se contrapõem ao papel que desempenhavam as Constituições dentro do paradigma do constitucionalismo moderno, visto que representam uma proposta de recompor a grande fratura existente entre a democracia e o constitucionalismo.

Nesse sentido, as Constituições atuais apresentam duas características básicas: a vinculação da noção de poder constituinte à idéia de uma legalidade superior de base constitucional, despidendo-a do significado revolucionário; a concepção de que uma Carta Magna desempenha uma dúplici função de marco normativo para o jogo democrático e de referência diretiva para o futuro, ao estabelecer os princípios que devem reger a comunidade.

Daí decorrem repercussões importantes do neoconstitucionalismo. Em primeiro lugar, alude-se ao processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata. Em segundo lugar, afirma-se que as Constituições incorporam conteúdos materiais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, como se verifica no rol de conceitos controvertidos (dignidade, justiça, liberdade e autonomia).

Sendo assim, a concepção de uma Constituição como norma afeta diretamente a compreensão das tarefas legislativa e jurisdicional. De um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para a sua submissão ao império da Constituição. De outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial, especialmente na concretização de princípios, abrindo margem para o recurso da operação argumentativa da ponderação.

Gera-se, pois, um conflito permanente entre esse tipo de constitucionalismo e a democracia, ante a primazia concedida ao Poder Judiciário em detrimento da posição subalterna assumida pelo Poder Legislativo. Exemplo disso pode ser encontrado quando se verifica a tensão entre eficácia imediata (que exige a atuação dos juízes) e mediata (que requer a necessária atuação do legislador), ao denotar a dificuldade do neoconstitucionalismo de estabelecer os limites ou articular uma proposta que permita conjugar o labor jurisdicional e a função do legislador.

Com efeito, oscila-se entre um constitucionalismo débil, que reivindica a importância da legitimidade democrática do legislador e das pautas formais inerentes ao Estado de Direito (a certeza, a igualdade formal e a separação dos poderes), e um neoconstitucionalismo que valoriza o ativismo judicial como via para a substancialização do regime democrático.

De outro lado, a afirmação da natureza principiológica da Constituição pressupõe a positivação jurídica de pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente



moral, pelo que a discussão jusnaturalismo-positivismo foi transportada ao interior do ordenamento jurídico-constitucional. Daí advêm importantes conseqüências, tais como a necessidade de adotar-se uma posição de participante para explicar o funcionamento do Direito, bem como a necessidade de superar-se a idéia positivista de uma separação entre o Direito e a Moral.

Sendo assim, o modelo jurídico do neoconstitucionalismo não parece coadunar-se com a perspectiva positivista, que se mostra tanto antiquada, por haver surgido no contexto do Estado liberal, quanto inadequada, por não incorporar os *standards* de moralidade ao estudo do Direito.

O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucionalismo contrasta também com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, assim, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para incorporar-se as idéias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do Direito.

O denominador comum das teorias ditas neoconstitucionalistas parece ser a necessidade de superar um modelo que estabeleça que a ciência jurídica deve ocupar-se exclusivamente de descrever o Direito, através de uma atividade neutra aos valores sociais.

A partir do momento em que alguns padrões de moralidade são incorporados às Constituições, a tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que podem entrar em jogo as opiniões e as considerações morais, o que confere natureza política à atividade do jurista.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo, além de evidenciar que algumas descrições podem ter uma significação política, vem apresentando a virtude de pôr em relevo que não se deve colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos os juízos de valor se reconduzem ao âmbito incontável da subjetividade.

Ademais, o movimento neoconstitucionalista tem se revelado favorável à idéia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. Isto porque a legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna (cujo parâmetro é a Constituição) e de crítica externa (cujo parâmetro é a moralidade social).

Deste modo, as diversas teorias neoconstitucionalistas procuram sustentar a idéia de que o Direito é, em si mesmo, um constructo axiológico e teleológico, especialmente quando se considera que o seu surgimento no seio de uma democracia substancial requer a materialização dos direitos fundamentais.

O neoconstitucionalismo deflagra, assim, o processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata.

Afirma-se, portanto, que as Constituições incorporam conteúdos materiais que adotam, especialmente, a forma princípios, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, redimensionando a compreensão do papel do Estado.

## **2. A POSITIVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Na esteira do magistério de Peces-Barba Martinez (2003, p. 11), pode-se dizer que a importância do princípio da dignidade da pessoa humana é decisiva para o direito, pois, em todos os ramos jurídicos, podem ser encontradas razões parciais que justificam este relevo normativo. Tratando-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista, quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, a luta pela dignidade humana expressa a própria afirmação dos direitos fundamentais do cidadão.

Com o advento da modernidade, os sistemas jurídicos ocidentais passaram a reconhecer o ser humano como o centro e o fim do Direito. Seguindo a valiosa lição kantiana, a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo converter-se em instrumento para a realização de um eventual interesse. Essa tendência humanizante, robustecida após a traumática experiência totalitária na segunda guerra mundial, cristalizou-se com a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, erigido à condição de valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática.

Como bem observa J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 221), o ser humano passou a despontar como o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana significa, sem

transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Embora o primado da dignidade da pessoa humana já pudesse ser depreendido da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, fruto da Revolução Francesa, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948, a sua positividade constitucional só foi ocorrer com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949, que preceituava, no seu art. 1.1., que a dignidade do homem é intangível e os poderes públicos estão obrigados a respeitá-la e protegê-la. A partir deste momento, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser exteriorizado como princípio do constitucionalismo ocidental.

Neste sentido, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de programaticidade, que justificava a neutralização da eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), integrando a categoria dos princípios fundamentais, ao lado de outras normas principiológicas, a saber: princípio republicano, princípio do Estado Democrático de Direito, princípio federativo, princípio da separação de poderes (arts. 1º e 2º), objetivos fundamentais da República (art. 3º), e os princípios que orientam as relações internacionais (art. 4º).

Neste sentido, oportuna é a lição de Flávia Piovesan (2000, p. 54-55), ao destacar a essencialidade deste princípio, quando salienta que a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.

Encontra-se também a tradução do princípio no título VII da Carta Magna brasileira, quando o art. 170, *caput*, estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Discorrendo sobre este aspecto, sustenta André Ramos Tavares (2003, pp. 138-139) que se trata, sem dúvida, no art. 170, do mesmo princípio constante do

art. 1º, aplicado (especificado) no âmbito econômico, já que a dignidade da pessoa humana ou a existência digna tem, por óbvio, implicações econômicas. Segundo ele, verifica-se que a liberdade caminha com a dignidade, mas o significado mais forte desta está na privação de ofensas e humilhações. No campo econômico, pois, impõe-se que a todos sejam garantidas condições mínimas de subsistência.

Uma vez situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançados pelos particulares e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio.

Ademais, os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser pensados apenas do ponto de vista individual, enquanto posições jurídicas dos cidadãos diante do Estado, mas também devem ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, como valores e fins superiores da ordem jurídica que reclamam a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais.

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania. Decerto, os direitos fundamentais Carta Magna de 1988, negativos ou positivos, encontram seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, como princípio constitucional de evidente densidade axiológica e teleológica, deve-se reconhecer a força normativa da dignidade da pessoa humana, dotada de plena eficácia jurídica nas relações públicas e privadas, seja na perspectiva abstrata do direito objetivo, seja na dimensão concreta de exercício de direitos subjetivos pelos cidadãos.

### **3. AS POSSIBILIDADES SEMÂNTICAS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Por se tratar de expressão polissêmica, ao comportar diversos significados a depender do contexto histórico-cultural, a dignidade da pessoa humana passou a expressar as diversas fases de evolução dos direitos humanos. A abertura semântica e a multiplicidade de usos pragmáticos dificultam a sua concretização hermenêutica pelos diversos intérpretes do direito - legislador infraconstitucional, administrador, magistrado e particulares.

Ao simbolizar um espaço de integridade, a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, o significado da dignidade humana tem oscilado,

no plano semântico. Embora não seja tarefa simples elucidar o sentido de uma existência digna, a delimitação lingüística do princípio da dignidade da pessoa humana parece apontar para os seguintes elementos: a) a preservação da igualdade; b) o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; c) a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano.

Na primeira acepção, o conteúdo de uma vida digna está associado à idéia de igualdade formal e abstrata de direitos. Sob esta ótica, a previsão da dignidade da pessoa humana implica em considerar-se o homem como a razão precípua do universo jurídico, conferindo-lhe tratamento isonômico. O reconhecimento desta primazia, que não se dirige somente a determinados indivíduos, deve alcançar toda a comunidade de seres humanos, sem distinções injustificadas. No plano jurídico, a igualdade entre os homens representa a obrigação imposta aos poderes públicos, tanto na elaboração da regra de direito (igualdade na ordem jurídica) quanto na aplicação/execução (igualdade perante a ordem jurídica), exigindo-se, ainda, a universalização do respeito à pessoa humana, para o reconhecimento das prerrogativas não só de nacionais, como também de estrangeiros.

Com efeito, o princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de uma ordem político-jurídica democrática – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios, sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório.

De outro lado, com base na segunda acepção, o conceito de dignidade humana se revela atrelado ao impedimento da degradação e coisificação da pessoa. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana pode ser também traduzida na impossibilidade de redução do homem à condição de mero objeto do Estado e de particulares dotados de maior poderio econômico. Para tanto, faz-se mister assegurar as prerrogativas do direito penal, a limitação da autonomia da vontade e a inviolabilidade dos chamados direitos da personalidade.

O Estado, ao exercitar o *jus puniendi*, não pode se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado ou condenado. Por mais reprovável que tenha

sido o crime, merece o infrator tratamento digno. Neste sentido, os ordenamentos jurídicos ocidentais costumam estatuir certas garantias fundamentais, quais sejam: vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante, assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral; observância do devido processo legal com todos os seus desdobramentos - o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a presunção de inocência; a reserva legal da definição de crimes, a individualização das penas e a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis.

De outro lado, a dignidade da pessoa humana oferece limites ao exercício da autonomia da vontade, produzindo efeitos não somente verticais (Estado x indivíduo), mas também horizontais (particular x particular) Isto porque a constatação das injustiças oriundas do capitalismo e a conseqüente transição do Estado – liberal para o Estado – intervencionista exigiram que a desigualdade sócio-econômica entre os particulares fosse compensada juridicamente com a elaboração de leis protetivas, capazes de impor normas de ordem pública que garantissem uma vida mais digna, pela busca do equilíbrio sócio-econômico das relações privadas. É o que se verifica, por exemplo, com a tutela da hipossuficiência do trabalhador, no plano do direito laboral, e a proteção da vulnerabilidade do consumidor, no âmbito do direito consumerista.

Decerto, ainda que se não possa cogitar de vinculação direta do cidadão aos direitos fundamentais, podem esses direitos legitimar limitações à autonomia privada seja no plano da legislação, seja no plano interpretativo. Diferentemente do que ocorre na relação direta entre o Estado e o cidadão, na qual a pretensão outorgada ao indivíduo limita a ação do Poder Público, a eficácia mediata dos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana se refere primariamente a uma relação privada entre cidadãos, de modo que o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem.

Acrescente-se, por oportuno, a necessária salvaguarda dos chamados direitos da personalidade, os quais configuram o núcleo ético da própria condição humana. Representam, assim, as dimensões mais importantes da existência, tais como os direitos à vida, à saúde, ao nome, à imagem, à intimidade e à honra do indivíduo. Daí advêm, inclusive, os problemas referentes à preservação da identidade humana em face dos avanços da biotecnologia, mormente nos campos da reprodução assistida e da manipulação do patrimônio genético.

Registre-se também a vertente de pensamento que a vincula à noção de dignidade a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano. Neste diapasão, a dignidade da pessoa só se efetiva com a preservação de condições

materiais mínimas para a existência humana. A definição mesma deste núcleo de mínimo existencial não é consensual, embora haja razoável consenso de que ele parece compreender os direitos à alimentação, saúde básica e educação fundamental. Existem, contudo, propostas de estender o sentido e o alcance da vida digna, para abarcar o rol de necessidades vitais básicas que devem ser atendidas pelo salário mínimo (art. 7º da CF/88), agregando-se outras dimensões existenciais como a moradia, o vestuário, a higiene, o transporte, o lazer e o respeito ao meio-ambiente.

Ante o exposto, esta pluralidade de opções semânticas revela a necessidade do uso competente e responsável da linguagem jurídica e do discurso da dignidade da pessoa humana, evitando que a sua utilização equivocada resulte na banalização e trivialização deste importante princípio constitucional. Isto porque a adequada delimitação hermenêutica do princípio da dignidade humana tende a coibir interpretações desarrazoadas, evitando que ocorra, pelo seu elástico, a dessubstancialização conceitual, com prejuízos à efetividade da própria tutela da personalidade.

#### **4. AS MODALIDADES DE EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dentre os princípios jurídicos, sobressaem, inegavelmente, os princípios constitucionais. Isto porque os princípios da Constituição de 1988, situados no ápice do sistema jurídico, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade civil, irradiam-se pela totalidade do direito positivo nacional. É o que sucede com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Carta Magna.

Conforme assinala Ingo Sarlet (2001, p. 41), a dignidade se afigura como a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. A aceitação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim, a aceitação da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, através das modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica.

A eficácia positiva consiste em reconhecer, ao eventual beneficiado pela norma jurídica de eficácia limitada, o direito subjetivo de produzir tais efeitos, mediante a propositura da ação judicial competente, de modo que seja possível obter a prestação estatal, indispensável para assegurar uma existência digna. O Estado está, portanto, obrigado a concretizar a dignidade da pessoa humana, ao elaborar normas e formular/implementar políticas públicas.

De outro lado, a eficácia negativa confere à cidadania a prerrogativa de questionar a validade de todas as normas infraconstitucionais que ofendam o conteúdo de uma existência digna, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Como bem leciona Ingo Sarlet (1998, p.110), não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência.

Sendo assim, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo.

A seu turno, a eficácia vedativa do retrocesso se afigura como uma derivação da eficácia negativa, segundo a qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. A vedação ao processo permite, assim, que se possa impedir, pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que contemplem direitos fundamentais do cidadão, desde que não haja a previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto da perspectiva qualitativa.

Segundo J. J. Gomes Canotilho (1998, p. 321), a vedação do retrocesso des-  
ponta como o núcleo essencial dos direitos sociais, constitucionalmente garantido, já realizado e efetivado através de medidas legislativas, devendo-se considerar inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem, portanto, encontra o núcleo essencial já realizado como o limite de sua atuação.

A vedação ao retrocesso costuma ainda ser polarizada pela utilização do argumento da reserva do possível, para justificar a abstenção do Estado no implemento de políticas sociais. Com base na reserva do possível, entende-se que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está submetida à disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade do montante estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da elaboração



dos orçamentos públicos. Nesse contexto, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação da vida digna.

Deve-se reconhecer, contudo, em nome do compromisso ético do direito com a justiça, o primado da vedação ao retrocesso em face do argumento da reserva do possível, de molde a concretizar força normativa e eficaz do princípio da dignidade da pessoa humana, interpretação mais compatível com os valores e fins norteadores do sistema constitucional brasileiro.

Por sua vez, a eficácia hermenêutica consiste na capacidade do princípio da dignidade humana de orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor tutele a idéia de existência digna no caso concreto.

Tratando deste aspecto, Rizzatto Nunes (2002: p.45) acentua que a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para gerar equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete do direito.

O desempenho desta função hermenêutica é tão relevante que o princípio da dignidade humana serve como parâmetro axiológico e teleológico não só para a aplicação de regras constitucionais e infraconstitucionais, como também para a concretização de outros princípios constitucionais, tais como os princípios gerais (v.g., art. 5º da CF/88) e os princípios setoriais (e.g., arts. 37 e 170 da CF/88).

Eis a razão pela qual a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana vem sendo afirmada pela jurisprudência pátria, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, além de servir como referencial hermenêutico que ilumina a interpretação e aplicação de toda a normatividade jurídica.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo quanto foi exposto, pode-se afirmar que:

- o neoconstitucionalismo deflagra um o processo de normativização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata, que pode adotar a fórmula de princípios, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa e teleológica;

- A proclamação da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo ocidental conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a idéia de programaticidade pela qual se neutralizava a eficácia dos valores e fins dos sistemas constitucionais;
- O princípio da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988, foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito, integrando a categoria dos princípios fundamentais;
- A delimitação semântica do princípio da dignidade da pessoa humana comporta os seguintes elementos: a preservação da igualdade; o impedimento à degradação e coisificação da pessoa; e a garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano;
- A consagração da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, descortinando-se, assim, as modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy editora, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002.
- ARIZA, Santiago Sastre. “La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo”. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito – teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed., Coimbra, 1998.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução: Marta Guastavino. Barcelona: Ed. Ariel, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Editorial Civital, 1986.

- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de Princípios Constitucionais - Elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1988.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PECES – BARBA, Gregório. **La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2003.
- VALDÉS, Joaquín Arce y Flórez. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1990.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1988.
- ZIULU, Adolfo Gambino. **Derecho constitucional: principios y derechos constitucionales**. Buenos Aires: Depalma, 1997.

## V

# RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PRODUÇÃO DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS – OGM'S

*Erica Rusch Daltro Pimenta*

Advogada. Mestranda em Direito Econômico pela UFBA. Professora da disciplina direito ambiental da Faculdade de Tecnologia e Ciência. Diretora do Instituto Jus Ambiental.

**RESUMO:** Este artigo analisa inicialmente a biotecnologia, o patrimônio genético e os impactos dos transgênicos no meio ambiente para, em seguida, examinar o instituto da responsabilidade civil em face da atividade de produção dos organismos geneticamente modificados.

**ABSTRACT:** This article analyse, initially, the biotechnology, the genetic patrimony and the impacts of the GMOs (Genetically modified organisms)

in the environment, for, after that, examine the institute of the civil liability in face of the genetically modified organisms production.

**PALAVRAS-CHAVE:** responsabilidade civil ambiental; organismos geneticamente modificados; transgênicos.

**KEYWORDS:** environmental civil liability; genetically modified organisms; GMOs.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Organismos geneticamente modificados (OGMs); 2.1. Breve história da biotecnologia; 2.2. Conceitos de patrimônio genético e organismos geneticamente modificados; 2.3. Breves considerações sobre a engenharia genética; 2.4. Liberdade de criação e desenvolvimento tecnológico; 2.5. Direito à identidade genética dos seres não humanos?; 2.6. Legislação sobre os organismos geneticamente modificados; 3. Riscos dos transgênicos e seus impactos na biodiversidade; 3.1. Princípio da Precaução e da Prevenção; 3.2. Valoração dos impactos ambientais; 3.3. Prevenção e precaução dos impactos ambientais; 4. Responsabilidade civil na produção dos organismos geneticamente modificados; 4.1. Noções Gerais de Responsabilidade Civil; 4.1.1. Teoria do risco-proveito; 4.1.2. Teoria do risco criado; 4.1.3. Teoria do risco profissional; 4.1.4. Teoria do risco excepcional; 4.1.5. Teoria do risco integral; 4.2. Responsabilidade civil ambiental; 4.2.1. Função da responsabilidade civil ambiental; 4.2.2. Responsabilidade civil objetiva ambiental; 4.2.3. Responsabilidade civil pela produção dos organismos geneticamente modificados (OGM's); 4.2.3.1 Contexto atual da produção dos OGMs; 4.2.3.2. Responsabilidade civil objetiva pela produção dos OGMs; 5. Conclusões; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento e uso de organismos geneticamente modificadas (OGMs) é polêmico e o debate público e intenso.

O presente estudo busca respostas para algumas questões, dentre as quais destacamos a relacionada à modalidade de responsabilidade civil aplicável à produção dos organismos geneticamente modificados, tentando trazer uma contribuição para a Ciência Jurídica. Para isso, faremos uma breve análise acerca da biotecnologia, do patrimônio genético, impacto dos transgênicos no meio ambiente, para então examinarmos o instituto da responsabilidade civil em face da atividade de produção dos organismos geneticamente modificados.

Para tanto, o presente estudo foi dividido em três capítulos. Partiremos inicialmente do estudo dos aspectos gerais dos organismos geneticamente modificados com o objetivo principal de definir o seu conceito e analisar a história da biotecnologia, engenharia genética e o conceito do patrimônio genético, entre outros pontos.

Posteriormente, abordaremos os impactos dos transgênicos na biodiversidade, estudando o princípio da prevenção e precaução, bem como as formas de prevenção e mitigação desses impactos.

No terceiro e último capítulo, estudaremos o instituto da responsabilidade civil, sobretudo, a responsabilidade civil ambiental, para identificarmos a modalidade de responsabilidade aplicável à produção dos OGMs.

Ao final, apresentaremos as conclusões sobre o tema no intuito de fornecer soluções para a questão referente à responsabilidade civil em face da produção dos transgênicos.

Não pretendemos aqui esgotar tema tão vasto e complexo, mas tratar de alguns pontos considerados relevantes.

## **2. ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS (OGMS)**

### **2.1. Breve História da Biotecnologia**

Segundo o art. 2º da Convenção de Biodiversidade a “Biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica”.

Paulo Freire Vieira<sup>1</sup> conceitua Biotecnologia como o “conjunto de conhecimentos, técnicas e métodos de base científica ou prática, que permitem (sic)

---

1. VIEIRA, Paulo Freire. *Erosão da biodiversidade e gestão patrimonial das interações sociedade-natureza: oportunidades e riscos da inovação biotecnológica*. In: VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B. *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 244/245.

a utilização de seres vivos, ou de partes de seres vivos, como parte integrante e ativa do processo de produção industrial e de bens e serviço”.

A biotecnologia tem sua origem inspirada nas técnicas utilizadas nas antigas cervejarias, padarias e na produção de alimentos fermentados, como queijos e outros derivados de leite. Isso porque já atestavam os esforços de manipulação de materiais por agentes biológicos por métodos convencionais de fermentação, muito embora fora do contexto próprio à pesquisa científico-tecnológica. Para a fabricação do queijo, por exemplo, utilizava-se uma enzima, denominada quimosina, extraída das células do estômago de bezerros recém nascidos, que atuava na coagulação do leite.

Contudo, não restam dúvidas de que a biotecnologia moderna é muito diferente das técnicas utilizadas nos antigos procedimentos de utilização de microorganismos em processos fermentativos e das técnicas de cultura de tecidos e de produção de enzimas (produção de vinhos, pães e derivados lácteos).

Estas técnicas não mais se enquadram na biotecnologia do século XXI que passa a utilizar procedimentos empregando o DNA recombinante para gerar produtos ou serviços.

A biotecnologia opera em nível molecular, rompendo as barreiras estabelecidas na formação das espécies através da decodificação do DNA, molécula fundamental portadora da informação gênica, para fins de promover o melhoramento molecular e, conseqüentemente, desenvolver variedades mais úteis ao homem.

O melhoramento molecular difere do melhoramento genético convencional, pois torna o desenvolvimento varietal um procedimento com resultados previsíveis.

A velocidade com que a biotecnologia tem evoluído e a forma como atingiu o mercado de maneira tão inesperada têm contribuído para uma situação de desconforto, sobretudo, entre aqueles que estavam trabalhando há anos para resolver os problemas da agricultura.

Em verdade, a biotecnologia não surgiu para substituir o melhoramento genético clássico, veio senão para complementar esta ciência.

A grande questão que deve ser colocada em debate é o que representa a biotecnologia para a sanidade dos indivíduos e da própria espécie.

## 2.2. Conceito de patrimônio genético e organismos geneticamente modificados

Como define Stela Barbas<sup>2</sup>, genética é a ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão dos caracteres dos ascendentes para os descendentes, assim como a formação e evolução das espécies animais e vegetais.

Em seguida, chamando a atenção para a dificuldade de se conceituar patrimônio genético, Stela Barbas<sup>3</sup> o define como:

...universo de componentes físicos, psíquicos e culturais que começam no antepassado remoto, permanecem constantes embora com naturais mutações ao longo das gerações, e que, em conjugação com factores ambientais e num permanente processo de inter-acção, passam a constituir a nossa própria identidade e que, por isso, temos o direito de guardar e defender e depois de transmitir.

No Brasil, como ensinam Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Adriana Diaféria<sup>4</sup>, o patrimônio genético passou a receber tratamento jurídico com a Constituição Federal de 1988 no art. 225, §1º em razão da crescente degradação que o meio ambiente natural vem sofrendo e do avanço tecnológico e científico.

Organismos geneticamente modificados ou transgênicos, por sua vez, são seres vivos criados em laboratório através de técnicas da engenharia genética que permitem transferir genes de um organismo para outro, mudando o patrimônio genético original do organismo e manipulando sua estrutura natural a fim de obter características específicas.

A soja transgênica, tão em pauta nos últimos anos, é um exemplo de organismo geneticamente modificado, uma vez que foram inseridos, em sua estrutura genética, genes de outros seres vivos que não são de sua espécie.

## 2.3. Breves considerações sobre a engenharia genética

A engenharia genética surgiu a partir de experimentos realizados por Hebert Boyer e Stanley Cohen na Califórnia, em 1973<sup>5</sup>, quando construíram um gene com parte do DNA bacteriano e parte do DNA de sapo. Esta experiência abriu portas

2. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 17.
3. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 17.
4. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 51.
5. BORÉM, Aluisio. *A História da Biotecnologia*. Disponível em: <http://www.biotecnologia.com.br/revista/bio34/bio34.pdf>. Acesso em: 20.03.2006.

para uma nova forma de se fazer o melhoramento genético e desenvolvimento de variedades.

A engenharia genética é, portanto, uma técnica de manipulação do DNA. Através dela é possível transferir, de forma controlada, genes específicos de uma espécie doadora para a receptora.

Ela tem como finalidade reformular e reconstruir a estrutura de genes de micro-organismos, plantas e animais com o objetivo de tornar os produtos transgênicos mais econômicos e superiores em quantidade e qualidade.

Numerosos são os benefícios que podem ser obtidos a partir da modificação genética de seres vivos. Podemos apontar, sobretudo, o grande potencial para expandir a base genética das variedades cultivadas e para transferir características importantes para as modernas variedades, sem a transferência de genes de características indesejáveis.

O uso da engenharia genética, através da criação de organismos geneticamente modificados, pode, também, introduzir uma substancial melhora dos níveis nutricionais dos alimentos.

A produção de plantas geneticamente modificadas (PGMs) pode proporcionar a proteção do solo através da produção de maior quantidade de matéria orgânica e de ácidos orgânicos na rizosfera (zona do solo que está em íntimo contato com a superfície das raízes) que podem melhorar a qualidade do solo, bem como promover a obtenção mais eficiente de nutrientes do solo pelas raízes das plantas. A título meramente exemplificativo, apontamos as espécies de plantas transgênicas produzidas que agregaram valores mais benéficos que as plantas naturais: as que aumentam o valor nutritivo dos alimentos; que reduzem a utilização de inseticidas químicos; que resistem a doenças de culturas regionais; que resistem à seca; que exercem função de vacina; que agregam valores medicinais; que produzem medicamentos; com potencial alergênico reduzido, entre outras.

Portanto, muito embora tenha sido tão combatida, não restam dúvidas de que a engenharia genética traz muitas contribuições para os produtos em circulação.

#### **2.4. Liberdade de criação e desenvolvimento tecnológico**

A Constituição Brasileira impõe ao Estado nos arts. 218 e 219, Capítulo IV (Da Ciência e Tecnologia), o dever de fomentar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.



O ordenamento jurídico brasileiro prevê ainda no art. 5º, IX da CF/88 que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

É, portanto, garantia Constitucional a livre expressão da atividade científica, independentemente de censura ou licença.

A Constituição Portuguesa, seguindo linha semelhante, prevê expressamente no art. 26, nº 3 a liberdade de criação e desenvolvimento tecnológico e a liberdade de experimentação científica.

Karl Larenz<sup>6</sup> acertadamente ensina que a liberdade não é algo intrínseco ao homem, mas algo que deve ser buscado através de luta incessante e de resistência às interferências externas e às suas próprias inclinações.

Contudo, a liberdade científica que estes dispositivos constitucionais prevêm, tal como qual outro tipo de liberdade, não se trata de direito absoluto, encontrando-se condicionada a alguns outros valores, tais como a dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, Paulo Otero<sup>7</sup> afirma que tais liberdades não são ilimitadas, pois antes se encontram teleologicamente orientadas ao serviço do homem e condicionadas a respeitar a sua dignidade.

Este mesmo autor aponta que a pesquisa biomédica tem sido objeto de preocupação partilhada pela Comunidade Internacional que vem estabelecendo regras definidoras da investigação científica e tecnológica no domínio da genética, visando o desenvolvimento da ética das ciências da vida baseada na utilização dos resultados de tais investigações em benefício de toda a comunidade.

Falar sobre liberdade representa grande desafio, visto que admite várias interpretações. Mas a liberdade antes de qualquer coisa pressupõe responsabilidades para consigo e ante a sociedade.

## **2.5. Direito à identidade genética dos seres não humanos?**

Diante das progressivas inovações trazidas pela criação, desenvolvimento e experimentação científica no âmbito da genética, muitos estudos têm sido desenvolvidos no sentido de se reconhecer a existência do direito à identidade

6. LARENZ, Karl. Derecho Justo. p. 61 apud OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 94.

7. OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 96.

genética dos seres humanos, considerando-o inclusive como uma nova geração de direitos fundamentais<sup>8</sup>.

Paulo Otero<sup>9</sup> aponta que em face desta situação a Constituição Portuguesa introduziu no art. 26º uma expressa referência ao direito à identidade genética do ser humano, sendo um dos primeiros textos constitucionais a nível europeu, senão mesmo em termos mundiais a reconhecer expressamente este direito.

Não obstante a tendência de se garantir tal direito ao ser humano, pouco ou quase nada se falou a respeito do reconhecimento deste direito, à identidade genética, aos seres não humanos, como plantas, microorganismos, entre outros.

É certo que muitos são os estudiosos que defendem o direito à existência dos seres vivos não humanos. É o que se pode extrair, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos dos Animais<sup>10</sup> e da Declaração Universal dos Direitos das Plantas<sup>11</sup>, esta última concebida pelo professor universitário Adalberto Bello de Andrade, *in verbis*:

“Art. 1º – Todas as plantas nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência.

Art. 2º – O homem depende das plantas e não podem exterminá-las. Tem obrigação de colocar a seu serviço os conhecimentos que adquiriu.

Art. 3º – Toda planta tem direito à atenção, aos cuidados e à proteção do homem. Se a morte de uma planta for necessária, deve ser precedida de cuidados para o transplante da espécie.

Art. 4º – Toda planta pertencente a espécie selvagem tem direito a viver livre em seu próprio ambiente natural terrestre ou aquático e a reproduzir-se. Todo corte de planta, mesmo para fins educativos, é contrário a esse direito.

Art. 5º – Toda planta pertencente a uma espécie ambientada tradicionalmente na vizinhança do homem tem direito a viver e crescer no ritmo e nas condições de vida e liberdade que forem próprias de sua espécie. Qualquer modificação deste ritmo ou destas condições, que for imposta pelo homem com fins mercantis, é contrária a esse direito.

Art. 6º – Toda planta escolhida pelo homem para companhia tem direito a uma duração de vida correspondente à sua longevidade natural. Abandonar, esmagar ou queimar uma planta é ação cruel e degradante.

8. Sobre o assunto recomendamos a seguinte leitura de: OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.

9. OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 84.

10. Disponível em: <http://www.saudeanimal.com.br/universal.htm>. Acesso em: 19.03.2006.

11. Disponível em: [http://www.chicomendes.marinter.com.br/bol\\_18.htm](http://www.chicomendes.marinter.com.br/bol_18.htm). Acesso em: 19.03.2006

Art. 7º – Toda planta utilizada em ornamentação, principalmente em recinto fechado, tem direito à limitação razoável da permanência desse ornamentação, bem como à adubação reparadora, água pura e ar natural.

(...)”..

Adotando-se esta vertente, não poderíamos negar o direito de existência dos seres vivos não humanos, o que ensejaria a necessidade de se reconhecer o direito destes seres de não terem seu patrimônio genético manipulado, garantindo-se a identidade genética.

## 2.6. Legislação sobre os organismos geneticamente modificados

A Constituição Brasileira garante em seu art. 225, *caput* o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Dispõe ainda no §1º, incisos II e V que compete ao Poder Público assegurar a efetividade deste direito impondo o dever de:

“II – preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.

(...)

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”.

É de se lembrar, no que diz respeito à legislação ambiental, que a competência para legislar em matéria ambiental e de responsabilidade causada por dano ao meio ambiente é concorrente entre a União, Estados-membros e Distrito Federal, conforme previsão do art. 24 da Constituição Federal de 1988.

Édis Milaré<sup>12</sup> chama a atenção para o fato de que muito embora este artigo não explicita a competência legislativa do município não se pode levar a conclusão antecipada de que ele não tem competência normativa em matéria ambiental. Isso porque, se a Constituição conferiu-lhe poder para proteger o meio ambiente – competência administrativa (art. 23, VI da CF/88), certamente para cumprir tal

12. MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário* – 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 349/350.

dever há que poder legislar sobre matéria ambiental com fundamento no art. 30, I da Constituição Federal de 1988.

O dispositivo constitucional supramencionado (§1º, incisos II e V do art. 225) foi regulamentado, em âmbito federal, inicialmente pela Lei nº 8.974 de 5 de janeiro de 1995, posteriormente revogada pela Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005, em vigor, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, regulamentada pelo Decreto nº 5.591 de 22 de novembro de 2005.

Esse dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com outros diplomas legais, tais como, a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente; a Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981 que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, dentre outras.

A maioria dos Estados-membros também possui legislação específica sobre o assunto.

### **3. RISCOS DOS TRANSGÊNICOS E SEUS IMPACTOS NA BIODIVERSIDADE**

#### **3.1. Princípio da Prevenção e da Precaução**

Com relação aos princípios da prevenção e da precaução convém ressaltar que há juristas que se referem tão somente ao primeiro princípio, enquanto outros se reportam ao princípio da precaução. Outros ainda utilizam ambas expressões, vezes em sentido distinto e vezes como sinônimos.

O professor Edis Milaré adota o princípio da prevenção como forma simplificadora. No entanto, no presente trabalho adotamos a classificação que trata dos princípios da prevenção e da precaução como princípios distintos.

O critério para diferenciação dos princípios da prevenção e precaução é o seguinte. No princípio da prevenção previne-se porque se sabe quais as consequências de se iniciar determinado ato, prosseguir com ele ou suprimi-lo. O nexo causal é cientificamente comprovado, decorrendo muitas vezes da própria lógica. Já no princípio da precaução previne-se porque não se sabe quais as consequências que determinados atos, ou empreendimento, ou aplicação científica causarão ao meio ambiente no espaço e/ou no tempo. Há incerteza científica não dirimida.

Nas palavras de José Adércio Leite Sampaio, Chris Wold e Afrânio Nardy<sup>13</sup>, ambos têm em comum o primado da dúvida sobre o impacto ambiental de qualquer atividade humana e a adoção de medidas protetoras do meio ambiente.

O princípio da prevenção decorre da comprovação de que normalmente as agressões ao meio ambiente são de extrema dificuldade de reparação, quando não impossíveis. Assim, ocorrendo uma degradação ao meio ambiente, a sua reparação, quando possível, possui um custo elevadíssimo. Daí a necessidade de atuar preventivamente para se evitar os danos ambientais.

É muito semelhante ao princípio da precaução, mas com este não se confunde. Sua aplicação ocorre nos casos em que os impactos ambientais já são conhecidos, restando certa a obrigatoriedade do licenciamento ambiental e do estudo de impacto ambiental (EIA), este um dos principais instrumentos de proteção ao meio ambiente.

Corresponde também à exigência já referida de que as gerações atuais devem transmitir o patrimônio ambiental para as gerações futuras

O princípio da precaução é um dos mais importantes do ordenamento jurídico em matéria de proteção do meio ambiente

Tem fundamento legal, entre outros, no art. 225, §1º, IV<sup>14</sup>, da Constituição Federal de 1988 e no art. 9.º, III<sup>15</sup> da Lei nº 6938/81.

É este princípio que fundamenta a exigência do Poder Público, na forma da lei, do estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente.

13. SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 59.

14. “Art. 225. 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe-se ao Poder Público:

(...)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;”

15. “Art. 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

(...)

III - a avaliação de impactos ambientais;”

A avaliação é um mecanismo de planejamento, pois determina a obrigação de considerar o meio ambiente, antes de realizar atividades e antes de tomar decisões que possam influenciar na qualidade ambiental.

Em princípio, os estudos de impacto ambiental devem estabelecer a vedação de intervenções no meio ambiente, salvo se houver a certeza que as alterações não causarão reações adversas, já que nem sempre a ciência pode oferecer à sociedade respostas conclusivas sobre a inocuidade de determinados procedimentos.

De acordo com este princípio sempre que houver perigo de ocorrência de um dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente, sobretudo em função dos custos dessas medidas.

Assim, mesmo que ocorram controvérsias no plano científico sobre os prejuízos que determinada atividade pode vir a causar no meio ambiente, com base neste princípio, esta atividade deve ser evitada ou rigorosamente controlada, pois se entende que no dia em que se puder, com certeza, avaliar os prejuízos desta atividade, os danos por ela provocados terão atingido tamanha proporção que não mais poderão ser reparados.

As atuações com efeitos imediatos ou a prazo no meio ambiente devem ser consideradas de forma antecipada, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correção dos efeitos dessas ações ou atividades suscetíveis de alterarem a qualidade do ambiente.

Atualmente, na prática, as medidas estritamente preventivas têm se mostrados limitadas, em razão de uma certa tolerância da legislação e da própria Administração diante de certas agressões ao meio ambiente e também em decorrência da negligência e imprudência do homem no exercício de suas atividades.

Assim, se faz essencial se imputar responsabilidade aos causadores de danos ambientais de forma ampla.

O princípio da precaução ganhou expressão internacional a partir da edição da “Declaração do Rio”, que o consagrou em seu item 15, assim afirmando:

“Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”

Trata-se, pois, de regra informadora de todo o sistema jurídico ambiental que determina a cautela no agir nas hipóteses onde a ciência ainda não tiver chegado a uma conclusão sobre a nocividade, ou não, da intervenção proposta na biota, agindo dessa maneira a incerteza técnico-científica no sentido de impedir o dano ambiental e não de permiti-lo.

De outro lado é certo também que tal princípio não pode ser utilizado de forma aleatória pelos defensores do meio ambiente como uma confortável maneira de encobrir o seu desconhecimento sobre as atividades por eles combatidas. Nesse sentido, a lição do mestre Paulo Bessa Antunes<sup>16</sup> nos parece plenamente aplicável:

“É evidente, entretanto, que a qualificação de uma intervenção como adversa está vinculada a um juízo de valor sobre a qualidade da mesma e a uma análise de custo/benefício do resultado da intervenção projetada. Isto deixa claro que o princípio da precaução está relacionado ao lançamento no ambiente de substâncias desconhecidas ou que não tenham sido suficientemente estudadas.”

Também aqui se mostra pertinente o ensinamento de Cristiane Derani<sup>17</sup>, ao dizê-lo como indicador da verdadeira essência do direito ambiental, mas defini-lo não como a total abstenção da atividade diante da possível existência de um risco e sim como:

“... uma precaução contra o risco, que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo.”

Nesse sentido, vale aqui citar Paulo Affonso Leme Machado<sup>18</sup> que, entre os comentários respectivos ao referido princípio da precaução, assim ensina:

“A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. (...)”

Vê-se assim que esse mesmo princípio, não deve ser interpretado de forma intransigente, uma vez que não impõe a paralisação da atividade econômica em nome de uma absoluta necessidade de preservação ambiental, incluindo aqui a produção dos organismos geneticamente modificados, visando apenas garantir que as condutas sejam praticadas com a cautela que o caso requer. Assim, busca-se garantir uma razoável margem de segurança do limiar do perigo de dano.

16. ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 36/37.

17. DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*, Editora Max Limonad, 2001, p. 169.

18. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

### 3.2. Valoração dos impactos ambientais

O exercício puro e simples da atividade agrícola necessariamente traz impactos nocivos ao meio ambiente. Contudo, é certo que não se pode deixar de exercer esta atividade, como muitas outras, por conta do impacto que se causa ao meio ambiente.

É verdade ainda que a necessidade de alimentar a população mundial cada vez mais crescente promove o surgimento de novas tecnologias e técnicas de cultivo. Neste contexto se inserem as plantas e microorganismos geneticamente modificados (OGMs).

Muito pouco se sabe sobre os efeitos destas tecnologias em longo prazo no meio ambiente. Como bem coloca Pierre AlphanDéry, Pierre Bitoun e Yves Dupont<sup>19</sup>, “Ao fim deste segundo milênio, a expressão mais manifesta da ecologia é o medo” e segue afirmando que este medo se apresenta em um espetáculo nas dimensões da mundialização da comunicação e se alimenta da incessante descoberta de novos estragos do progresso, crescendo com o “inventário científico”.

Portanto, diante desse contexto se faz indispensável a valoração dos impactos que o avanço tecnológico no âmbito da criação dos organismos geneticamente modificados pode vir a causar.

O grande problema está exatamente em como valorar estes impactos. Para tanto, será preciso ter em mente que a finalidade última do direito é o homem e a proteção ambiental apenas é viável, pois é dentro do meio ambiente que se insere o homem, que este sobrevive.

Portanto, é por isso que se deve buscar o desenvolvimento sustentável desta atividade, equilibrando-se todos os valores que se encontrem aí inseridos.

### 3.3. Prevenção e precaução dos impactos ambientais

Por iniciativa da ONU, em 1992 foi realizada no Rio de Janeiro a Convenção sobre Biodiversidade. Este encontro teve como resultado a participação da maioria dos países no sentido de concordar em seguir as normas já estabelecidas para a conservação da biodiversidade e o uso sustentável dos recursos genéticos.

Outra convenção ocorreu em 2002 em Johannesburgo, conhecida como Rio +10, representando novos progressos e compromissos dos países na preservação da biodiversidade.

---

19. ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico riscos políticos da inseqüência*. Trad. Lúcia Jahn. Editora brasiliense [?].



Foi ainda realizada em 2000 uma reunião em Cartagena, Venezuela onde se estabeleceu o Protocolo de Cartagena com as bases para a normatização internacional do desenvolvimento dos OGMs. Esse protocolo, que foi assinado pelo Brasil apenas em 2003, é um conjunto de normas sobre uso, manipulação, e transporte dos OGMs que possam causar algum risco para a biodiversidade.

Com relação ao risco dos OGMs para o meio ambiente, o Brasil editou uma lei moderna de biossegurança de nº 11.105 de 24 de março de 2005, que contempla o princípio de precaução e estabelece outros instrumentos jurídicos para a preservação da biodiversidade tais como a criação do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS), a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTN-Bio), a Comissão Interna de Biossegurança (CIBio), o Sistema de Informações em Biossegurança (SIB).

É certo que o processo de geração tecnológica poderá causar inevitáveis impactos no meio ambiente, tal como a modificação da microflora do solo, que pode causar danos indiretos a organismos não visados, mas o que tem de ser observado são as estratégias corretivas e reparadoras do agroecossistema e os seus indicadores de sustentabilidade.

Além disso, existem estimativas de que a maioria das espécies que já existiram desapareceram, o que evidencia a natureza dinâmica da biodiversidade.

Desse modo, não obstante a exigência da preservação do meio ambiente, e a conseqüente adoção dos princípios da prevenção e precaução, não se pode invocar esses princípios como justificativa para impedir a produção e plantação de organismos geneticamente modificados. Deve, senão, submeter toda variedade GM à análise da biossegurança para avaliar seu potencial efeito adverso ao meio ambiente.

#### **4. RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRODUÇÃO DOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS**

##### **4.1. Noções gerais sobre responsabilidade civil**

A noção de responsabilidade pode ser constatada na própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa. A necessidade de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos, advém da imposição estabelecida pelo meio social de atribuir a todos o dever de responder por seus atos.

Etimologicamente, responsabilidade exprime uma idéia de obrigação, contra-prestação, encargo. Assim também o é no sentido jurídico: dever jurídico sucessivo

que surge em recompor, compensar o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.

Rui Stoco<sup>20</sup> conceitua a responsabilidade civil como “a obrigação da pessoa física ou jurídica ofensora de reparar o dano causado por conduta que viola um dever jurídico preexistente de não lesionar (*neminem laedere*) implícito ou expresso em lei”.

Em princípio a responsabilidade subjetiva persiste como regra geral no nosso direito positivo, no entanto, a responsabilidade objetiva convive ao lado da teoria da culpa para atender alguns casos em que esta última tem se mostrado insuficiente para a satisfatória solução do problema da reparação do dano.

Conforme ensinamento de Sergio Cavalieri Filho<sup>21</sup>, costuma-se apontar a Revolução Industrial, o progresso científico e a explosão demográfica de nosso século como sendo os principais fatores que ensejaram a concepção da responsabilidade civil objetiva.

Diante de tal situação, em busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas desenvolveram a teoria do risco. Segundo esta teoria, aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os riscos dela decorrente e reparar os danos, independentemente de ter agido ou não com culpa.

José Rubens Morato Leite<sup>22</sup> afirma que o estabelecimento da responsabilidade objetiva é uma tentativa de resposta da sociedade ou de adequação a certos danos coletivos que não seriam ressarcíveis por meio da concepção clássica de reparação dos danos.

Algumas leis especiais, dentre as quais destacamos a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente nº 6.938/81 no § 1º, do artigo 14 e a Lei de Biossegurança nº 11.105 de 24 de março de 2005, consagram a teoria da responsabilidade civil objetiva, que prescinde da existência do elemento culpa e que se fundamenta no risco. A fixação da responsabilidade civil objetiva, ressalte-se, deve sempre decorrer de lei.

O Código Civil vigente também trouxe algumas novidades no campo da responsabilidade civil. A redação do artigo 927, parágrafo único, do CC possibilitou que o intérprete identificasse, no cruzamento dos dados da realidade com o

20. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

21. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2ª edição, 3ª tiragem, revista aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 142/143..

22. MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 129

arcabouço legislativo, ensejos inéditos para a aplicação da teoria do risco, onde se plasma a responsabilidade civil objetiva.

Os pressupostos para a responsabilização objetiva são a ação ou omissão, a relação de causalidade e o dano, prescindindo, portanto, do elemento culpa.

Em torno da teoria do risco, segundo defende Sergio Cavaliere Filho<sup>23</sup>, surgiram diversas concepções sobre o risco, dentre as quais destacamos as modalidades a seguir apontadas.

#### **4.1.1. Teoria do risco-proveito**

O suporte doutrinário da teoria do risco-proveito se baseia no argumento de que aquele que retira algum proveito ou vantagem do ato lesivo é quem deve ser obrigado a reparar o dano.

No entanto, a crítica a esta teoria encontra-se exatamente na dificuldade em se conceituar o proveito. Assim, questionar-se-ia se teria o sentido de lucro ou seria suficiente qualquer tipo de vantagem.

Caso o proveito tivesse o sentido de lucro, vantagem econômica, a responsabilidade fundada no risco-proveito aplicar-se-ia apenas aos exploradores de atividades econômicas, além de que ao lesado impediria provar a sua existência, o que importaria no retorno do problema da prova.

#### **4.1.2. Teoria do risco criado**

Inicialmente, ressalta-se a tendência do nosso ordenamento jurídico pela adoção da teoria que será aqui estudada. Os adeptos desta teoria, entre eles Caio Mário, defendem que se alguém põe em funcionamento uma atividade, deve responder por eventos danosos que esta atividade pode vir a causar a terceiros, independentemente da existência de algum dos elementos da culpa.

Importa aqui distinguir a teoria do risco-proveito e risco criado, utilizando-se dos argumentos empregados por Caio Mário<sup>24</sup>. No risco criado não se exige que da atividade aufera-se lucro, uma vantagem econômica, para esta teoria importa a atividade em si mesmo independente do resultado vantajoso ou não para o agente. Segundo defende aquele autor a teoria do risco criado é uma ampliação da teoria do risco proveito.

23. CAVALIERI FILHO, Sergio, op. cit., p. 144 e ss.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 2ª edição, 3ª tiragem, revista aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000.

24. MÁRIO, Caio. *Responsabilidade Civil*, 3ª ed, Forense, 1992, p.24 *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio, op. cit, p. 145.

#### **4.1.3. Teoria do risco profissional**

Pela teoria do risco profissional o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato lesivo decorre de atividade ou profissão do lesado. Esta teoria foi desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos prejuízos advindos de acidentes do trabalho, independentemente de culpa do empregador.

#### **4.1.4. Teoria do risco excepcional**

Entende-se por esta teoria que a reparação dos danos é devida sempre que estes decorrerem de uma atividade excepcional que não é comum à vítima. O fundamento desta teoria é que por conta dos riscos excepcionais que das atividades como, por exemplo, exploração de energia nuclear e de materiais radioativos, resulta, surge a obrigação de reparar eventuais danos delas decorrentes, independentemente de culpa.

#### **4.1.5. Teoria do risco integral**

Por esta teoria as causas excludentes do nexos causal, quais sejam culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior, não afastam o dever de indenizar. Portanto, ainda que inexistente o nexos causal permaneceria a responsabilidade de reparar o dano, concluindo-se que tão só a existência do dano enseja o dever de indenizar.

Trata-se de modalidade extremada da doutrina e que, por esta razão, é merecedora de diversas críticas, o que leva o nosso direito positivo a adotá-la em casos excepcionais.

Tais críticas se baseiam, em suma, no argumento de que diante da super proteção à vítima do evento danoso, impõe cegamente o dever de reparar o dano, olvidando-se do princípio da justiça social e ensejando, sobretudo, a absurda equiparação de um comportamento jurídico com um comportamento injurídico do causador do dano.

### **4.2. Responsabilidade civil ambiental**

#### **4.2.1. As funções da responsabilidade civil ambiental**

A responsabilidade civil pelo dano ambiental foi instituída pelo § 1<sup>o</sup><sup>25</sup>, do artigo 14 da Lei n<sup>o</sup> 6.938/81 e encontra seu fundamento na própria Constituição Federal nos §§ 2<sup>o</sup> e 3<sup>o</sup><sup>26</sup> do artigo 225.

25. Art. 14.

§ 1<sup>o</sup>. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio

Advindo seu fundamento da Constituição Federal, alargam-se ainda mais as suas funções, na medida em que deverá atender aos valores consagrados na Carta Magna, tais como o bem social e a dignidade da pessoa humana.

Daí falar-se em autonomização da responsabilidade por danos ambientais uma vez que embora assentado no instituto da responsabilidade civil, possui atributos da dogmática publicista, buscando garantir o interesse público ambiental.

Tradicionalmente a responsabilidade civil tem como objetivo reparar o dano e punir o seu responsável. Todavia, a responsabilidade civil ambiental possui uma função social que ultrapassa as finalidades punitiva, preventiva e reparatória, classicamente atribuídas a este instituto. Passa a ter a função específica de garantir a conservação dos bens ecológicos protegidos.

Isso porque, na era tecnológica, marcada pela proliferação de riscos, a responsabilidade civil deve servir, como aponta Annelise Steigleder<sup>27</sup>, como instrumento de regulação social e como mecanismo para a indenização da vítima.

Como instrumento de regulação social, o instituto da responsabilidade civil deve atuar de forma a minimizar comportamentos que impliquem geração de riscos; e como mecanismo para indenização da vítima deve buscar superar a desigualdade entre a impotência e fragilidade da vítima e a força do produtor de danos tecnológicos.

Como consequência das mutações ocorridas na sociedade, que passa a ser uma sociedade de risco, surge a necessidade de se impor, não tão somente ao Estado, mas a toda a sociedade, a responsabilidade pela existência social de cada um.

Do reflexo dessas idéias faz surgir a responsabilidade social pelo simples perigo a que a sociedade é exposta. Assim, em uma perspectiva solidária as fontes geradoras de risco devem se responsabilizar tão somente por expor a sociedade ao risco, independentemente de um dano concretizado.

---

*ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.*

26. Art. 225.

*§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.*

27. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 178.

Nesse contexto, abrir-se-ia a possibilidade de responsabilização sem danos consumados, quando o risco provocado por atividades essencialmente perigosas exigisse a internalização, no processo produtivo, da supressão do fator risco.

Essa obrigação é reforçada pela adoção da teoria do risco da atividade, na qual há a responsabilidade pela reparação do dano independentemente da existência de culpa ou dolo.

#### **4.2.2. Responsabilidade civil objetiva ambiental**

Inicialmente, como chama a atenção Carlos André Birnfeld<sup>28</sup>, é oportuno salientar que a responsabilidade civil por danos ambientais é tema com desenvolvimento recente, pois até final da década de 70, se tomava tão somente a responsabilização pela deterioração pelo patrimônio privado, ao direito individual de propriedade.

Somente na década de 80, especialmente com a Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente) foi introduzida, na esfera da legislação ambiental, a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, mediante a qual o poluidor será responsabilizado por dano causado ao meio ambiente, exigindo-se para tanto tão somente a existência de nexo de causalidade entre sua conduta e o dano ambiental havido, sem qualquer investigação a respeito de sua intenção (dolo) de causar o dano ou mesmo, não havendo tal intenção, de ter ele agido com culpa (negligência, imperícia ou imprudência).

A adoção da responsabilidade objetiva tem como consequência, dentre outras, a irrelevância da licitude da atividade exercida, a inversão do ônus da prova (no caso de ação civil pública) e a solidariedade passiva dos poluidores, que traduz a idéia de que qualquer um dos – e todos – os poluidores podem ser responsabilizados pelo dano ambiental.

Uma vez escolhida pelo legislador de forma expressa a responsabilidade objetiva para o infrator, conforme ensina Annelise Steigleder<sup>29</sup>, o nexo de causalidade passa a ser o pressuposto em que se concentram os maiores problemas referentes à responsabilização pelo dano ambiental. Isso porque, o dano pode ser resultado de várias causas concorrentes, simultâneas e sucessivas.

28. BIRNFELD, Carlos André. *Algumas perspectivas sobre a responsabilidade civil do poluidor por danos ambientais*. In: MORATO LEITE, José Rubens; BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manoel, 2004. p. 366/367.

29. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 196.

Muitos doutrinadores, entre eles Édis Milaré, Paulo Affonso Leme Machado, Antonio Herman V. Benjamim e outros, defendem que em termos de responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, a responsabilidade é objetiva sob a modalidade do risco integral, não se admitindo qualquer excludente.

Os críticos a este posicionamento destacam que a responsabilidade civil objetiva sob a modalidade do risco integral é uma modalidade extremada que confere uma super proteção ao meio ambiente, impondo cegamente o dever de reparar o dano.

Tais críticas se baseiam, em suma, no argumento de que diante da super proteção à vítima do evento danoso, impõe cegamente o dever de reparar o dano.

Outros doutrinadores, por outro lado, defendem a responsabilidade civil objetiva na modalidade do risco criado, admitindo-se, portanto, as excludentes de fato de terceiro, da força maior e do caso fortuito, salvo nos casos de desenvolvimento de atividade de risco quando deverá responder por todo e qualquer dano, não podendo incidir qualquer das excludentes de responsabilidade (risco integral). Nesse sentido Toshio Mukai e Hugo Nigro Mazzili.

O grande diferencial entre estas duas teorias é exatamente no sentido de que esta última admite as excludentes da responsabilidade civil, quais sejam, culpa exclusiva da vítima, fatos de terceiros e força maior, quando não se tratar de atividade de risco.

Esta última posição nos parece a mais razoável na medida em que não se pode admitir que a responsabilidade civil pelo dano ao meio ambiente absorva todos os fatos da vida.

Em síntese, no âmbito da responsabilidade civil ambiental, a determinação do nexo de causalidade é um desafio, e o desenvolvimento das teorias acima expostas e tantas outras revelam a busca pela efetividade na identificação dos responsáveis pela recuperação do dano ambiental.

Como ressalta Patrícia Faga Iglecias Lemos<sup>30</sup>, importante chamar a atenção que além de ser objetiva a responsabilidade civil ambiental, ela é solidária. Assim, aplica-se o disposto no art. 942 do CC vigente para a reparação do dano ambiental: “(...) se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

30. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 96.

### **4.2.3. Responsabilidade civil pela produção dos organismos geneticamente modificados (OGMs)**

#### *4.2.3.1. Contexto atual da produção dos OGMs*

No que diz respeito aos produtos geneticamente modificados, os agricultores, consumidores, científicos e políticos se encontram diante da problemática referente à introdução no mercado dos primeiros produtos em tais condições.

Os defensores desta “nova tecnologia” sustentam que a produção dos organismos geneticamente modificados é simplesmente uma forma mais complexa das tecnologias de reprodução clássicas que os agricultores usaram durante milhares de anos para criar novas variedades de plantas e raças animais.

Há pouco tempo atrás, os agropecuários cruzavam apenas os “parentes próximos” do reino animal e vegetal para criar novas variedades ou raças; todavia atualmente é possível colher genes de espécies totalmente diferentes e criar novos produtos e/ou formas de vida. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a coleta pelos cientistas dos genes dos vaga-lumes, que emitem luz, e inserção no código genético de uma planta de tabaco: a planta madura brilha 24 horas por dia.

O esforço da biotecnologia agrícola, por exemplo, tem como foco a criação de plantas que tolerem os herbicidas e sejam resistentes às pestes e aos vírus. Não obstante, um número cada vez maior de ecologistas, entre eles o Greenpeace, tem começado a chamar atenção para os perigos desta transferência de genes transgênicos.

A questão se apresenta porque as modificações voluntárias introduzidas pela biotecnologia passam a ser perigosas tendo em vista a pouca informação que se dispõe sobre os danos ou a transformação do ecossistema e a repercussão sobre a saúde do homem, em razão da falta de antecedentes disponíveis.

Como método para avaliar os riscos intrínsecos destes produtos (suas características de toxicidade, patogenicidade, invasividade etc.), incluindo as previsíveis interações com meio onde se pretende aplicar, devem ser propostas soluções que permitam classificar qualquer tipo de entidade viva segundo seu grau de risco potencial.

Sobre a classificação do risco podemos recorrer às diretivas impostas pelo “Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica” (Montreal, 29 de janeiro de 2000), que em seu artigo 15 dispõe que as evoluções do risco que se realizem em virtude do referido Protocolo serão



conduzidas de maneira cientificamente sólida e levando em conta as técnicas reconhecidas de avaliação de risco. Essas avaliações de risco serão baseadas, no mínimo, em informações fornecidas de acordo com o artigo 8º e em outras evidências científicas a fim de identificar e avaliar os possíveis efeitos adversos dos organismos vivos modificados na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana.

Uma vez avaliado o produto, poderia ser adotada esta avaliação como uma solução transitória, devendo ser observado também o dever de informação estabelecido pelas normas de defesa do consumidor, no qual todo produto para sua identificação deve consignar suas características em um prospecto, envoltório, etiquetas, caixas etc, de forma que o consumidor estivesse informado da qualidade do produto.

Quanto ao dever de informação, a introdução de organismos geneticamente modificados tem feito surgir diversos debates acerca da necessidade dos alimentos com genes “transformados” conter etiquetas adequadas com as informações necessárias do produto, prevenindo, dessa forma, reações alérgicas por não saber o conteúdo exato de um produto. Isso porque, a maioria dos cultivos modificados contém genes de organismos não-alimentícios, como vírus, bactérias, insetos e animais exóticos, fazendo surgir, portanto, diversas questões fundamentais sobre a saúde humana, sobretudo, sobre a existência de diversas pessoas alérgicas a produtos inseridos nos alimentos.

Sobre a identificação dos organismos vivos geneticamente modificados, mais conhecidos como transgênicos, as partes signatárias do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança firmaram em março de 2006, acordo estabelecendo que seja adotada imediatamente a expressão “contém OVMs” para os casos onde já é possível realizar o rastreamento, a segregação e a identificação dos transgênicos e a expressão “pode conter OVMs” para os demais casos, que terão um prazo de seis anos para se adaptar às novas regras. Os dois regimes devem coexistir, portanto, até 2012, data prevista para que a expressão “contém” seja adotado definitivamente.

Não obstante os esforços em se avaliar os riscos dos OGMs, a sociedade, por meio dos institutos de proteção ao meio ambiente e do consumidor, tem se posicionado contra a liberação indiscriminada de tais produtos e sementes transgênicas. Nesse sentido, o Partido Verde (PV) e o Instituto de Defesa do Consumidor (Idec) em maio de 2006 enviaram representações para o Procurador Geral da República, questionando a constitucionalidade da lei de Biossegurança, com o objetivo de motivar o Procurador a propor perante o Supremo Tribunal Federal, o STF, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin).

Nos parece, todavia, que o Supremo tem se manifestado de forma avançada sobre a produção e comercialização de tais produtos. Foi o que podemos perceber quando da declaração de inconstitucionalidade – ADI 3.035-3, em março de 2006, da Lei do Estado do Paraná que proíbe o plantio, comercialização, industrialização e manipulação de produtos transgênicos, ainda que o fundamento utilizado para a declaração da inconstitucionalidade tenha sido o aspecto formal em razão da incompetência do Estado para disciplinar tal matéria.

#### 4.2.3.2. Responsabilidade civil objetiva pela produção dos OGMs

É certo que não há segurança alguma sobre as conseqüências da violação das fronteiras naturais entre as espécies, ao introduzir nos cultivos genes provenientes de plantas e espécies animal totalmente distintas. O fato é que não há precedentes doutrinários nem jurisprudências sobre esta modalidade de experimentação.

Daí surge a necessidade de aplicação do princípio do limite da tolerabilidade. Este princípio não estabelece um direito de degradar, funciona, em verdade, como um mecanismo de proteção do meio ambiente, como forma de estabelecer um equilíbrio entre as atividades interventivas do ser humano e o respeito aos fatores ambientais condicionantes da vida.

Nesse sentido, não nos parece razoável afirmar que a mera criação/introdução de produto transgênico poderia ser considerado como um dano em si mesmo.

Sendo assim, se faz necessário implementar um regime adequado de responsabilidade, seguindo as diretrizes dadas pelo Protocolo de Cartagena e tendo em conta a elaboração apropriada de normas e procedimentos internacionais em dita esfera, prevendo a compensação pelos danos resultantes dos organismos vivos modificados.

A título exemplificativo, Sonia Blanco Garrido<sup>31</sup>, destaca, segundo informações extraídas de um artigo de Jeremy Rifkin<sup>32</sup>, que as companhias seguradoras há muitos anos informam que não assegurariam a liberação de organismos geneticamente modificados no meio ambiente contra a possibilidade de danos ambientais

31. Garrido, Sonia Blanco. *Apuntes para un régimen de la responsabilidad en el ámbito de la actividad biotecnológica*. Disponível em: <http://www.biotech.bioetica.org/i48.htm>. Acesso em: 28.06.06.

32. Jeremy Rifkin, “The Biotech Century: Playing Ecological Roulette with Mother Nature’s Designs,” *EMagazine*, May/June 1998, pp. 36-41 In: Garrido, Sonia Blanco. *Apuntes para un régimen de la responsabilidad en el ámbito de la actividad biotecnológica*. Disponível em: <http://www.biotech.bioetica.org/i48.htm>. Acesso em: 28.06.06.

catastróficos em longo prazo porque não há uma ciência de valoração dos riscos para julgar as conseqüências desta introdução.

Por esta razão estas companhias estão também interessadas em que os governos regulamentem o novo campo da biotecnologia, devido à falta de um conhecimento científico convincente sobre a interação dos organismos geneticamente modificados quando introduzidos no meio ambiente.

No âmbito dos organismos geneticamente modificados – OGMs ou que preferem alguns organismos vivos geneticamente modificados (OVMS), o legislador brasileiro previu expressamente na Lei de Biossegurança de nº 11.105 de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam tais organismos e seus derivados, a responsabilidade objetiva e solidária dos responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente e terceiros decorrentes das atividades que envolvam os OGM's. Vejamos:

“Art. 20. Sem prejuízo da aplicação das penas previstas nesta Lei, os responsáveis pelos danos ao meio ambiente e a terceiros responderão, solidariamente, por sua indenização ou reparação integral, independentemente da existência de culpa”.

Assim, no nosso entender no âmbito da responsabilidade civil pela produção dos organismos geneticamente modificados não se poderia aplicar regra distinta das existentes e já analisadas para a reparação do dano ambiental.

No âmbito da responsabilidade civil ambiental, vale aqui recordar, partilhamos do entendimento de que responsabilidade civil será objetiva sob a modalidade do risco criado, na qual se admite a aplicação das excludentes de fato de terceiro e de caso fortuito ou força maior, *salvo nas hipóteses de atividades de risco*.

Com base nas premissas já delineados neste trabalho, a atividade de produção dos OGMs não poderia deixar de ser enquadrada como atividade de risco. Neste contexto e pelos tantos motivos já debatidos neste trabalho, defendemos que a responsabilidade civil pela produção dos OGMs será objetiva pautada na modalidade do risco integral.

É certo que, como destaca Carlos André Birnfeld<sup>33</sup>, existe evidentemente uma excludente natural a qualquer forma de responsabilidade objetiva que é a comprovação de que a conduta que provocou o dano foi causada exclusivamente

33. BIRNFELD, Carlos André. *Algumas perspectivas sobre a responsabilidade civil do poluidor por danos ambientais*. In: MORATO LEITE, José Rubens; BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ambiental contemporâneo*. São Paulo: Manóel, 2004. p. 379/371.

por terceiro. Exemplo dado por este autor é o de uma indústria que comprova não emitir efluentes líquidos capazes de contaminar manancial aquático e que prova sua emissão exclusiva por uma outra indústria.

Importante ainda ressaltar que o dispositivo da Lei de Biossegurança prevê, ainda, a responsabilidade solidária pelos danos causados, o que importa dizer que a responsabilidade se estenderá não apenas aos produtores dos OGMs como também a todos aqueles que contribuam para a ocorrência do dano.

A biotecnologia continua seu avanço e além do princípio da precaução, seu desenvolvimento promete soluções a problemas que o homem deverá solucionar em um curto prazo (poluição por atividades industriais, alimentação, enfermidades, alterações climáticas etc.) razão pela qual diante de seu desenvolvimento e das medidas de segurança, deve ser previsto o regime específico de atribuição da responsabilidade, com regras claras que permitam a proteção jurídica dos interesses em jogo.

## 5. CONCLUSÕES

Ao final do presente trabalho podemos concluir que:

### *I – Organismos geneticamente modificados (OGMs)*

1. A biotecnologia opera em nível molecular, rompendo as barreiras estabelecidas na formação das espécies através da descodificação do DNA para fins de promover o melhoramento molecular e, conseqüentemente, desenvolver variedades mais úteis ao homem;

2. Organismos geneticamente modificados ou transgênicos são seres vivos criados em laboratório através de técnicas da engenharia genética que permitem transferir genes de um organismo para outro, mudando o patrimônio genético original do organismo e manipulando sua estrutura natural a fim de obter características específicas;

3. A engenharia genética é uma técnica de manipulação do DNA, através da qual se transfere, de forma controlada, genes específicos de uma espécie doadora para a receptora;

4. Não obstante a tendência de se garantir o direito à identidade genética ao ser humano, pouco ou quase nada se falou a respeito do reconhecimento deste direito aos seres não humanos, como plantas, microorganismo, entre outros;

5. A atual legislação brasileira que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados é a Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005, regulamentada pelo Decreto nº 5.591 de 22 de novembro de 2005;

### *II – Riscos dos transgênicos e seus impactos na biodiversidade*

6. No princípio da prevenção previne-se porque se sabe quais as consequências de se iniciar determinado ato, prosseguir com ele ou suprimi-lo. O nexo causal é cientificamente comprovado, decorrendo muitas vezes da própria lógica. Já no princípio da precaução previne-se porque não se sabe quais as consequências que determinados atos, ou empreendimento, ou aplicação científica causarão ao meio ambiente no espaço e/ou no tempo. Há incerteza científica não dirimida;

7. Muito pouco se sabe sobre os efeitos destas tecnologias em longo prazo no meio ambiente, portanto, se faz indispensável valorar os impactos que esta atividade pode vir a causar;

8. É certo que o processo de geração tecnológica, poderá causar inevitáveis impactos no meio ambiente, todavia, a exigência da preservação do meio ambiente, e a conseqüente adoção dos princípios da prevenção e precaução, não podem tão somente impedir a produção e plantação de organismos geneticamente modificados;

### *III – Responsabilidade civil na produção dos organismos geneticamente modificados*

9. A responsabilidade civil pelo dano ambiental foi instituída pelo § 1º, do artigo 14 da Lei nº 6.938/81 e encontra seu fundamento na própria Constituição Federal nos §§ 2º e 3º do artigo 225;

10. A responsabilidade civil ambiental possui uma função social que ultrapassa as finalidades punitiva, preventiva e reparatória, classicamente atribuídas a este instituto. Passa a ter a função específica de garantir a conservação dos bens ecológicos protegidos, sendo um instrumento de regulação social e como mecanismo para a indenização da vítima;

11. O regime da responsabilidade civil aplicável à reparação dos danos causados ao meio ambiente resultantes de atividades ligadas ao uso, desenvolvimento e produção dos organismos geneticamente modificados é o objetivo, prescindindo da averiguação da culpa;

12. Muito embora tenha quem defenda a responsabilidade objetiva pela modalidade do risco integral, partilhamos do entendimento de que na esfera ambiental se aplica a responsabilidade civil objetiva na modalidade do risco criado, admitindo-se, portanto, as excludentes de fato de terceiro, da força maior e do caso fortuito, salvo nos casos de desenvolvimento de atividade de risco quando deverá responder por todo e qualquer dano, não podendo incidir qualquer das excludentes de responsabilidade (risco integral);

13. Há muitos movimentos contrários à introdução dos organismos geneticamente modificados, todavia, muito embora não haja segurança alguma sobre as conseqüências da violação das fronteiras naturais entre as espécies, deve ser aplicado o princípio do limite da tolerabilidade, como forma de estabelecer um equilíbrio entre as atividades interventivas do ser humano e o respeito aos fatores ambientais condicionantes da vida;

14. O art. 20 da Lei de Biossegurança de nº 11.105 de 24 de março de 2005 prevê a responsabilidade objetiva e solidária dos responsáveis pelos danos causados ao meio ambiente e terceiros decorrentes das atividades que envolvam os OGM's;

15. Em se tratando de atividade de risco, com base nas premissas já adotadas, defendemos que a responsabilidade civil pela produção dos organismos geneticamente modificados será objetiva sob a modalidade do risco integral;

## 6. REFERÊNCIAS

- ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. **O equívoco ecológico riscos políticos da inconseqüência**. Trad. Lúcia Jahn. Brasiliense [?].
- ANTUNES, Paulo Bessa. **Direito Ambiental**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
- BARACHO, Jose Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. Genoma Humano e Bioética. **Bioética. Alguns Desafios**. Orgs: Christian de Paul de Barchifontaine e Léo Pessini. São Paulo: Loyola, 2001.
- BOAVENTURA, Edivaldo M.. Metodologia da pesquisa: monografia, dissertação e tese – São Paulo: Atlas, 2004.
- BORÉM, Aluisio. **A História da Biotecnologia**. Biotecnologia. Disponível em: <http://www.biotecnologia.com.br/revista/bio34/bio34.pdf>. Acesso em: 20.03.2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª edição, 3ª tiragem, revista, aumentada e atualizada. Malheiros Editores, 2000.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**, Editora Max Limonad, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; DIAFÉRIA, Adriana. **Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

GARRIDO, Sonia Blanco. **Apuntes para un régimen de la responsabilidad en el ámbito de la actividad biotecnológica**. Biotech. Disponível em: <http://www.biotech.bioetica.org/i48.htm>. Acesso em: 28.06.06.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário** – 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORATO LEITE, José Rubens. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000

MORATO LEITE, José Rubens; BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manoel, 2004.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética**. Coimbra: Almedina, 1999.

REMÉDIO MARQUES, J.P **Patentes de Genes Humanos?** Coimbra: Coimbra, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil** – 6ª edição, revista, atualizada e ampliada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VARELLA, Marcelo Dias; BORGES, Roxana Cardoso B. **O novo em direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998

<<http://www.saudeanimal.com.br/universal.htm>>

<[http://www.chicomendes.marinter.com.br/bol\\_18.htm](http://www.chicomendes.marinter.com.br/bol_18.htm)>

# VI

## SOBRE OS CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS E OS CONCEITOS JURÍDICO-POSITIVOS

*José Antônio Garrido*

Advogado. Pós-graduando em Direito Tributário pelas Faculdades Jorge Amado/JusPODIVM. Mestrando em Direito Público pela UFBA. Professor de Direito Processual Civil e de Direito Tributário da UNIME/BA. Professor de Direito Processual Civil das Faculdades Jorge Amado. joseantoniogarrido@bol.com.br

**RESUMO:** Conceitos são o material com a qual toda ciência trabalha. Conceitos jurídicos são elementos essenciais para a TGD e para o direito positivo. Conceito é a idéia sobre determinado objeto. Os conceitos jurídicos podem derivar de dois métodos: empírico, fruto da percepção sensorial de elementos concretos da realidade; são os conceitos jurídico-positivos, *a posteriori*, que resultam sempre da análise de um determinado ordenamento jurídico positivo. Outra classe origina-se do método racionalista; são resultado da lógica deontica e têm pretensão de validade universal e permanente. Estes últimos são *a priori* e integram o conteúdo da TGD.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conceito, conceito jurídico-positivo, conceito lógico-jurídico, empirismo, racionalismo.

**Abstract:** Conceptions are the material with the all science works. Judicial conceptions are essentials elements for TGD and to the positive law. Concept is the idea above determined object. The judicial concepts can arise from two methods: empiric, produce from sensorial perception of concretes elements from reality; judicial concepts, *a posteriori*, that results always from analysis by one determined judicial system. Another class originates itself from rationalist method; results from deontic logic, they have pretension of universal and permanent validity. These last are, *a priori*, TGD contents.

**KEYWORDS:** Concept, judicial concept, logical judicial concept, empiric, rationalist.

**SUMÁRIO:** 1. Apresentação e delimitação do tema; 2. Os conceitos jurídico-positivos e os conceitos lógico-jurídicos; 2.1. Conceitos jurídico-positivos; 2.2. Conceitos lógico-jurídicos; 3. Palavras finais; 4. Bibliografia.

### 1. APRESENTAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Os conceitos são elementos centrais na construção de qualquer teoria. O conhecimento científico os toma ora como ponto de partida ora como objetivo ou, ainda, como instrumento de problematização de outras questões correlatas, de modo que desconhecer a forma pela qual são construídos prejudica sobremaneira



sua utilização. É o conceito o que torna possível descrever, classificar e prever objetos cognoscíveis<sup>1</sup>.

Com a ciência do direito não acontece diferente. Os conceitos jurídicos são por ela trabalhados quer seja como instrumento de investigação quer seja como objeto investigado. O estudo da Teoria Geral do Direito e dos diversos ramos do Direito Positivo passa, invariavelmente, pela análise de conceitos jurídicos.

Norma jurídica, relação jurídica, sujeito de direito, capacidade, obrigações, contratos, recursos cíveis, sentença, lançamento tributário, posse, propriedade, servidão são exemplos de conceitos com os quais o indivíduo que se propõe a operar o direito deve lidar cotidianamente.

O que se precisa saber, porque fundamental para a resolução de inúmeros problemas que surgem na pragmática jurídica, é o tipo de conceito com qual se está a trabalhar; se universal, válido para todo e qualquer ordenamento jurídico, independentemente da época, ou particular, utilizado por um determinado sistema de direito positivo em dado momento de sua história.

Nesse passo, a precisa construção da noção acerca de conceitos lógico-jurídicos e de conceitos jurídico-positivos é fundamental para o estudo da Teoria Geral do Direito e para a construção de outras teorias ditas gerais, a exemplo da Teoria Geral do Processo. Eis o propósito deste pequeno artigo, sem, obviamente, descer a minúcias relacionadas aos institutos cujos conceitos se enquadrem na classe dos lógico-jurídicos ou dos jurídico-positivos.

## 2. OS CONCEITOS JURÍDICO-POSITIVOS E OS CONCEITOS LÓGICO-JURÍDICOS

O estudo e a identificação de conceitos utilizados tanto pelo direito positivo como pela ciência do direito perpassa, necessariamente, pelo exame de processos de elaboração do conhecimento. É indissociável, nesse mister, a análise de dois métodos: o empirismo e o racionalismo<sup>2</sup>.

1. Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes. 2003, p. 164.
2. Cumpre registrar que José de Albuquerque Rocha, discorrendo sobre os métodos de construção do conhecimento científico, focado no estudo da Teoria Geral do Processo, alude a uma terceira corrente que “tem em Habermas um de seus expoentes. Para o filósofo alemão, as correntes empiristas e racionalistas caracterizam-se por entender o conhecimento como produto de relação entre um sujeito e um objeto. Esse entendimento não estaria totalmente errado. Seria inaceitável se tentasse explicar o conhecimento como uma relação objeto x objeto. Não obstante isso, a afirmação da relação sujeito x objeto é só parcialmente correta. A atividade cognitiva engloba

A idéia “conceito”, em apertada síntese, pode ser definida como a forma de pensamento acerca de determinado objeto, extraída do conjunto de suas características essenciais e comuns e com o qual se constrói o seu significado<sup>3-4</sup>, de sorte a ser utilizado durante toda a investigação científica ou apenas até certo momento dela, a depender do resultado da verificação científica desses conceitos. Para Edvaldo Brito, conceito é “*uma unidade formal que reúne a multiplicidade dos fenômenos segundo vínculos que guardam entre si e a importância de concebê-lo está em que o saber científico é por sua natureza sistemático e um sistema somente é possível mediante ‘conceitos’*”<sup>5</sup>.

Os conceitos jurídicos, segundo Juan Manuel Teran<sup>6</sup>, são extraídos a partir da essência do objeto, entendida essência como “*o atributo sem o qual a coisa perderia a sua especificidade*”<sup>7</sup>. É, portanto, segundo o estudo dessa essência que se pode determinar o conceito de algum instituto jurídico.

Na construção desses conceitos, é necessário recorrer-se, como dito, ou ao método empírico ou ao método racionalista; o tipo de conceito e sua utilidade variarão de acordo com o método necessário à sua construção.

Far-se-á este corte epistemológico apenas para o campo do direito, conquanto as premissas aqui levadas em consideração não se confinem ao campo jurídico, espalhando-se por outros campos da filosofia<sup>8</sup>.

---

também relação entre sujeitos mediada pela linguagem, que pressupõe uma comunidade de sujeitos em interação comunicativa. Essa nova forma de conceber a produção do conhecimento é o que se chama de paradigma lingüístico-pragmático, porque põe em evidência o fato de que o conhecimento da realidade é lingüisticamente mediado, já que a linguagem é o único canal de acesso do ser humano à realidade”. (ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20-21).

3. Cf. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 171.
4. “O conceito dispensa o cérebro humano dessa acumulação de imagens concretas de objetos isolados. Sendo a *generalização das características* essenciais comuns a uma massa de objetos, permite-nos conhecer o aspecto fundamental desses objetos, sem recorrer ao estudo de cada um isoladamente. A utilidade do conceito provém justamente da possibilidade de aplicação dessas características essenciais a qualquer realidade histórica”. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20.
5. “O Conceito Atual de Tributo”. In: **Revista de Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, centro editorial e didático da UFBA, 1991, n. 1, p. 30. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 27.
6. **Filosofía del derecho**. 7.ª ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 79. tradução do autor: “La definición del concepto del derecho es consecuencia del análisis de su esencia, entendiendo por esencia el concepto fundamental de un objeto”.
7. BORGES, José Souto Maior. **Direito comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24.
8. Tal advertência nos faz Juan Manuel Teran. **Filosofía del derecho**. 7.ª ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 86.

## 2.1. Conceitos jurídico-positivos

Empirismo é um método de investigação que necessariamente implica análise da realidade do objeto estudado para que os conceitos sejam extraídos. Exige-se, por conseguinte, a experiência para que possa ser construído. É percebido através dos sentidos do investigador, dirigidos a um objeto determinado, segundo se apresenta em uma certa unidade de tempo e espaço<sup>9</sup>.

Desse modo, caso se tenha de recorrer ao método empírico, o conceito de determinado objeto só poderá ser extraído, elaborado a partir da análise de determinada realidade histórica e espacial. O conceito vincula-se, por conseguinte, a esse dado de referência, de sorte que, cambiado este, pode perder sua identidade e utilidade.

No que tange ao conhecimento jurídico, tal método de construção dos conceitos exige do sujeito o exame de determinado direito positivo, vigente em um dado sistema e em certo momento histórico, razão pela qual somente ali terão pretensão de validade<sup>10</sup>; não servirão para o estudo de certos institutos jurídicos ao longo da história do direito ou em outros sistemas jurídicos. A essa categoria de conceitos jurídicos é dada a denominação de *conceitos jurídico-positivos*.

Têm esse nome por serem conceitos construídos pelo direito positivo ou partir dele. De rigor, é à mercê da experiência, do exame da realidade jurídica posta em um dado espaço e tempo que esse tipo de conceito é desenvolvido. O ordenamento jurídico de um determinado país, em um dado momento histórico é o manancial de elementos a serem utilizados na experiência realizada no método empírico.

Assim, os conceitos jurídico-positivos utilizados por nós, brasileiros, são extraídos a partir da nossa realidade, ou seja, do direito positivo brasileiro e, por essa razão, a princípio, só têm aptidão para valer dentro desse sistema de referência. São resultados da experiência (estudo do ordenamento jurídico ora vigente) brasileira.

Consideram-se, portanto, conceitos *a posteriori*<sup>11</sup>, empíricos, delineados por e apenas após a análise dos princípios, regras, normas de determinado direito positivo; percebem-se, pois, por meio dos sentidos e, por isso, constituem-se no

9. Sobre o empirismo e sua aplicação no Direito, vide REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-93.

10. “Os conceitos assim obtidos estão sempre relacionados com o direito positivo do qual são extraídos. Resultado disso é que esses conceitos têm sua validade restrita à realidade da qual foram extraídos.” ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20.

11. “...es decir, se obtienen una vez que se tiene la experiencia del derecho positivo, de cuya compensión se trata...” (TERAN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 7.<sup>a</sup> ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 83).

campo da experiência; variarão de acordo com cada ordenamento jurídico. Como ensina Juan Manuel Teran<sup>12</sup>:

... todos os conceitos jurídico-positivos, só são aplicáveis a uma esfera de validade determinada quanto ao espaço e determinada quanto ao tempo em sentido histórico (...) (o)u seja, a validade de um conceito jurídico-positivo está sujeita à vigência do direito mesmo em que se apóia.

Classificam-se como conceitos jurídico-positivos: obrigação, contrato (e, conseqüentemente, todas as suas espécies), títulos de créditos, cada um dos tipos penais (não o conceito de tipicidade), lançamento tributário, tributo, sentença, recurso, as modalidades de intervenção de terceiros etc.

Só se pode conceituar recurso, por exemplo, a partir da experiência, do exame de certo direito positivo, de modo que o conceito a partir daí elaborado só poderá valer para o sistema jurídico positivo tomado como referência: o conceito de recurso no direito brasileiro<sup>13</sup> pode ser absolutamente imprestável para o direito italiano, espanhol, suíço, norte-americano, guatemalteco etc. Isto por uma razão simples: os ordenamentos jurídicos destes países podem trazer um elemento que caracterize o recurso, por exemplo, como uma ação autônoma de impugnação, o que torna o conceito jurídico vigente aqui absolutamente inconciliável.

O mesmo se diga do conceito de sentença, modificado, sobretudo, pela recente reforma, especificamente a engendrada pela lei federal n.º 11.232/05. Antes desta lei, o § 1.º do art. 162, do Código de Processo Civil, dizia que “[s]entença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”; este já não era o preciso conceito jurídico-positivo de sentença, eis que, em função da possibilidade de se impugnar a sentença através do recurso de apelação, o juiz singular não necessariamente poria termo ao processo desse ato judicial; o recurso manteria a lide pendente. A mencionada lei veio a alterar o dispositivo transcrito, para conceituar a sentença como “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei”; continuou, contudo, o dispositivo do Código de Processo Civil a não expressar o conceito jurídico-positivo de sentença, pois a decisão do juiz tomada com espeque no § 6.º do art. 273 daquela codificação implica alguma das situações previstas no citado art. 269 mas, nem por isso, pode ser considerada sentença.

12. **Filosofia del derecho**. 7.ª ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 81. tradução do autor: “... todos los conceptos jurídico-positivos, solo son aplicables a una esfera de validez determinada em cuanto al espacio y determinada em cuanto al tiempo em sentido histórico (...) O sea, la validez de un conceptos jurídico-positivo está sujeta a la vigencia del derecho mismo em que se apoya”.

13. “Remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol V. 11ª rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 233).

Calha esclarecer, a propósito, que conceito jurídico-positivo não pode ser entendido como conceito legal, delimitado e dado expressamente pelo texto de lei. Afirmar que um instituto jurídico tem conceito jurídico-positivo não importa dizer inexoravelmente que o legislador tenha se encarregado de dedicar um texto legal para dar de modo cerrado o conceito do instituto. Amiúde, quando o legislador se preocupa em enunciar o conceito de determinado instituto jurídico empreende uma tarefa delicada, pois a incongruência dessa descrição com um aspecto de seu regime jurídico – tocante a seus pressupostos, elementos de sua estrutura ou a condições de eficácia – já derrui a utilidade do conceito. Cumpre à doutrina construir tais conceitos.

Reputar da classe dos jurídico-positivos um conceito jurídico, nesse diapasão, equivale a dizer que ele deve ser resultado da análise do direito positivo, do conjunto de regras e princípios que lhes são aplicáveis; investigação esta que deve começar a partir da norma mais importante do ordenamento, a Constituição.

Assim, por exemplo, ocorre com o conceito de tributo. O Código Tributário Nacional, em seu art. 3.º, traz uma definição de tributo, como “*toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”. Sucede que esse conceito “legal” hoje já não serve mais, por motivos cuja exposição não cabe nos limites deste trabalho. Cumpre trazer a lume, entretantes, o comentário de Geraldo Ataliba, que, após, assinalar que “[c]onstrói-se o conceito jurídico-positivo de tributo pela observação e análise das normas jurídicas constitucionais”<sup>14</sup>, pontua<sup>15</sup>:

O conceito de tributo é nitidamente um conceito jurídico-positivo. Há de ser formulado, hoje, de modo diverso, relativamente ao passado. Sofreu evolução. Pode modificar-se e até desaparecer. Aquele, aqui vigente, pode não ser extensível a todos os sistemas atuais. Sua compreensão é maior ou menor aqui e alhures. Como todo conceito jurídico-positivo, é mutável, por reforma constitucional.

Por outro lado, essas assertivas não podem levar à equivocada idéia de que nenhuma regra ou conceito de lógica é tomado em consideração na elaboração do conceito jurídico-positivo. Sempre haverá conceitos lógicos a reger a estrutura deste, os quais não são conceitos estritamente jurídicos<sup>16</sup>.

14. **Hipótese de incidência tributária**. 6ªed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33.

15. **Hipótese de incidência tributária**. 6ªed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

16. Cf. TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 7.ª ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 81. “Os conceitos lógicos que regem a estrutura do direito e a dos conceitos jurídico-positivos não são estritamente conceitos jurídicos”. Tradução do autor: “Los conceptos lógicos que rigen la estructura del derecho y la de los conceptos jurídico-positivos no son estrictamente conceptos jurídicos”.

Noutro giro verbal, pode-se dizer, como o faz José Souto Maior Borges,<sup>17</sup> sem receio de se cometer uma impropriedade, que tais conceitos “*resultam do delineamento de uma situação normativamente regrada, objetivando fixar o campo de aplicação de um complexo de normas, passíveis de se constituírem em unidade de compreensão dos seus efeitos jurídicos*”.

Os conceitos jurídicos que decorrem da experiência normativa, portanto, são chamados de conceitos jurídico-positivos.

## 2.2. Conceitos lógico-jurídicos

Em contraparte, a ciência em geral contempla conceitos dedutíveis a partir da razão, de idéias pré-concebidas acerca de determinado objeto. Idéias essas oriundas da lógica formal, da lógica pura.

Tais conceitos não decorrem de qualquer investigação do sujeito acerca do objeto estudado; não há uma análise, não há a percepção pelos sentidos de suas características. O instrumento para se construir tal conceito – e, por essa razão, seu fundamento – é o pensamento. Prescinde-se, pois, da realização da experiência para que se tenha tal conceito. O sujeito cognoscente dispensa a análise de dados concretos para a construção do conceito desse tipo.

São chamados de conceitos lógicos. Como bem ensina José de Albuquerque Rocha<sup>18</sup>, “*não é a realidade que vai servir de base para sua própria explicação, mas é a razão que nos dá a explicação dos fatos, ou seja, é o que demonstra a razão que vai explicar os fatos*”.

No campo do direito, a partir deste método é que são construídos os *conceitos lógico-jurídicos*. Estes são conceitos obtidos *a priori*<sup>19</sup>, com pretensão de validade constante e permanente, independentemente do exame de determinado direito positivo.

Para Juan Manuel Teran<sup>20</sup>, “*quando se formula um conceito lógico que serve de base para a conceituação jurídica positiva, essa noção se formula com pretensão*

17. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 95.

18. ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20.

19. “...es decir, con validez constante y permanente, independiente de las variaciones del derecho positivo.” (TERAN, Juan Manuel. **Filosofía del derecho**. 7.ª ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 83).

20. **Filosofía del derecho**. 7.ª ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 81. tradução do autor: “cuando se formula un concepto lógico que sirve de base para la concepción jurídica positiva, esa noción se formula con pretensión de validez universal”.

*de validez universal*”; ou seja, quer se trate do ordenamento jurídico do país A ou do país B, há de se aplicar esse mesmo conceito jurídico.

Prescindem da experiência e têm validade *antes* dela – não necessariamente no sentido cronológico, mas no que tange à independência, pois não são submetidas às condições concretas da experiência<sup>21</sup>, às idiosincrasias do direito positivo de cada país.

Correspondem a considerações de ordem lógica; não a lógica geral – do ser – lógica meramente formal, mas a lógica jurídica, aquela baseada no dever-ser, estabelecida com base em premissas jurídicas, como bem adverte José Souto Maior Borges<sup>22</sup>.

A simples lógica formal não seria capaz de fornecer ao sujeito subsídios suficientes para o delineamento desses conceitos. Talvez para a construção de conceitos aplicáveis a outros ramos do conhecimento humano sim; aos jurídicos, não. Sempre haverá a necessidade de se recorrer à lógica deontica para a apreensão, por exemplo, do conceito de sentidos (i.e. modais) do dever-ser (permitido, proibido, obrigatório).

Além dos modais deonticos, as noções de hipótese normativa e consequência na proposição jurídica, direito subjetivo, direito potestativo, norma jurídica, incidência<sup>23</sup>, fato jurídico, validade, eficácia, situação jurídica, relação jurídica, sujeito de direito, objeto de direito, dever jurídico, prestação, tipo, forma, legitimidade etc. pertencem à categoria dos conceitos lógico-jurídicos, que não exigem a experiência e são oriundos da lógica.

21. Cf. TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 7.ª ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 86.

22. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p 94-5. Sobre lógica jurídica, ver VILANOVA, Lourival. “Lógica jurídica”. In **Escritos jurídicos e filosóficos**. volume 2. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003, p. 157-201.

23. A respeito da incidência, José Souto Maior Borges faz um importante registro: “A incidência reveste uma peculiaridade que a distingue dos outros conceitos jurídicos fundamentais. Porque ela não é categoria de direito positivo, senão um puro fenômeno, mostra-se insusceptível de apropriação por uma província especializada do jurídico, como se fora privativa dela, ao contrário do que geralmente pretende a doutrina do direito tributário. ‘Incidência tributária’ estudada como algo distinto da incidência noutras províncias de especialização jurídica. Não é a incidência suscetível de destacar-se, na sua generalidade e abstração formal, como característica específica de certas normas jurídicas, com exclusão de outras. (...) Em qualquer campo do direito, a incidência formalmente é uma só. Aí onde se alojem as normas jurídicas está o incidir como um atributo sem o qual a própria norma jurídica se descaracterizaria, pela sua inefetividade. Em suma: a incidência não é uma categoria jurídica distinta da norma – é a sua essência. Nesse sentido, a afirmação de que a norma incide tem algo de pleonástico. A norma é em si mesma indissociável de sua incidência atual ou futura.” (**Direito comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 26).

Os conceitos lógico-jurídicos constituem-se pressupostos fundamentais para a ciência jurídica<sup>24-25</sup>. Estes conceitos fazem parte do conteúdo da ciência do direito justamente porque são utilizados em todos os campos do direito.

É inegável, v.g., que o *conceito* de relação jurídica no direito civil não difere do *conceito* de relação jurídica para o direito tributário, assim com o *conceito* em ambos os casos não difere, ainda, para o direito processual<sup>26</sup>. Tanto para este como para aqueles, a relação jurídica sempre será um vínculo que une dois ou mais sujeitos em torno de uma prestação (direito subjetivo) ou de um poder jurídico (direito potestativo), como resultado de um fato jurídico – cujo conceito também é universal, atemporal. O mesmo se diga a respeito do conceito de norma jurídica.

A invalidade é, outrossim, um conceito lógico jurídico, aplicável a todos os ramos do direito: civil, administrativo, processual etc. A forma pela qual cada ramo disciplina as nulidades, contudo, varia. O regime jurídico das invalidades processuais não é rigorosamente o mesmo que aquele previsto para as invalidades do direito civil; e ambos, ainda, não coincidem com o regime jurídico das invalidades do ato administrativo. De rigor, o regime jurídico, com o perdão do truismo, é determinado de modo absoluto pelo direito positivo.

É tarefa da Ciência do Direito trabalhar com esses conceitos gerais, com pretensão de, a partir deles, resolver problemas dos quais se ocupa.

Importam especificamente para a Teoria Geral do Direito, cujo conteúdo é formado, exatamente, pelos conceitos fundamentais de validade universal e permanente: os conceitos lógico-jurídicos.

São conceitos formais porque nada adiantam, nada informam sobre o conteúdo concreto da norma jurídica que deles trata; são universais e absolutos, dispensam a análise dos conteúdos dados por cada ramo do direito<sup>27</sup>.

24. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p 94.

25. Convém mencionar a crítica feita por Pontes de Miranda à idéia de ciência jurídica cujo conteúdo seja formado prevalentemente por conceitos jurídicos: “A Ciência jurídica não pode limitar-se à precipitação das regras de direito em conceitos jurídicos (*Präzipitierung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen*), como parece queria Rulph von Ihering, ou à volatilização da matéria dada, em conceitos (*Verflüchtigung des gegebenen Rohstoffes zu Begriffen*). Não pode mais a ciência conformar-se com a ineficaz e vaga missão de formar conceitos, que lhe dava Windscheid, como se os criar fosse a maior empresa, que se lhe pudesse cometer.

Aliás, não é em conceitos que consiste a ciência jurídica, como querem outros: o que ela tem por fito é a norma, mas o seu método deve ser o das outras ciências, os seus processos, os mesmos; estuda relações e induz”. (cf. **Sistema de ciência positiva do direito: crítica da explicação e da elaboração do direito**. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2000, p. 105).

26. Os grifos na expressão “conceito” não são despropositados. Objetivam evitar a conclusão de que se estaria afirmando a identidade entre regimes jurídicos para cada um desses tipos de relação jurídica.

27. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p 95.



Assim, por exemplo, o conceito de sujeito de direito (“o que é”, “o que significa”) não dá ao indivíduo, de *per si*, a informação de *quem seja* sujeito de direito, i.e., daqueles que podem ser titulares de situações jurídicas ativas ou passivas. De igual sorte, o conhecimento “do que é” hipótese normativa ou consequência jurídica não implica em se saber nada além do mero conceito.

Não se precisa examinar nenhum texto de direito positivo de qualquer país para se saber “o que é” uma norma jurídica ou “o que é” uma relação jurídica. Os conceitos de tais institutos são universais, e valem tanto no Brasil, como na Argentina, Paraguai, EUA, Espanha, França, Itália, Inglaterra, Japão etc.

Ressalte-se, por oportuno, todavia, que tal dissociação confina-se ao conceito. Assim, não se nega, por exemplo, que os sujeitos de direito no direito positivo brasileiro de hoje não são os mesmos que a dois séculos atrás. Com efeito, identificar quem são os sujeitos de direito é tarefa que exige o exame do direito positivo, de regime jurídico. Entretanto, o “conceito” de sujeito de direito, como o ente apto a titularizar relações/situações jurídicas ativas e passivas, é atemporal e o mesmo desde que lógica passou a ser aplicada ao Direito, na construção de uma Teoria Geral.

Os conceitos lógico-jurídicos, portanto, conforme salienta José Souto Maior Borges<sup>28</sup>, têm como características serem extra-sistêmicos, extrapositivos, extradogmáticos e extraempíricos.

Extra-sistêmicos porque não pertencem a nenhum sistema, não estão vinculados às premissas extraídas por nenhum conjunto ordenado de normas, dotado de unicidade e estrutura funcional, pertencente a um dado país. São extrapositivos e extradogmáticos porque independem do texto de direito positivo. Valem tal qual no sistema jurídico positivo brasileiro, ou de qualquer outro país, hoje e sempre, não apenas para um determinado “ramo” do direito, mas para este como um todo. Não dependem da análise do direito positivo, das normas que compõem este, pois prescindem em absoluto de qualquer experiência sensorial; daí porque extraempíricos.

Em conclusão, Juan Manuel Teran<sup>29</sup>:

...um é o plano dos conceitos jurídico-positivos e outro o plano das noções ou fundamentos lógico-jurídicas. Os conceitos jurídico positivos têm um ângulo equivalente ao da positividade do direito concreto que os tem compreendido e implantado, enquanto que os fundamentos lógicos pretendem ter uma validade

28. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Direito comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p 27.

29. **Filosofía del derecho**. 7.<sup>a</sup> ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 82. tradução do autor: “...uno es el plano de los conceptos jurídico-positivos y outro el plano de las nociones o fundamentos lógico-jurídicas. Los conceptos jurídico positivos tienen un ángulo equivalente al de la positividad del derecho concreto que los ha comprendido e implantado, en tanto que los fundamentos lógicos pretenden tener una validez común y universal para todo sistema jurídico y, por lo tanto, para toda concepción jurídica”.

comum e universal para todo sistema jurídico e, por tanto, para toda conceitualização jurídica.

Com essas considerações, chega-se à definição de categorias. Estas seriam conceitos sob os quais se ordenam uma série de idéias, noções e conceitos; noutros termos, toda categoria é um conceito básico, enquanto compreende outros conceitos, de modo subordinativo ou derivativo<sup>30</sup>.

Categoria é, pois, um conceito fundamental. As categorias “jurídicas” constituem-se, nesse passo, conceitos jurídicos fundamentais aplicados ao conhecimento jurídico, a toda a esfera jurídica, não apenas a um ramo do direito<sup>31-32</sup>.

A Teoria Geral do Direito, calha registrar, é composta por inúmeras categorias jurídicas, as quais, por serem lógico-jurídicas, apresentam validade em qualquer espaço-tempo<sup>33</sup>. Por esse motivo,

As construções de Teoria Geral do Direito não se vinculam a este ou àquele direito positivo determinado. Esta, por um corte metodológico no dado jurídico, constrói o dever como categoria puramente formal, prescindindo, consequentemente, de qualquer investigação de conteúdo normativo<sup>34</sup>.

Quando a fenomenologia jurídica assume o estudo dos conceitos jurídicos fundamentais, como o de relação jurídica, sujeito de direito, personalidade jurídica, dever jurídico, ocupa espaço que é da teoria geral do direito. (...). Os conceitos jurídicos fundamentais são conceitos formais, no sentido de que prescindem dos conteúdos que lhes são conferidos pelas províncias do direito. (...). As categorias de teoria geral vigoram em qualquer espaço-tempo<sup>35</sup>.

O conteúdo da Teoria Geral do Direito, portanto, é composto desses conceitos universais. Na mesma linha, Machado Neto<sup>36</sup>:

De fato, uma Teoria Geral do Direito, exatamente por ser geral, não saberá responder com quantos anos se inicia a maioridade. Essa é uma questão que somente poderá ser respondida pela ciência jurídica aplicada a cada um dos ordenamentos jurídicos nacionais.

30. Cf. TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 7.<sup>a</sup> ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 87.

31. Cf. TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 7.<sup>a</sup> ed. Mexico: Porrúa, 1977, p. 87.

32. Não se nega, contudo, a existência de categorias de direito positivo, ou categorias jurídico-positivas, como sendo aquele conceito fundamental obtido necessariamente através do exame do direito positivo, com validade, portanto, transitória e específica, subordinada àquele sistema jurídico de referência. São chamadas de categorias dogmáticas. Assim, v.g., categoria dever jurídico é uma categoria de teoria geral, ao passo em que a categoria de obrigação, é uma categoria dogmática.

33. Cf. BORGES, José Souto Maior. **Direito comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p 25.

34. BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária (uma introdução metodológica)**. 2.<sup>a</sup> ed.. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 38.

35. BORGES, José Souto Maior. **Direito comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p 25-6.

36. MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 6-7 (sic).

O campo da Teoria Geral do Direito não é esse, mas aqueloutro muito mais genérico que consiste em precisar os conceitos gerais – relação jurídica, direito objetivo, sujeito ativo, sujeito passivo, prestação, ilícito, sanção etc. – sem os quais o jurista não pode lograr a realização do seu mister intelectual; sem os quais o jurista não pode responder rigorosamente ao *quid juris*.

Epistemologia jurídica é, pois, o que terá de ser, fatalmente.

Tal como o estudo da causalidade não se situa no campo da física, nem o da dedução no campo das matemáticas, também, o estudo da relação jurídica não se situa em qualquer dos ramos da ciência jurídica. Todos esses são estudos de epistemologia, com serem estudos de pressupostos das diversas ciências.

(...)

E o que o se passa com o conceito de relação jurídica passa-se igualmente com todos os conceitos jurídicos fundamentais, objeto da Teoria Geral do Direito. E se eles não pertencem em particular a qualquer dos ramos do direito, mas em todos são utilizados com um dado prévio, definido e trabalhado pela Teoria Geral do Direito, é que são os pressupostos da ciência jurídica; e a incumbência de traçá-los não pode caber à ciência – científica – mas à epistemologia, à teoria da ciência.

Aliás, as Teorias verdadeiramente gerais<sup>37</sup> são (ou, pelo menos, devem ser) compostas de conceitos lógico-jurídicos e daí porque a importância de saber identificá-los e extremá-los de conceitos de outros jaezes e, por conseguinte, sem a mesma relevância científica.

Se determinada teoria se propõe a ser aplicada a qualquer ramo do direito, deve ser composta por elementos cujos conceitos dispensam o exame de normas jurídicas postas; são sempre *a priori*. Assim ocorre, pois, com a Teoria Geral do Direito e com a Teoria Geral do Processo. Se o conteúdo de tais construções quedarem à deriva de contingências do direito positivo, os respectivos valor e importância são esvaziados.

Eis, portanto, o campo de atuação dos conceitos lógico-jurídicos.

### 3. PALAVRAS FINAIS

Nessa ordem de idéias, convém asseverar, em arremate, que, de rigor, o jurista labora cotidianamente com duas classes de conceitos jurídicos. Uma, resultado de um método empírico de investigação, requer necessariamente a percepção

37. Não se podia deixar passar *in albis* o arguto pensamento de Lourival Vilanova a respeito do caráter geral de toda e qualquer verdadeira teoria: “Mas parece supérfluo o aditamento contido no termo geral, visto que, se tal doutrina é ciência, como ciência há de ser generalizante. Se se mantém o postulado de que a ciência chega até onde é possível generalização, o denominar ciência geral é uma explicitação pleonástica só permitida por ênfase de análise”. (VILANOVA, Lourival. “O Problema do objeto da teoria geral do Estado”. *Escritos jurídicos e filosóficos*. Vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi: IBET, 2003, p. 89).

sensorial do objeto, *in casu*, do direito positivo, condicionando a utilidade do conceito a este ponto de referência (ordenamento jurídico), limitado no tempo e espaço. Estes são os conceitos jurídico-positivos, pois frutos do direito positivo, obtidos posteriormente ao exame deste.

De outra parte, há os conceitos jurídicos derivados da lógica jurídica, obtidos através do método racionalista. Conceitos que não estão jungidos a nenhum sistema jurídico em particular. São conceitos fundamentais, integrantes da Teoria Geral do Direito, aplicados invariavelmente a qualquer ramo do direito, sejam quais forem os referenciais de território ou de momento histórico. Daí serem denominados de conceitos lógico-jurídicos.

Saber bem estremar uma classe de outra se mostra crucial para conhecer quais os institutos albergam conceitos permanentes, invariáveis quer se estejam a ser estudados, por exemplo, em direito civil, quer se estejam a ser examinados em direito tributário e, a partir daí, identificar as construções doutrinárias aplicáveis e, sobretudo, os elementos que compõem o objeto mesmo da Teoria Geral do Direito.

Em contrapartida, identificados os conceitos jurídico-positivos, delimitam-se, também, portanto, aqueles cujo conteúdo variará ao sabor do direito positivo. Os institutos a que se referem estes conceitos têm sua configuração jurídica ditada segundo as normas jurídicas vigentes em um ordenamento.

Não é despidendo pontuar que esta percepção se revela de grande valia, também, no estudo de doutrina estrangeira sobre os institutos jurídicos, ao se fazer um juízo de pertinência a respeito da aplicação de uma tese desenvolvida a partir de um outro sistema jurídico de referência. Ao se pretender aplicar aqui um pensamento teórico desenvolvido em derredor de instituto cujo conceito enquadra-se na classe dos lógico-jurídicos, ao operador é dispensável proceder com demasiada cautela, eis que, mercê dos enunciados estabelecidos pela lógica jurídica, a conceituação do objeto terá inteira coincidência com aqui vigente.

De outra banda, caso se esteja diante de um conceito jurídico-positivo, esta “importação” de construção doutrinária há de ser feita com atenção redobrada e, máxime, com a conferência, *pari passu*, em nosso direito positivo, das premissas e enunciados advindos do estrangeiro, sob pena de se confiarem as nossas esperanças “*na neve que cai em nosso inverno rigoroso, e que, certamente, aniquilará os inimigos*”<sup>38</sup>.

38. Alude aqui o autor a uma metáfora ouvida em aula de pós-graduação a respeito dos perigos em se pôr para o direito brasileiro soluções criadas pela doutrina estrangeira, segundo as peculiaridades do direito positivo do país de origem.

#### 4. BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BORGES, José Souto Maior. **Direito comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Lançamento tributário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Obrigação tributária (uma introdução metodológica)**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- \_\_\_\_\_. “O Conceito Atual de Tributo”. In: **Revista de Mestrados em Direito Econômico da UFBA**, Salvador, centro editorial e didático da UFBA, 1991, n. 1.
- MACHADO NETO, Antônio Luiz. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito: crítica da explicação e da elaboração do direito**. Tomo 2. Campinas: Bookseller, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol V. 11ª rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003,
- REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2005.
- TERAN, Juan Manuel. **Filosofia del derecho**. 7ª ed. Mexico: Porrúa, 1977.
- VILANOVA, Lourival. “Lógica jurídica”. In **Escritos jurídicos e filosóficos**. volume 2. São Paulo: Axis Mundi: IBET, 2003, p. 157-201.
- \_\_\_\_\_. “O Problema do objeto da teoria geral do Estado”. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 1. São Paulo: Axis Mvndi: IBET, 2003, p. 79-259.

## VII

# O DIREITO ADMINISTRATIVO, OS ATOS DE GOVERNO E OS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO NEOCONSTITUCIONALISMO

*Kaline Ferreira Davi*

Concluinte da Especialização em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA; Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e Advogada da União.

**RESUMO:** Através deste artigo pretendemos iniciar uma discussão sobre a essência dos atos de governo, para que ele se torne mais permeável ao direito, o que refletirá no controle das políticas públicas concretizadoras dos direitos sociais.

**ABSTRACT:** Our purpose through this article is to initialize a discussion on the essence of the government acts, so that it may become more

permeable to the law, which shall reflect upon the control of the public policies that implement social rights.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atos de Governo; Direitos Sociais; Controle; Discricionariedade administrativa.

**KEYWORDS:** Governments acts; Social Rights; Control of the public policies.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Crise do paradigma da vinculação à Lei; 3. O Princípio e a filtragem constitucional como justificativa para a derrocada do legalismo administrativo; 4. Os atos de Governo, sua natureza, regulamentação e controle; 5. Os Direitos Sociais e sua força normativa; 6. Posição do STF em relação ao controle dos atos de alta densidade política; 7. Conclusão; 8. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Com a transformação política do nosso País que passou de Estado Liberal para Estado Social e agora para Estado Regulador, as funções estatais aumentaram demasiadamente, tínhamos um aparato estatal compatível com uma política estruturada para a omissão, abstenção do Estado em prol das liberdades individuais; e passamos a ter um Estado ativo, interventivo, prestacional e por último policêntrico, com a pulverização do poder estatal entre as agências reguladoras independentes.

Nesse momento de intensificação da atividade estatal é que surgem as políticas públicas, que se concretizam por meio de ações positivas do Estado.<sup>1</sup> Pode se chegar até a afirmar que um dos *fundamentos das políticas públicas é a existência de direitos sociais*.

São elas, as políticas públicas, responsáveis pela *harmonização das atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinadas*.<sup>2</sup> Sobre essas políticas ainda não se tem unanimidade na doutrina sobre a sua regulamentação, se deveriam ser reguladas pelo Direito Administrativo ou se deveriam ser objeto do Direito Constitucional.

O que observamos é que as políticas públicas envolvem uma série de atos do Executivo, do Legislativo e de entes privados. No tocante as ações do Executivo, ora ele pratica atos de governo com alto grau de decisão política – fixando metas ou apontando diretrizes – e ora ele age instrumentalmente, praticando atos meramente administrativos de concreção das metas fixadas.

Nesse caso, concluímos que as políticas públicas são incompatíveis com o direito administrativo de outrora que se respaldava em paradigmas ultrapassados, conforme demonstra lucidamente Gustavo Binenbojm<sup>3</sup>, listando os quatro paradigmas do Direito Administrativo em xeque na atualidade: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a vinculação positiva à lei como submissão total do agir administrativo à vontade do legislador; a impossibilidade de revisão judicial do mérito administrativo; e, por fim, a centralização e hierarquia única do Poder Executivo.

## 2. CRISE DO PARADIGMA DA VINCULAÇÃO À LEI

Com base nessas necessárias transformações e atualizações do direito administrativo, concluímos que as políticas públicas, embora se constituam de atos meramente administrativos e de atos de governo - de cunho preponderantemente político - oriundos dos dois poderes Legislativo e Executivo, é ao Executivo que cabe a tarefa mais importante, que é a idealização do programa ou plano de ação para a concretização das finalidades pretendidas. É no Executivo que é gerada estrategicamente a política pública, portanto, embora esteja a Administração,

1. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Revista Trimestral de Direito Público*. As políticas Públicas e o Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, n. 13, p. 135/144, 1996. p.135
2. Op. Cit. p. 136
3. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006. 23/24

nessa função específica, investida de responsabilidade constitucional, isso não é o bastante para descaracterizar esses atos preponderantemente políticos, de espécie do gênero ato administrativo<sup>4</sup>. Observem, que um dos paradigmas a serem ultrapassados pelo novo direito administrativo é a idéia de positivação à lei como submissão total do agir administrativo, admitindo-se que a Administração pode agir subordinada diretamente à Constituição, mesmo que isso implique até em descumprimento do texto normativo infra-constitucional.

Surge a idéia de juridicidade administrativa, alterando-se o foco das atenções, que passa a não incidir mais na lei e sim na Constituição. Isso quer dizer que a atividade administrativa só se respaldará na lei se esta for constitucional; mas, poderá também a Administração se fundamentar diretamente na Constituição, ou até contrariar a lei através de uma ponderação do princípio da legalidade com outros princípios, o que é perfeitamente viável, uma vez que nenhum princípio é absoluto, sendo todos, inclusive o da legalidade, passível de ponderação quando entra em choque com outros princípios.<sup>5</sup>

Partindo dessa idéia de vinculação do agir administrativo vinculado à constituição, coloca-se em xeque a justificativa de que os atos políticos não pertencem ao objeto do direito administrativo, simplesmente porque, nesse caso, o Administrador não age de acordo com a lei, mas sim em conformidade com a Constituição. Acatar tal desculpa seria admitir que o Direito Administrativo privilegia muito mais os atos normativos infra-constitucionais do que as próprias normas constitucionais, movimento inverso a todo processo contemporâneo do neoconstitucionalismo.

### 3. O PRINCIPALISMO E A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL COMO JUSTIFICATIVA PARA A DERROCADA DO LEGALISMO ADMINISTRATIVO

Estamos num século em que a dogmática brasileira sofreu impacto do que alguns chamam de pós-positivismo ou principalismo. Caracteriza-se pelo esforço

4. “Negamos a existência de ato político como entidade autônoma. O que existe é sempre ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado de fundamento político. O impropriamente chamado ato político não passa de um ato de governo praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os poderes do Estado. A lei é um ato legislativo com fundamento político; o veto é um ato executivo com fundamento político a suspensão condicional da pena é um ato judiciário com fundamento político. Daí a existência de uma política legislativa, de uma política judiciária.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 45.
5. A idéia de juridicidade administrativa como substitutiva da legalidade administrativa foi esposada por Gustavo Binebojm, que com maestria assim afirmou “[...] A constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo uma *verdadeira osmose entre a constituição e a lei*. Pode-se assim dizer com Canotilho, que abre caminho para uma *legalidade sem lei*.” Op. Cit. p. 131 .



de se ultrapassar o legalismo estrito que rejeitou o jusnaturalismo e às categorias metafísicas. Esse movimento de oposição ao positivismo normativista deu ensejo a normatividade dos princípios; definição de sua relação com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e principalmente o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.<sup>6</sup>

Todas as legislações do ordenamento jurídico passaram a ter como parâmetro de legitimidade a constituição, o que Luís Roberto Barroso chama de filtragem constitucional e que Tércio Ferraz chama de força neutralizadora<sup>7</sup>. É o fenômeno através do qual todas as leis do ordenamento jurídico são vistas sob a ótica dos princípios constitucionais, e o Direito Administrativo não poderia ficar à margem desse fenômeno.

Cabe neste ponto, já que mencionamos os princípios constitucionais como formadores desse filtro constitucional, fazermos uma breve análise do que pode ser considerado como princípio.

Para Dworkin<sup>8</sup>, a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica. Ambos são conjuntos de normas que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas numa particular circunstância. Mas se diferenciam no caráter da direção que apontam. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada, ou seja, são disjuntivas, aplicam-se ou não se aplicam ao caso. Por sua vez, os princípios, embora muito se pareçam com as regras, não indicam uma consequência legal que automaticamente se segue quando as condições dadas se realizam.

Humberto Ávila<sup>9</sup> diferencia os princípios dos postulados e axiomas ensinando que axioma é uma verdade aceita por todos, dado que não é possível nem necessário prova-lo; postulado normativo no sentido kantiano é aquele que explica como

6. BARROSO, Luís Roberto. **Interesses Públicos versus Interesses Privados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. Prefácio.

7. FERRAZ, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989:

*A noção dogmática e ideológica de legitimidade permite uma compreensão operacional da constituição, no sentido de se obter uma congruência entre seus diversos planos de atuação. Essa noção faz com que o agir constitucional e o agir conforme a constituição, normas valham em procedimentos que equivalem a suposições do consenso de todos. Isto é possível porque, num sentido global, legitimidade é tomada como uma espécie de valoração neutralizadora, ou seja, um ponto de vista avaliativo que tem por efeito básico a neutralização, entendendo-se por neutralização não a eliminação mas a possibilidade de fazer com que outras possibilidades não sejam levadas em conta, ou seja, não sejam tomadas como relevantes (p.19).*

8. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (p. 35)

9. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5.ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

pode ser obtido o conhecimento do Direito; e princípio revela o próprio conteúdo do Direito colaborando na aplicação de outras normas do ordenamento jurídico.

Robert Alexy<sup>10</sup> defende que existem duas construções de direito fundamental: uma estreita e exata; e a outra ampla e larga. A primeira diz respeito às regras e a segunda aos princípios. A construção estreita afirma que as normas que concedem direitos fundamentais são normas jurídicas iguais a qualquer outra e são aplicáveis do mesmo modo, se distinguem somente no fato de que elas protegem o cidadão contra o Estado. A construção larga demonstra que os direitos fundamentais revelam um ordenamento de valores objetivos que valem não somente para a relação do Estado com o cidadão, mas para todas as relações de direito, assim, alarga o conceito de direitos fundamentais para além das regras, para caracterizarem princípios.

Duguit<sup>11</sup> não concebe o direito como obra do legislador, mas sim como produto dos fatos sociais. Para eles os códigos podem permanecer os mesmos, o que importará muito pouco, pois é a pressão das necessidades práticas que formam, constantemente, instituições jurídicas novas. O que vai importar é uma interpretação sábia e sutil que dê ao texto arcaico um alcance que o próprio legislador desconhecia ao redigi-lo.

Sobre o mesmo tema Orlando Gomes<sup>12</sup> citou o problema das leis em descompasso com a realidade social, ou sobre o direito em mora com os fatos, comentando que não são poucas as leis que divorciadas da realidade social e econômica do País, deixam de ser aplicadas, tendo vida apenas no papel, não contribuindo em nada para o desenvolvimento do país, o que desencadeia um fenômeno denominado *torsão interpretativa* que é a criação de instituições jurídicas à margem do direito. Essa torsão é alteração do sentido e alcance da lei para atender a finalidades que rigorosamente não poderiam ser alcançadas.

Dessas lições se extrai a importância da aplicação do direito pelos órgãos jurisdicionais e administrativos e da utilização, por esses, de uma interpretação criativa que consiga extrair dos textos legais a verdadeira *mens legis*, capaz de concretizar um direito novo, justo, compatível com a ordem constitucional que privilegia o princípio da dignidade humana.

10. ALEXY, Robert. **Revista de Direito privado**. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 24. Ano 6. 2005. p.335.

11. DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Heliasta. p. 171/172.

12. GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**, Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1961.

Daniel Sarmento<sup>13</sup> comenta a visão anti-utilitarista de Dworkin que considera os princípios relacionados aos direitos fundamentais impassíveis de ponderação com as diretrizes políticas, o que Sarmento considera inaplicável ao nosso País por termos adotado uma constituição social. Vale esclarecer que Dworkin considera como diretrizes políticas a promoção de objetivos da comunidade. Assim, o que ele prega é a impossibilidade de o individual ceder, em qualquer hipótese, diante do coletivo.

Continua Sarmento lembrando que a teoria contemporânea dos direitos fundamentais prega, justamente, que esses direitos, sejam eles sociais, individuais ou políticos, devem ser efetivados através de políticas públicas estatais, que compõem o que Dworkin denomina de diretrizes políticas. Assim, o que se percebe é uma invasão do público no privado, do individual no coletivo, e numa impossibilidade de se aferir abstratamente qual direito ou interesse deve prevalecer num caso concreto, o que dependerá sempre de ponderação.

Não negamos que as políticas públicas, por estarmos num estado de direito onde nos sujeitamos ao princípio da legalidade, dependam do legislativo para realizar as suas metas, contudo, é no Executivo, poder que preponderantemente exerce a função administrativa, que são idealizadas essas políticas, é dele o papel de articulação e organização dos fatores de desenvolvimento, pois, é o Executivo que dispõe, ou deveria dispor de técnicos habilitados para traçar essas estratégias governamentais, e, é tarefa do Direito Administrativo constitucionalizado, ou seja, do novo Direito Administrativo, regular essas atividades políticas, pois são elas, não mais que a expressão da competência discricionária da Administração.

Ratificando nosso posicionamento, Andreas Krell<sup>14</sup> afirma que as normas constitucionais programáticas as quais chama de *normas objetivo ou normas de criação*, possuem uma programação finalista e servem de base para a implementação de políticas públicas, o que afasta a idéia de que os órgãos da administração sejam apenas executores das leis, ao contrário, são eles que detêm o poder de idealizar estrategicamente as políticas públicas, que vão precisar do apoio e aprovação do legislativo, mas tem o seu nascedouro no Executivo.

13. SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 87.

14. KRELL, Andréas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 19.

#### 4. OS ATOS DE GOVERNO, SUA NATUREZA, REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE

A partir dessas considerações, passaremos a analisar os atos de governo praticados pelo Executivo e o controle exercido sobre eles, que são, sem dúvida, os mais relevantes atos praticados pela Administração, pois indicam os caminhos a serem seguidos pelo Estado, são os atos emanados do mais alto escalão do Executivo, e definem os rumos de vários setores da sociedade, o econômico, o político e o social. Do sucesso dessas políticas depende todo o desenvolvimento de uma nação.

Sobre os atos de governo Di Pietro<sup>15</sup> ensina que a Administração Pública emana atos de produção jurídica complementares, efetivando o que a lei – ato de produção jurídica primária – determina abstratamente. Só que esses atos complementares não se resumem apenas à mera função administrativa, afirma a autora, o que para ela corresponde ao serviço público, a intervenção, o fomento e a polícia; abrangendo também a função política ou de governo que compreende as atividades co-legislativas e de direção.

Comungamos do entendimento de Di Pietro quando afirma que não existe uma separação precisa entre essas duas funções – a política e a administrativa – contudo, dissentimos da autora quando ela afirma que a administração efetiva a lei simplesmente. Para nós, em muitos casos, a Administração concretiza normas da própria Constituição, mesmo que ainda não exista lei regulamentadora. É justamente por defendermos esse posicionamento, que se coaduna com a teoria da constitucionalização do direito administrativo, que consideramos os de governo como típicos atos administrativos, e como tais, passíveis de regulamentação pelo direito administrativo.

Assim, a regra de que os atos de governo não são sindicáveis pelo Judiciário a menos que firam interesses individuais, é injustificável. Se existe uma responsabilidade constitucional na tomada de decisões políticas do Estado não podemos admitir a impossibilidade de apreciação pelo Judiciário como regra. Os atos de governo que forem perpetrados com objetivos outros, desrespeitando as prioridades constitucionais, poderão sempre ser revistos pelo Judiciário. Não podemos admitir uma regra de não apreciação de atos de governo pelo judiciário, mas sim, a aplicação do mesmo tratamento que deverá ser dispensado aos atos administrativos produzidos no exercício da competência discricionária, que para nós pressupõe apenas margem remanescente de liberdade.

15. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, Ed. 15ª. p. 56.

Discorrendo sobre o controle da Administração Ferreira Filho<sup>16</sup> afirma que o Judiciário sempre aparece como defensor dos direitos individuais em face da Administração Pública, e nesse ponto se refere ao advento da ação popular e da ação civil pública, já existentes antes da CF/88 e consagradas e ampliadas por ela. Lembra o autor que a Constituição amplia a legitimidade do Ministério Público para que em sede de ação civil pública possa defender o patrimônio público e outros interesses sociais transindividuais, o que encarrega o Estado de manter um aparato voltado para a fiscalização das atuações discricionárias lesivas também dos interesses coletivos.

Defende o autor que essas condutas discricionárias da Administração embora não tenham seu mérito vinculados ao paradigma de uma lei, devem apresentar adequação a uma meta, o que deverá ser apreciado pelo Judiciário. Para ele as expressões ato político ou ato de governo levam alguns em análise superficial a supor equivocadamente que basta apenas uma conotação política para que esteja fora do âmbito de apreciação do Judiciário.

Ensina Ruy Barbosa:

“Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente de faculdades que se supõem suas, cabe ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições de que se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica.”<sup>17</sup>

Com base nisso é que acreditamos ser o ato de governo um ato administrativo com baixo grau de vinculação ou nenhuma vinculação à norma infra-constitucional, passível de controle pelo Judiciário, que deverá apreciar qualquer suposta lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais ou coletivos, seja por uma ação ou por uma inação do Estado, tendo como parâmetro a Constituição e os princípios.

O controle dos atos de governo deve ser exercido com a necessária readequação do mérito administrativo, que não deve ser uma desculpa prévia e hipotética para a não apreciação desses atos, pois a extensão desse mérito quem deve estabelecer é o Judiciário, em cada caso concreto, e tomando como base os direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República, com ênfase na dignidade da pessoa humana.

16. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2003. p.207/213.

17. Lição de Ruy Barbosa citada por FERREIRA FILHO: Op. Cit. p. 193.

Nesse contexto, vale fazer um breve relato da aferição histórica da discricionariedade. No século XVI ela era considerada a genuína expressão da soberania do monarca, até a Revolução Francesa, quando surgiu a preocupação com os direitos individuais. A partir do século XIX é que houve a retirada da prerrogativa do Executivo de editar leis, substituindo-se à vontade do monarca pela vontade do povo. Surgiu a separação dos poderes e a distinção entre Governo e Administração, sendo ao primeiro atribuída função política e discricionária livre da apreciação judicial; e à segunda a administração propriamente dita.<sup>18</sup>

O grande desafio para o jovem Estado de Direito era conciliar a tradicional liberdade decisória do executivo com a legalidade. Nesse tempo a discricionariedade era vista como uma herança indesejável do absolutismo e deveria ser extirpada. Em momento posterior, porém, foi visto que a discricionariedade era necessária para a eficiência da Administração, pois ao legislador não é possível prever todos os acontecimentos, e por isso deixa à discricção do Administrador.

Percebe-se do que foi posto sobre a discricionariedade, que ela se originou do poder ilimitado da monarquia absoluta, para depois se transformar em uma técnica de eficiência para a administração, o que nos leva a duvidar dessa finalidade virtuosa – maior eficiência para a administração – para apostarmos numa finalidade bem menos desejada - o arbítrio.

O vocábulo discricionariedade tem sua raiz no verbo latino *discernere*, o que significa separar, distinguir ou avaliar<sup>19</sup>, verbos que em nada pressupõem liberdade de ação, opção de escolha, exteriorização de vontade pessoal. Ao contrário, equivalem a prognóstico técnico, preciso, fruto de uma avaliação da situação concreta a fim de ser tomada a decisão mais adequada ao caso concreto, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse coletivo.

Após os comentários e ensinamentos de que nos servimos para entendermos melhor as políticas públicas, concluímos que ela é, sem dúvida, fruto de uma ação conjunta entre Legislativo e Executivo, sendo desse último o responsável pela função de maior relevância, que é a idealização de toda a estratégia desse programa político.

É justamente nessa montagem de estratégia que surge a escolha política dos caminhos a serem seguidos – onde investir, de onde tirar a receita, etc. – atos

18. KRELL, Andréas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004. p. 19/25.

19. Op. Cit. p. 20.

dotados de extrema carga discricionária, cujos limites de judicialidade devem seguir parâmetros constitucionais.

Respaldando-nos na teoria defendida por Ana Paula de Barcellos<sup>20</sup> o Estado deverá adotar critérios para gastar o dinheiro público e eles devem estar em absoluta harmonia com as prioridades elencadas pela Constituição Federal.

O Estado arrecada recursos através da cobrança de tributos, que devem ter vinculação constitucional e legal, do mesmo modo, no momento de eleger as prioridades para despesas, não pode agir livremente. A alegação de que a receita não é suficiente para cobrir todas as despesas e que a opção pelo investimento do dinheiro público envolve juízo discricionário de oportunidade e conveniência do gestor, o que configura ato subjetivo, não encontra respaldo num estado de direito constitucional.

A prioridade é investir os recursos na realização dos direitos fundamentais, com preponderância daqueles relacionados com a dignidade da pessoa humana, e, a receita remanescente, essa sim poderia ser empregada em outras metas, porém sempre respeitados parâmetros constitucionais e legais, bem como a razoabilidade e a proporcionalidade.

## **5. OS DIREITOS SOCIAIS E SUA FORÇA NORMATIVA:**

Não existem normas na Constituição da República sem força coercitiva, isto porque as forças reais de poder que atuam no plano sociológico e político passam a integrar o mundo jurídico através da constituição escrita, ou constituição jurídica, que só representará uma insignificante folha de papel inútil caso não exteriorize os interesses dos sujeitos detentores das forças reais de poder, do contrário, são legítimas e eficazes.

Edvaldo Brito<sup>21</sup> afirma que a eficácia da norma constitucional sempre foi objeto de reflexão, sobretudo por causa do entendimento tradicional da norma programática. Contudo, para ele, a eficácia é um pressuposto da efetividade, porque somente se estabiliza a norma que, apta a gerar consequência, tem um relato capaz de ser recebido pelo destinatário de modo que não ocorra desconfirmação e, em havendo esta, ocorra sanção, tudo formando uma relação de adequação entre o relato e cometimento .

20. BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem. São Paulo/Rio de Janeiro: 2002 p. 236/246.

21. BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993 (p.51/52).

Citando Ruy Barbosa o autor afirma expressamente que a constituição é incompatível com a doutrina tradicional da norma programática, pois o contrário resultaria em que as hipóteses normativas não seriam propriamente normas, mas sim meros conselhos, o autor declara sua posição afirmando que todas as cláusulas constitucionais têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional.

Comungamos da mesma opinião. A fundamental diferenciação das normas jurídicas em relação às demais normas de conteúdo puramente ético ou moral é a sua força cogente, que se lhe for subtraída, como propugnam os doutrinadores tradicionais em relação às normas programáticas, transformarão os direitos sociais e econômicos, inclusive o de moradia, em simples compromissos ético-sociais para serem cumpridos quando e se as autoridades públicas quiserem.

Admitimos que realmente seja difícil conseguir identificar na norma constitucional a sanção estipulada para o caso de descumprimento da norma constitucional hipotética. Nesse aspecto nos servimos da magistral lição retirada tanto de Kelsen quanto de Córso. Foi da teoria Kelseniana o mérito de lembrar da estrutura dual da norma, quando Kelsen em obra póstuma, apresentou novas idéias e admitiu que uma norma pudesse apresentar uma parte inteiramente independente da outra, só sendo ela inteiramente concebida no entrelaçamento lógico de seu conjunto.

No caso específico da constituição entendamos o entrelaçamento de seus próprios dispositivos, uma vez que a constituição não poderá buscar sua integração em normas infraconstitucionais, a não ser em casos expressos no seu próprio texto.

Partindo da estrutura dual de Kelsen e complementando-a com as idéias Corsianas, Edvaldo Brito conclui que na constituição, principalmente na parte dogmática, serão encontradas proposições hipotéticas disjuntivas constituídas de relato/endonorma e de cometimento/perinorma (contém a sanção), ocorre que esse cometimento não se expressa apenas na linguagem verbalizada, comumente encontrada nas normas jurídicas, mas também quando essa mensagem normativa está dissipada em todo o repertório convencionado.<sup>22</sup>

Considere-se nesse repertório não só a parte dogmática<sup>23</sup>, mas também o prefácio e as disposições transitórias para que tenhamos uma norma jurídica completa e para facilitarmos o processo interpretativo da Constituição.

22. BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993

23. É o texto articulado da norma constitucional que mais se assemelha com as demais normas jurídicas.



A norma é eficaz quando irradia efeitos<sup>24</sup>, quando produz resultados e isso é uma qualidade indispensável às normas constitucionais, que são forças reais de poder transformadas em direito pela norma jurídica, dotada, sempre, de força normativa.

Valendo-nos da lição de Hesse<sup>25</sup> a força normativa da constituição não se resume apenas na adaptação de uma realidade. A constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas ela mesma deve representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a vontade do poder, mas também a vontade da constituição.

Como se infere do pensamento de Hesse, embora ele mencione a concretização da vontade da constituição, ele considera peça fundamental a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, sem a qual não há efetividade de direitos. Isso quer dizer que a vontade da constituição só representa algo concreto se for revelada pela vontade e atitude humana.

Fundindo o pensamento de Edvaldo Brito, Lassale e Hesse concluímos que a constituição na essência é um conjunto de forças reais de poder, que adentram no mundo do direito pela constituição jurídica ou escrita, e esta, só será legítima na medida em que estiver em consonância com a sua essência. Além disso, a própria constituição tem como objetivo normativo remodelar a realidade através de sua própria vontade que deverá ser revelada pelos responsáveis pela ordem constitucional, que não têm nessa tarefa uma mera faculdade, mas sim um dever jurídico, o que se incompatibiliza com a idéia de normas constitucionais como meros conselhos.

Os direitos sociais insculpidos no art. 6º da constituição, constitui um preceito normativo dotado de força imperativa, constitui proposição hipotética disjuntiva constituída de endonorma e de perinorma (contém a sanção), ocorre que essa sanção não se expressa da forma corriqueira como na maioria das normas jurídicas, essa mensagem normativa está dissipada no repertório normativo constitucional, que é integrado pelo prefácio, pela parte dogmática e pelas disposições constitucionais transitórias.

Frise-se que a força normativa da constituição só será realmente sentida num Estado onde as funções públicas ou os responsáveis pela ordem constitucional se

24. Op. Cit. p. 56

25. HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

submetam à lei emitida em conformidade com a constituição, o que só ocorrerá através do exercício da função jurisdicional.

Nesse ponto cabe lembrar o que disse Bachoff<sup>26</sup> ao enaltecer a Suprema Corte Americana quando entrou em conflito com o Poder Executivo, e saiu fortalecida, sendo rechaçada quase unanimemente a tentativa de Roosevelt de reorganizar o Tribunal, como forma de calar o Judiciário americano. Tal acontecimento demonstrou a independência da Corte Constitucional no cumprimento de seu dever de zelar pela constituição, mesmo que para isso desagradasse o Poder Executivo e estivesse, inclusive, ameaçado de sofrer algum tipo de retaliação política. Isso é o que almeja qualquer sociedade de um estado de direito, um Poder Judiciário que garanta a efetividade de seus direitos sem se preocupar com trocas de favores tão prejudiciais a República e responsáveis pelo descrédito nas instituições.

Calmon de Passos ensina que nenhuma norma, como mero juízo ou enunciado, está dotada de efetividade<sup>27</sup>. Essa afirmação à primeira vista parece negar tudo o que foi dito até aqui sobre a efetividade e força normativa do direito à moradia, porém, mostrar-se-á o contrário, a afirmativa de que uma norma por si só não tem efetividade é uma verdade inegável e ratifica o que se propõe a demonstrar nesse trabalho, que tudo dependerá dos homens, da vontade de por em prática um direito abstrato e sem vida, enquanto resumido a tinta e folha de papel.

O grande obstáculo a essa tarefa realizadora das prestações sociais advém do esvaziamento do instrumental que foi posto a disposição do povo pela Constituição Federal, o que ocorre com a colaboração ativa do judiciário brasileiro, como se deu no caso do Mandado de Injunção, importante remédio constitucional contra a omissão do legislativo e que, por força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal foi reduzido a um nada jurídico.<sup>28</sup>

## **6. POSIÇÃO DO STF EM RELAÇÃO AO CONTROLE DOS ATOS DE ALTA DENSIDADE POLÍTICA**

Vale comentar, ainda, duas decisões do STF que demonstram o controle efetuado por parte desta corte, em relação aos atos dotados de elevado grau político-decisório. Vejamos:

26. BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Almedina, 1994 (p.83).

27. PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48.

28. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Injunção nº 107 esvaziou o instituto, emprestando uma interpretação restritiva, ao entender que caberia apenas dá ciência ao órgão encarregado da elaboração da norma regulamentadora sem qualquer repercussão na situação subjetiva do impetrante, transformando o Mandado de Injunção num sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

**RE247924/RO – RONDÔNIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO**  
**Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 30/05/2006 Órgão**  
**Julgador: Segunda Turma.**

**EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. MAGISTRATURA. PROMOÇÃO DE ENTRÂNCIA. DISPUTA DE VAGA POR MERECIMENTO. COMPOSIÇÃO DA LISTA. ELEIÇÃO DE FORMA ISOLADA, VAGA POR VAGA. PRECEDENTE. 3. MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS, ART. 93, X, DA CF. DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL NÃO VIOLADO. PRECEDENTE. 4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO

**Voto do Relator:**

[...]E no que diz respeito à publicidade dos motivos daquela decisão, por parte dos seus prolores, esta Corte, na ADI 189 (Rel. Celso de Mello, DJ 22.05.92) e na AO 70 (Rel. designado Sepúlveda Pertence, DJ 18.06.93), assentou, como perfeitamente sumariado nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto-vista na ADI 189, que dentre as atribuições político-administrativas conferidas aos Tribunais pelo nosso modelo constitucional se encontra aquela, de "*colorido nitidamente político – mais que discricionário*", de escolha do magistrado a promover por merecimento.

Por esse motivo, desde que observada a regra da alínea "b" do inciso II do art. 93 da CF (o que já se demonstrou no caso), não se faz constitucionalmente necessária a formalização, pelo órgão colegiado do respectivo Tribunal ou por seus membros individualmente considerados, da motivação do ato de escolha de magistrado para promoção por merecimento. Nesse sentido, o MS 24.305, Pleno, por mim relatado, DJ 19.12.03, no qual restou consignado no voto. (grifei)

Observe-se que a decisão proferida pelo STF se respaldou no entendimento de que o ato de promoção de magistrados por merecimento, por ser um *ato de colorido nitidamente político*, prescinde de motivação, o que demonstra a total ausência de controle pelo Judiciário de atos dessa natureza, uma vez que destituído de motivação não existe possibilidade de aferição de juridicidade. A motivação é elemento obrigatório do ato administrativo, inclusive daqueles de natureza discricionária, mas, o ministro relator criou, neste acórdão, uma nova classe de atos os atos administrativos os *atos mais que discricionários*. Para nós, esses são os arbitrários!

Em posicionamento diametralmente oposto, o ministro Celso de Mello proferiu a seguinte decisão:

**RE/AgR410715/SP - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 22/11/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma.**

**EMENTA:** RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO.

[...]A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”. Doutrina.

Como se vê, em decisões como esta o STF demonstra outra tendência em relação ao controle dos atos políticos, chegando ao ponto de admitir a competência jurisdicional para obrigar o poder público a realizar políticas públicas determinadas pela Constituição. São decisões como esta que esperamos do nosso Judiciário.

## 7. CONCLUSÃO

Mesmo sendo um tema corriqueiramente debatido entre estudiosos do direito constitucional, as questões relacionadas à efetividade dos direitos sociais previstos na constituição, essa efetividade somente será plenamente assegurada quando o Direito Administrativo garantir o desenvolvimento dessas práticas administrativas concretas capazes de promover a transformação social.

Enquanto o direito administrativo não se constitucionalizar para adotar como eixo central de sua teoria os direitos fundamentais, não haverá possibilidade de dispensar um tratamento, à discricionariedade administrativa, compatível com o estado democrático de direito. Por isso, a efetividade dos direitos sociais estará ainda mais comprometida, posto que, a atividade prestacional a ser realizada pela Administração se desenvolverá através dos atos de governo, que, como demonstramos, são atos praticados no uso de sua competência discricionária, tema que se reveste da maior importância no controle das políticas públicas, que ainda são geradas e executadas sem o controle devido e de forma incompatível com um governo republicano.

## 8. BIBLIOGRAFIA

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5.ed. São Paulo: Malheiros. 2006.
- ALEXY, Robert. **Revista de Direito Administrativo**. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Rio de Janeiro: Renovar. V.217
- \_\_\_\_\_. **Revista de Direito privado**. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. 24. Ano 6. 2005
- BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?**. Coimbra: Almedina, 1994
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. 2ª tiragem. São Paulo/Rio de Janeiro: 2002
- BARROSO, Luís Roberto. **Revista Zênite Web Direito Administrativo**. A intervenção do estado no domínio econômico. Zênite, 1998
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Revista Trimestral de Direito Público**. As políticas Públicas e o Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, n. 13, p. 135, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.
- DALLARI, Dalmo Abreu. **1º Encontro Braileiro de Direitos Humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes; 1999.
- \_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- \_\_\_\_\_. *Derechos en Serio*. Barcelona, Editora Ariel, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Uma questão de Princípios**. Trad, Luís Broges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1989
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva. 2003

- GOMES, Orlando. **Direito e Desenvolvimento**. Salvador: Publicações Universidade da Bahia, 1961
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991
- KRELL, Andréas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2004
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005
- SCHIER, Paulo Ricardo. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005

## VIII

# OS REAIS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DAS PROPRIEDADES: (IN)ACESSO<sup>1</sup> X FUNCIONALIZAÇÃO

*Luciano L. Figueiredo*

Advogado Militante em Salvador-Bahia; graduado em Direito na Universidade Salvador – UNIFACS; Pós-Graduando em Direito do Estado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Mestrando em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Professor Convidado do Centro de Pós-Graduação e Especialização da Faculdade Visconde de Cairu – CEP-EV; Professor Convidado da Pós-Graduação em Direito Civil da UNIFACS; Professor Convidado de Cursos de Extensão da UNIFACS; Professor de Direito Civil na UNIME; Professor de Direito Civil na UNIFACS. Autor de Artigos Jurídicos.

**RESUMO:** O artigo tem por objetivo analisar os reais contornos do princípio da função social da propriedade, buscando sobre sua incidência, ou não-incidência, em todas as espécies proprietárias. Em última análise, restará pesquisado se o princípio da função social é conteúdo ou limite negativo das propriedades. Para tanto, foi dividido o trabalho em três temas principais. **Legalidade Constitucional** trata acerca da necessidade do operador do Direito Civil ter um olhar sob a lente constitucional. É a busca de eficácia e legalidade constitucional mediante maximização dos princípios. **As Propriedades** debruça-se sobre este milenar instituto, evoluindo desde sua gênese multifacetária, ultrapassando seu momento romano-napoleônico de unidade, e chegando aos dias atuais de pluralidade com a existência de propriedades. **A Função Social das Propriedades** detêm-se estudo sobre os reais contornos do princípio da função social, perquirindo-se parâmetros determinadores da potencialização, ou não, do

princípio em comento. No que diz respeito à pesquisa realizada, realizou-se estudos sobre contribuições nacionais e internacionais. Devido ao caráter interdisciplinar do tema, foram analisadas doutrina e legislação de direito constitucional, civil, internacional, comercial, bem como jurisprudência dos principais tribunais pátrios.

**ABSTRACT:** The main objective of this paper is the analysis of the real issues of the Social Function of Property's principle, in a way of looking for its incidence or not, in all kinds of properties. At last, it will bring about the discussion of the legal nature of the social function, if it's content or negative limit of the properties. As for that, the text was divided into three main themes. **Constitutional Legality** shows the necessity of dealing with property according to the new context of the Brazilian Federal Constitution of 1988, which means, attempting to its social character. It's a way of looking for the consti-

1. Malgrado a expressão *inacesso* inexistir na língua portuguesa, sem sombra de dúvidas, pautado na idéia de uma língua viva, é a que melhor traduz o centro de análise do trabalho.

tutional efficacy and legality by maximizing its applicability. The **Properties** is about this aged institute, its evolution since the first multiple characters, archiving it Roman-Napoleonic unity, and getting to nowadays with its plural existence. **The social function of the properties** approaches the studies about the real issues of the social function, seeking for its potential contents. Regarding to the research done, it was used national and international studies. Due to

its interdisciplinary theme, it was analyzed constitutional, civil, international, and commercial doctrine and legislation, and also jurisprudence of the main tribunals in Brazil.

**PALAVRAS-CHAVE:** propriedade; propriedades; constitucionalização do direito civil; função social.

**KEYWORDS:** property; properties; constitutionalization of Civil Law, social function.

**SUMÁRIO:** 1. Breve Intróito; 2. Premissa: A Legalidade Constitucional. Uma Análise Civil-Constitucional; 3. As Propriedades: Do Clássico ao Pós-Moderno. Percurso Histórico e Desenho Atual; 4. Função Social das Propriedades. 4.1. Histórico; 4.2 Conceito: Conteúdo ou Limite do Direito Proprietário?; 4.3. Incidência: Proposta de Parâmetros Capazes de Aferir Maximização; 5. Conclusão; 6. Referências.

A Constituição deve ser, pois, significada, tornada visível, em um acontecer do direito. Afinal, parafraseando Alain Didier-Weil, o que há nessa palavra de tão amedrontador para que o jurista, freqüentemente, em vez de fazê-la falar, a faça tagarelar? [...]. Aliás, haveria de se perguntar o jurista: o que você fez com a palavra Constituição que lhe foi dada? (Lênio Luiz Streck, 2003. p. 296-297)

## 1. BREVE INTRÓITO

O *paper* que ora inicia-se tem como proposta de análise o estudo de incidência de um princípio constitucional em um clássico instituto do Direito Civil.

Assim, procura-se mediante este artigo, verificar os reais contornos das propriedades no direito atual, em decorrência da necessidade de sua funcionalização.

Para tanto, nasce o trabalho com necessidade de um enfoque civil-constitucional, perpassando pelo estudo da propriedade, e enfim delineando parâmetros para sua funcionalização, em busca de resposta ao seu tema-problema central: quais são os reais contornos da propriedade pós-moderna?

## 2. PREMISSA: A LEGALIDADE CONSTITUCIONAL. UMA ANÁLISE CIVIL-CONSTITUCIONAL

Ainda que tardiamente, após a Constituição Federal de 1988 descobriu o operador do direito, principalmente àqueles ligados à seara privatística, necessidade de obediência formal e material à normatividade maior.



Como uma obviedade ululante, passou a doutrina, jurisprudência e estudiosos em geral do direito pregarem observância à superior hierarquia constitucional, sob pena de conseqüente expurgo do diploma eivado de inconstitucionalidade (ou não-recepcionado) do sistema jurídico.

A efetividade das normas constitucionais adveio como *novo e único* caminho, sendo a filtragem dos fenômenos privatísticos através de um olhar constitucional o incessante objetivo (BARROSO, 2002, p. X).

Esta idéia, hoje tranqüila e pacífica, nem sempre ganhou o eco, importância e aceitação dos tempos hodiernos.

Decerto, há época do positivismo mais rigoroso, e dicotomia existente entre o Direito Público e Privado, entendia-se haver uma completa distância do ramo civil e Constituição Federal.

A Constituição incorporava o diploma regente das relações públicas, ao passo que o Código Civil disciplinava, de forma solitária, os temas privados.

Não existiam interpenetrações, simbioses, defendendo-se ser a seara cível atemporal, não influenciada sequer pelas diferentes ideologias das diversas espécies de constitucionalismos (liberal, social, ou fraternal).

Diuturnamente, porém, tal neutralidade advinda da idéia de existência de uma *summa divisio*<sup>2</sup> já não mais encontra substrato.

Há, de forma progressiva, publicização do Direito Privado<sup>3</sup> e privatização do Público, sendo facilmente perceptível hoje institutos privatísticos submetidos a normas de ordem pública (de eficácia cogente, obrigatórias); bem como temas de Direito Público às normas privadas. Assim enfatiza Marcos de Campos Ludwig<sup>4</sup> (2002, p. 99-103):

2. Por *Summa Divisio* entende-se a divisão do Direito em dois grandes grupos, compartimentos, completamente estanques, quais sejam: o Direito Público, regido pela Constituição Federal; e o Direito Privado, capitaneado pelo Código Civil. Ainda para idéia de *Summa Divisio*, inexistiam simbioses, interpenetrações entre tais ramos, sendo uma divisão absoluta.
3. É bem verdade que o próprio dirigismo estatal, marca característica de um dado momento histórico – *welfare state* – possui grande parcela de responsabilidade por essa publicização do Direito Privado.
4. Em relação ao tema há interessantes textos escritos pela doutrina nacional, falando por todos menção à doutrina de Maria Celina Bodin (1993, p. 25). Pontua-se que não há mais divisão estanque entre o Direito Público e Privado, subsistindo, entretantes, menção a tais ramos como facilitadores do estudo, ao permitir que o operador do direito realize maior e progressivo recorte do tema. Logo, o estudioso do direito civil, por exemplo, encontra-se dentro do ramo privado. Existe, então, a distinção entre público e privado, mas não há dicotomia. A distinção ainda existente é inclusive necessária, por razões didáticas de aprofundamento e facilitação na verticalização do estudo dos temas.

Isto representa um dos pontos essenciais que nosso trabalho pretende assentar: *também o direito privado, atualmente, contempla normas de ordem pública; o direito privado contém preceitos de interesse geral; também os institutos de direito privado possuem marcada função social.*

Efetivamente, o conceito de ordem pública não é exclusivo do direito público, equívoco em grande parte responsável pela concepção dicotômica do discrimine entre direito público e privado.

[...]

No sentido oposto ao fenômeno que acabamos de enfocar, dar-se-ia a chamada “privatização do público”, quando fosse valorativamente verificada a supremacia do privado sobre o público.

Essa interpenetração acaba por gerar visão unitária da ciência do Direito, sendo o seu centro ocupado pela Constituição Federal, a qual possui hierarquia formal, e material, sobre todos os demais diplomas (PERLINGIERI, 2002, p. 55).

Nessa senda, a própria Constituição Federal possui em seu interior, diuturnamente, normas e princípios de Direito Privado, em especial do Direito Civil, nomeando-se este fenômeno de constitucionalização do direito civil.

Consiste, então, a constitucionalização do Direito Civil na emigração de normas e princípios atinentes à seara cível para o corpo da Constituição Federal, passando integrar, em decorrência, a sua normatividade<sup>5</sup>.

Observa o operador do direito, portanto, que o Texto Constitucional de 1988 acaba por trazer uma série de princípios aplicáveis diretamente ao Direito Civil, a exemplo da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, III), do Solidarismo Social (art. 3º, I), da Diminuição das Desigualdades (art. 3º, III), da Função Social da Propriedade (art. 5º, XXIII e 170, III), da Tutela da Família e Proteção Integral do menor e adolescente (art. 226 e ss), etc...

A adotar esta conduta, o legislador constituinte acabar por gerar duas consequências: a re-unificação da ordem civil pelo Texto Constitucional; e a necessidade de releitura dos institutos privados clássicos sob a lente da normatividade constitucional.

---

5. Esse fenômeno já era percebido pelo mestre Orlando Gomes, em 1986, por influência da Constituição de Weimar, passando a Constituição a ocupar a centralidade do universo jurídico, conforme bem pontuado por Natalino Irti.(GOMES, 1986, p. 148 – 149). Com a mesma percepção e conceituação, porém mais modernamente, interessante consulta ao texto de Paulo Luiz Netto Lobo (LÔBO, 1999, 1).

Por re-unificação do Direito Civil infere-se o fenômeno decorrente da constitucionalização deste ramo privado, segundo o qual a Constituição passa a não ser apenas o centro do Direito Público, mas também do Direito Privado.

Constituição Federal, dessa forma, passa a ocupar o papel de *astro rei*, sendo o Código Civil e as demais normas satélites que giram, obedecem e tem como centro a normatividade constitucional. Esclarecedoras são as palavras de Pietro Perlingieri (2002, p.6)<sup>6</sup>:

Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.

Ademais, ainda como consequência da constitucionalização, nasce necessidade de serem revistados os institutos clássicos atinentes ao Direito Civil, lhes sendo aplicados os contornos constitucionais segundo a ideologia presente no Texto Maior, objetivando de sua máxima efetivação (CANOTILHO, 1999).

Em uma ótica civil-constitucional, a revista de tais institutos clássicos, de origem patrimonialista, remete o aplicador do direito à necessidade de se deixar contaminar pelos *novos* valores da ordem constitucional, a qual, em busca de solidarismo, ergue o *ser* ao centro do sistema – antes ocupado pelo *ter* – e propugna a despatrimonialização do Direito Civil<sup>7</sup>.

A legalidade constitucional, pois, confere ao *astro rei* maiores ares de efetivação.

O ramo cível não mais é visto como algo neutro, atemporal. O constitucionalismo influi, de sobremaneira, na esfera privada.

Às garantias e normas constitucionais restam conferidas habitual eficácia irradiante, como bem percebe Daniel Sarmiento (2004), influenciando seus preceitos diretamente a seara infraconstitucional.

6. Também verificando esta re-unificação do Direito Civil e o papel central assumido pelo Texto Constitucional, interessante a consulta ao pensamento de Gustavo Tepedino (2004, p.7), e Maria Celina Bodin (1993, p. 24).

7. Vide Pietro Perlingieri (2002, p. 33), e Maria Celina Bodin (1993, p. 24). Acerca dessa mudança de valores, Lênio Luiz Streck (2003) pontua que há, até mesmo, uma ruptura do paradigma individual-liberal, em razão do nascimento do paradigma transindividual. Por consequência, prega a necessidade de uma adaptação do processo a demandas difusas, pós-modernas.

O Direito Privado passa, necessariamente, a ser enxergado sob essa lente constitucional, sendo tais normas constitucionais<sup>8</sup> – sejam normas-princípios ou normas-regras – aplicadas até mesmo de maneira direta ao caso concreto (FACHIN, 2003, p. 38)<sup>9</sup>.

Trata-se de uma *nova* ótica apta a enxergar a normatividade constitucional, em consequência de uma teoria permeada de axiomas influenciadores da esfera privada.

### **3. AS PROPRIEDADES: DO CLÁSSICO AO PÓS-MODERNO. PERCURSO HISTÓRICO E DESENHO ATUAL**

Tendo, o operador do direito, ainda que tardiamente, atentado para a constitucionalização do direito civil, os institutos clássicos necessitaram ser revisitados, revistos, sobre a então ótica do *ser*.

Não foi diferente com a propriedade.

Propriedade consiste em fato anterior ao direito. O homem organiza-se em propriedade antes mesmo de criar o seu regramento (DARCY BERSONE *apud* RIZZARDO, 2004, p.179).

Como fato decorrente de um contexto social, a propriedade tem extensão e compreensão próprias de cada período histórico, sendo que sua densidade conceitual mínima irá variar conforme a organização política e religiosa de um dado contexto, local e momento (VENOSA, 2003, p.151).

Entrementes, malgrado essa relatividade conceitual, a propriedade consiste em instituto de importância ímpar para o direito, possuindo, igualmente, densidade conceitual mínima.

A pergunta, porém, que resta ser respondida como necessidade de prosseguimento deste trabalho é: há propriedade ou propriedades do direito nacional?<sup>10</sup>

8. Diuturnamente, pelo menos no Brasil, resta praticamente pacificada a noção segundo a qual as normas são subdividas em normas-princípios, e normas-regras, estas também nomeadas de normas disposição (BARROSO, 2003, p. 151). Nessa linha, em sendo princípio também uma norma, ao mesmo resta conferida plena aplicabilidade e eficácia, podendo incidir no caso concreto até mesmo sem uma normatização infraconstitucional interposta, ou secundária. Essa é a premissa que embasa-se o trabalho. Nesse mesmo sentido pode-se conferir, além dos autores mencionados no corpo do texto, Pietro Perlingieri (2002, p. 11): “[...]. É importante constatar que também os princípios são normas.”; Daniel Sarmento (2003, p. 47), e Gustavo Tepedino (2002, p. 22), apenas para mencionar alguns importantes autores.

9. Sobre o tema conferir, falando por todos, Pietro Perlingieri (2002, p.11).

10. A busca de resposta a esta pergunta permitirá, adiante, verificar em qual, ou quais, propriedades devem incidir a função social.

A propriedade nasceu como instituto plural e temporário (RIZZARDO, 2004, p.173). Iniciou a apropriação sobre objetos móveis, como utensílios de caça e pesca, evoluindo para apropriação imóvel, temporária, ainda com ares de coletividade.

Era época do nomadismo, sendo temporariedade proprietária, como bem pontua Hans Kelsen<sup>11</sup>, decorrência da falta de consciência do ser ainda sobre seu *eu* (*apud* VAZ, 1992, p.43-45).

Da propriedade do solo coletiva, fincada no nomadismo, para o advento da propriedade privada, foi um passo.

Bastou o homem fixar-se de maneira mais duradoura em um determinado local, não praticando tão somente o extrativismo temporário, bem como ter uma maior consciência do *eu* e do seu *núcleo familiar*, que a propriedade privatizou-se.

Todavia, esse caráter multifacetário da propriedade não perdurou sobre todo o curso da história.

A normatização do tema em Roma, especialmente na Lei das XII Tábuas, trouxe a noção de propriedade como domínio da terra, unitária, absoluta e perpetua<sup>12</sup>. Roma adota, porquanto, idéia de exceção, concebendo a propriedade como algo unitário e absoluto.

Seguindo o curso da história, na Idade das Trevas (Média) percebe-se o fenômeno do feudalismo. Propriedade passa a ser encarada de forma desmembrada, com domínio direto e domínio útil, exercido pelos vassalos e susseranos (HIRONAKA; CHINELATO, 2003, p. 84).

Dessa forma, o instituto de nascimento plural, sofre tentativa de redução unitária em Roma, e volta a sua forma plural no feudalismo.

11. Kelsen abordou o tema nos primeiros capítulos de sua obra *Sociedade y natureza – una investigación Sociológica*, os quais foram dedicados a um estudo antropológico e sociológico com o escopo de enfatizar a relação entre o psiquismo dos povos primitivos e a inexistência da propriedade privada, conforme explicitado por Isabel Vaz, em fonte mencionada no final do parágrafo e do trabalho.
12. Conforme pontua Isabel Vaz, embasada nos ensinamentos de Fustel de Coulagens, a propriedade privada nos povos greco-romanos nasce por forte influência da religião. Com efeito, nessa cultura cultuava-se como Deuses os seus antepassados, que eram enterrados e adorados dentro da propriedade familiar. Os cultos eram cercados de rituais sagrados e secretos, pelo que passaram as propriedades a serem cercadas, havendo na cultura à época, até mesmo, referência a um Deus da cerca. Advém, então, as primeiras noções de propriedade privada no contexto greco-romano (VAZ, 1992, p.31).

Nessa linha, o período histórico pré-codificação assistiu, à exceção da idéia romana, a um modelo de propriedade plural, como bem pontua Laura Beck Varela (2002, p.732 – 733), *in verbis*:

Falar em propriedade significa, como ensina o mestre Paulo Grossi, recusar a absolutização da propriedade moderna, produto histórico de uma época, e, com isso, recusar a idéia de um fluxo contínuo e ininterrupto na história jurídica. A *propriedade*, “modelo antropológico napoleônico-pandecista”, consagração de uma visão individualista e potestativa, é apenas uma dentre as múltiplas respostas encontradas, nas múltiplas experiências jurídicas, do passado e do presente, à eterna questão dos vínculos jurídicos entre o homem e as coisas. O termo singular, abstrato, formal, é inadequado para descrever a complexidade das múltiplas formas de apropriação da terra, que antecedem a formulação unitária, correspondente ao período das codificações.

Malgrado essa faceta clássica majoritariamente plural, adotou o Código Francês de Napoleão o modelo unitário de propriedade, especialmente em seu artigo 544<sup>13</sup>.

Neste momento nasce o chamando modelo *romano-napoleônico-pandecista* centrado no individualismo proprietário característico à época (*ter*). Os contratos, nesse modelo, eram utilizados como mero meio de circulação da propriedade, individual, absoluta (KATAOKA, 2000, p. 460). O ser humano restara reduzido ao segundo plano.

Com a Era das Codificações, o modelo romano *aperfeiçoado* na França acabara por influenciar grande parte do mundo ocidental. Não foi diferente no cenário nacional, que, mediante o Código Civil de 1916, trouxe disposição relacionada à propriedade bastante similar à *napoleônica-romana-pandecista*<sup>14</sup>.

Restou transmitido ao contexto global idéia equivocada acerca do modelo proprietário, como se fora algo majoritariamente unitário, absoluto.

Todavia, o direito não poderia ir de encontro à natureza das coisas. A propriedade, como instituto plural, não restaria faticamente reduzida a algo unitário em decorrência da normatização.

O momento pós-codificação, então, passou a assistir, principalmente no Brasil, o nascimento de uma serie de leis esparsas, inicialmente utilizadas apenas em

13. Art. 544: A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos.

14. Menciona-se o artigo 524 do Código Civil de 1916: A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

situações emergenciais, e, posteriormente, desvirtuando até mesmo a *ratio* do instituto, de maneira corrente.

Muitas dessas normas passaram a regular os mais diversos tipos proprietários existentes, ao passo que a propriedade, antes unitária, passou a experimentar alargamento no seu objeto (KATAOKA, 2000, p.463)<sup>15</sup>:

Outrossim, a pluralidade proprietária foi além daquela que historicamente já existiu no globo terrestre. A evolução social e tecnológica vivida pela humanidade levou a apropriação e determinação de valores econômicos a novos bens.

Passou a propriedade, nesse novo cenário, a abranger bens incorpóreos, sendo incluído no conceito de apropriação tudo aquilo que possua um valor econômico, ou ainda que possa ser aferido economicamente<sup>16</sup>.

O próprio conhecimento humano, devidamente registrado, passou a ser protegido como forma proprietária, possibilitando ao seu titular exclusiva exploração por um dado lapso temporal (monopólio)<sup>17</sup>.

É a propriedade imaterial ou intelectual, a qual ganha cada vez mais espaço e importância, através da propriedade industrial (patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, e marcas) e autoral.

A pluralidade proprietária é reconhecida na própria ordem constitucional vigente, no momento em esta tutela bens incorpóreos<sup>18</sup>, propriedade urbana<sup>19</sup>,

15. Sobre o tema, percebendo esse fenômeno em um cenário global, mister a consulta à doutrina de Pietro Perlingieri (2002, p.218 – 219).

16. Em relação ao tema verificar Arnaldo Rizado (2004, p.184).

17. O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu tutela à propriedade intelectual: “Todo ato físico literário, artístico ou científico resultante da produção intelectual do homem, criado pelo exercício do intelecto, merece a proteção legal. [...]” (STJ – 4ª T – REsp nº 57.449/RJ – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, Diário da Justiça, Seção I, 8 set. 1997, p. 42.506).

18. Art. 5º, XXVII, XXXIX; *in verbis*:

XXVII: Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

XXXIX: A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

19. Art. 182: A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º – O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

propriedade rural<sup>20</sup>, e à propriedade<sup>21</sup>, genericamente mediante cláusula geral.

Sendo assim, a propriedade nasce plural, passa por uma tentativa de redução a unidade e conferência de caráter absoluto em Roma e no Código Civil Francês, com conseqüente influência global no movimento codificatório, e retorna a sua noção plural, multifacetária no cenário pós-moderno<sup>22</sup>.

## 4. A FUNÇÃO SOCIAL DAS PROPRIEDADES

### 4.1. Histórico

Conforme noticiado no articulado anterior, verifica-se a existência de propriedades, sejam móveis, imóveis, urbanas, rurais, corpóreas, incorpóreas, etc...

Mas, então, com tanta pluralidade, diferenciação e diversidade, qual é o traço unificador, sob um olhar da legalidade constitucional, capaz de permitir que algo seja batizado como propriedade?

Sem sombra de dúvidas é a observância da sua função social (NETTO LÔBO, 1999, p. 1).

Nessa linha, a propriedade, que consiste em instituto clássico do Direito Civil, necessita ser revisada, revisitada mediante um enfoque civil-constitucional com observância de sua função social, questionando-se acerca dos seus reais contornos.

Mas o que vem a ser função social?

---

20 Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

21 Art. 5, XXII: É garantido o direito de propriedade;

22 Sobre o atual caráter multifacetário das propriedades, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça: “O direito privado de propriedade, seguindo-se a dogmática tradicional (Código Civil, arts. 524 e 27), à luz da Constituição Federal (art. 5º, XXII, CF), dentro das modernas relações jurídicas, políticas, sociais e econômicas, com limitações de uso e gozo, deve ser reconhecido com sujeição à disciplina e exigência da sua função social (art. 170, II e III, 182, 183, 185 E 186, CF). É a passagem do Estado Proprietário para o estado solidário, transportando-se do ‘monossistema’ para o ‘polissistema’ do uso do solo” (arts. 5, XXIV, 22, II, 24, IV, 30, VIII, 182, §§ 3º e 4º, 184 e 185, CF) (STJ – MS nº 1.856-2/DF – 1ª Seção – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – Ementário STJ, nº 10/107).



Malgrado ser relativamente recente a positivação da função social da propriedade no direito brasileiro<sup>23</sup>, o nascimento do instituto remonta à doutrina cristã da Idade Média, sendo referido, sobretudo, na *Suma Teológica* de São Tomás de Aquino, com a idéia de *bonum commune*.

Até mesmo na antiguidade, na qual havia o fenômeno da propriedade coletiva, já era possível enxergar institutos socializantes, a exemplo do *omini agro deserto* em Roma, pelo qual se fazia possível “aquisição” da propriedade mediante utilização de terras longínquas e fronteiriças, desde que os agricultores a tornassem produtiva – uma espécie de antecedente histórico da atual usucapião (GUEDES, 2003, p.346).

A própria corrente jusnaturalista, inspirada em critérios baseados na equidade, também aduziu necessidade de atenção à função social como concretização da justiça divina.

Ideologicamente falando, consiste o marxismo no primeiro forte instrumento ideológico que atacou, veementemente, a propriedade individualista burguesa, a qual se preocupava tão somente com os proprietários, em detrimento dos não-proprietários.

A partir da Primeira Grande Catástrofe Mundial assume o Estado a figura de interventor, não sendo mais somente um regulador das relações privadas. É a tentativa de impulsionar o capitalismo então decadente.

A queda do capitalismo embute na sociedade um sentimento de necessidade de busca por melhorias sociais, por diminuição das desigualdades.

Os direitos individuais passam a não mais ser enxergados como uma ilha, isolada da responsabilidade em relação à sociedade; ao passo que esta (responsabilidade social) passa a não mais ser analisada como um exclusivo dever do Estado. Os atos da vida privada começam a serem analisados mediante a necessidade de ter uma função para sociedade<sup>24</sup>.

23 A expressão Função Social, grafada desta maneira, apenas aparece no ordenamento nacional na Constituição Federal de 1967/69, especificamente na parte referente à Ordem Econômica. Somente na Constituição de 1988 é que ela vem aparecer em outros setores do texto constitucional, e especialmente no art, 5º, XXIII, contaminando todo o tecido normativo.

24 Afirma-se a necessidade do direito subjetivo de propriedade exercer, ter, possuir uma função social. Decerto, não se está a defender neste *paper* a ultrapassada concepção de Duguit, embasada nos ideais de Augusto Conte, segundo a qual o direito é uma função social. Com efeito, a noção de *propriété-fonction*, anteriormente explícita por Proudhon, e sistematizada por Duguit, já havia sido criticada desde seu nascedouro, principalmente por Josserand (VARELA, LUDWIG, 2002, p.768 – 769). Diuturnamente, já resta pacificado, de forma tranqüila, que direitos subjetivos persistem, e devem observar a função social. O ideal de Duguit segundo o qual o direito subjetivo não existe, e é uma função social, não mais merece eco, consistindo, todavia, em importantíssima notícia histórica.

Nessa linha, a própria Igreja Católica inicia a defender necessidade de um exercício mais solidário deste direito, o qual deveria beneficiar os proprietários e a coletividade (não-proprietários). Nesse contexto verifica-se algumas encíclicas papais importantes, a exemplo da *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII, em 1961; a *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 1891, e a *Quadragesimo anno*, de 1931.

Com a explosão demográfica mundial e a maior concentração das pessoas nas cidades, a distribuição dos direitos de propriedade, bem como o seu exercício, ganharam grande relevo.

A moradia, o uso adequado do solo, a não-concentração proprietária, o acesso às propriedades, foram apenas algumas das questões a serem constantes objetos de reflexões pelos estudiosos. Perceberam estes que a solução e redução de índices de violência social passam pela resolução e melhoramento da distribuição das propriedades.

Desse contexto aos dias atuais, o instituto apenas tem galgado maior relevo, sendo inegável a sua força, existência e aplicabilidade hodiernamente.

#### **4.2. Conceito: Conteúdo ou Limite do Direito Proprietário?**

Grande é a discussão acerca do conceito de função social das propriedades, bem como se tal princípio traduz limitação ao direito de propriedades, ou, ao revés, faz parte do próprio conteúdo das propriedades.

Certo é que a lei, principalmente a Constituição, não possui palavras inúteis.

Assim, a expressão função social da propriedade tem de ser devidamente delimitada, ainda que o conceito de social, como se verá, seja histórico-determinável, dependendo da análise do caso concreto, em contraste com o ordenamento jurídico, para concretização.

Stefano Rodotá foi um dos primeiros juristas que, efetivamente, realizou um estudo mais aprofundado sobre o real significado das expressões “função” e “social”.

Consoante Rodotá, o termo “função” opõe-se ao de estrutura, sendo o norte para a averiguação da forma pela qual o direito é operacionalizado. Nessa esteira, no instante em que o ordenamento reconhece que o direito de propriedade não deve ser exercido de forma a satisfazer unicamente ao interesse do seu titular, devendo também se dirigir aos não-proprietários, consigna uma função social ao direito de propriedade. (BULOS, 1995, p.143) (BULOS, 2001, p. 144-145).

Por “social”, ainda na doutrina de Rodotá, deve-se enxergar um padrão elástico por meio do qual se transfere para a órbita legislativa, e do judiciário, certas exigências do momento histórico. Logo, social é um conceito histórico-determinável, vago, elástico, no qual se “encaixariam” os valores relevantes moralmente e eticamente à época analisada.

José Heder Benatti (2003, p.124), por sua vez, afirma que a expressão “função” traz consigo uma idéia de dever ao proprietário, consistindo em uma finalidade a ser dada à propriedade em prol do interesse de outrem. Para este autor, por “social” se infere “conveniente à sociedade”, que “interessa para a sociedade”. Tais valores sociais seriam os elegidos em Lei e na Constituição Federal.

Cristiane Derani (2001, p.53) assevera que função deve ser compreendida como conteúdo. Logo, ao se falar em função social da propriedade, estar-se-á a dizer que o conteúdo da propriedade é social, destinado ao interesse coletivo. Rechaça, assim, a mencionada autora, que o termo função seja sinônimo de finalidade.

A função social da propriedade seria, pois, um dever atribuído ao sujeito proprietário, decorrente do próprio conteúdo do direito de propriedade, que impõe a destinação das propriedades para a obtenção de uma vantagem de cunho difuso, relacionado aos não-proprietários.

Preenchimento da função social da propriedade é causa de existência do direito de propriedade, pois ela faz parte do próprio conteúdo desta, no momento em que a Constituição Federal afirma que a propriedade atenderá a sua função social.

Para ser propriedade terá de exercer, atender a sua função social.

É justamente por isso que a função social da propriedade não é uma limitação ao direito de propriedade, posto que, ao passo que esta é um fator externo ao instituto, que o limita, a função social faz parte do próprio conteúdo da propriedade, do seu conceito, por força constitucional.

Nesse sentido também é o magistério de Gilberto Bercovici (2001, p.76):

Quando se fala em função social, não está se fazendo referência às limitações negativas do direito de propriedade, que atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância. As transformações pelas quais passou o instituto da propriedade não se restringem ao esvaziamento dos poderes do proprietário ou à redução do volume do direito de propriedade, de acordo com as limitações legais. Se fosse assim o conteúdo do direito de propriedade não teria sido alterado [...].

[...]

A mudança ocorrida foi de mentalidade, deixando o exercício de direito de propriedade de ser absoluto. A função social é mais de que uma limitação. Trata-se de uma concepção que se consubstancia no fundamento, razão e justificação da propriedade.

Verifica-se o cumprimento ou não-cumprimento da função social da propriedade mediante a análise da forma como está sendo exercido o direito proprietário no caso concreto.

O direito de propriedade passa de um direito e garantia individual, para um direito e garantia transindividual, pois além das faculdades proprietárias (de uso, gozo, disposição, fruição e seqüela), sobre o instituto incidem os direitos dos não-proprietários.

O princípio da função social da propriedade, então, impõe ao seu titular um dever positivo e um dever negativo. O dever positivo consiste no fato de exercer o seu direito em benefício da coletividade, mediante comportamentos positivos (obrigações de fazer); enquanto o dever negativo diz respeito à obrigação de não exercer o direito de propriedade em prejuízo de outrem, com comportamentos negativos (obrigação de não fazer) (GRAU, 2004, p. 213).

Diga-se, ainda, que função social da propriedade não é um conceito similar ao de produtividade; explica-se: o fato de ser produtiva não leva a propriedade ao cumprimento de sua função social. O princípio constitucional em comento, por exemplo, não é observado em uma propriedade rural que, malgrado produtiva, utilize-se de mão-de-obra escrava.

Nessa linha, cumprimento da função social da propriedade passa pela necessidade de observância da dignidade da pessoa humana, da valorização social trabalho, da diminuição das desigualdades, e de todos os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil, com o escopo de máxima efetivação constitucional (BERCOVICI 2001, p.83).

Somente assim, segundo um viés de legalidade constitucional e máxima efetivação (CANOTILHO, 1999, p. 1148-1150), restará alcançado pelo operador do direito a *única via* apta a ser seguida.

#### **4.3. Incidência: Proposta de Parâmetros Capazes de Aferir Maximização da Socialidade Proprietária**

Mas como fica, então, a incidência da função social nos diversos modelos proprietários?

O fato é que diuturnamente há várias propriedades, e vários microssistemas regendo as diversas espécies proprietárias.

A união, a caracterização do instituto da propriedade, porém, se dá mediante a observância do seu núcleo duro, do seu fator de distinção dos demais institutos; qual seja: observância da sua função social.

Mas como instrumentalizar isto?

Decerto, não são todas as propriedades que sofrem incidência integral do princípio da função social, malgrado a presença desta ser sempre certa.

A necessidade, ou não-necessidade, de maximização deste princípio decorrerá de fatores obtidos mediante a análise do caso concreto.

Sendo assim, não é possível afirmar, em raciocínio inicial e abstrato, ter ou não uma propriedade sobre si uma incidência maior, ou menor, da função social. *Mister* a análise do caso concreto.

Passa-se à análise da normatização da função social da propriedade para, posteriormente, retomar discussão posta sobre o seu alcance total, porém incidências variadas.

A Constituição Federal de 1988, ao dispor derredor da obrigatoriedade do atendimento da função social pela propriedade (art. 5º, XXIII), bem como elencar a função social como um princípio da ordem econômica (art. 170, III), não restringiu o alcance do instituto; melhor dizendo: não disse a quais bens se destinariam à obrigatoriedade de observância da função social da propriedade.

Assim, consolidou o legislador constituinte, principalmente por meio da redação do art. 5º, XXIII, o fator unificador dos diversos tipos proprietários.

Patente este raciocínio até mesmo diante do fato de contemplar a ordem constitucional em comento, conforme mencionado neste trabalho, o direito de propriedade de forma genérica, e propriedades especificamente, a exemplo da intelectual, urbana, e rural, etc...

Ao lado deste fato, possui o texto constitucional redação genérica referente ao princípio da função social da propriedade; impondo observância por todas as espécies proprietárias.

Partindo dessa primeira premissa, e mediante a análise dos dispositivos constitucionais supramencionados, infere-se que a função social da propriedade dirige-se a todas as espécies proprietárias, a todos os bens, sejam estes móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, de produção ou de uso, de consumo, etc...

Sendo assim, a partir da regra constitucional pode-se construir que a função social da propriedade é hoje o núcleo duro do direito proprietário, impassível de mudanças, intransigível.

Essa afirmação é facilmente comprovada a partir da análise das faculdades do proprietário, todas passíveis de mitigação, ao contrário do instituto da função social da propriedade, que é imutável.

Segundo o art. 1228 do atual Código Civil nacional “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, bem como tem o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

Assim é que encerra a redação do artigo 1.228 as faculdades do proprietário, as quais, em sua totalidade, são passíveis de mitigação.

Uso e gozo da propriedade hoje já não têm o absolutismo de outrora, sendo que, no exercício do seu direito, terá o proprietário de observar as limitações à sua conduta, como o direito de vizinhança, a possibilidade de desapropriação, e a vedação ao abuso de direito<sup>25</sup>.

A disposição da coisa, atualmente, já pode ser deveras mitigada, senão vedada, mediante a utilização do instituto do usufruto, ou se gravando o bem com cláusula de inalienabilidade. Tudo isso mediante um ato de vontade devidamente válido.

Ao direito de seqüela pode ser oposto um outro direito: a usucapião.

Já em relação ao princípio função social, não é possível se estabelecer, seja por ato de vontade, seja por inércia do titular, seja por limitação legal, uma não incidência sobre as propriedades, posto ser ele princípio constitucional, e como tal, com força de aplicação imediata (KATAOKA, 2000, p. 462).

É nessa linha que os tribunais vêm reconhecendo possibilidade de aplicação do princípio da função social em diversas espécies proprietárias, demonstrando o seu amplo alcance<sup>26</sup>.

25. Ressalta-se que, conforme já posto neste trabalho, as limitações ao direito de propriedade não se confundem com a obrigatoriedade de observância ao princípio da função social da propriedade, pois este princípio integra o conteúdo das propriedades.

26. Para exemplificar o mencionado, cita-se julgado proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP): “Ementa nº 43462. APELAÇÃO CÍVEL – Meio ambiente – Alegação de que o Poder Público limitou direito de propriedade, limpeza e conservação de um loteamento – Inocorrência – Hipótese em que a autora desmatou vegetação capoeira, sem autorização ambiental – Poder de polícia – Limitação administrativa visando o interesse social – Função social da propriedade – Art. 225 da Constituição da República – Recurso não provido. (Apelação Cível n. 270.664-2 – São Paulo – 4ª Câmara de Direito Público – Relator: Nelson Schiesari – 11.04.96 – V.U.)”.

Entrementes aqui há de ser feita uma ponderação.

Defende-se que nem sempre o bem será passível de cumprir de forma plena a sua função social. A presença do princípio da função social da propriedade sempre é certa, porém sua incidência nem sempre é potencializada.

A potencialização liga-se a dois fatores fundamentais para uma maior ou menor incidência, ou até mesmo não-incidência do instituto (o qual estará potencialmente presente). São os fatores: 1. Aptidão, ainda que potencial, de a propriedade satisfazer interesses difusos; e 2. Escassez da propriedade.

Tais fatores deverão ser analisados conjuntamente, no caso concreto, para que perceba-se haver, ou não, maior, ou menor maximização do princípio da função social das propriedades; ou ainda sua não potencialização.

Ressalta-se que a não maximização do instituto não decorre da sua inexistência; mas sim do fato do princípio em comento não ter sido potencializado, consoante a não constatação dos fatores fundamentais postos.

Desta forma, como já mencionado, não se poderá analisar a obrigatoriedade, ou não-obrigatoriedade de observância da função social da propriedade de forma abstrata, sem a análise do caso concreto.

A escassez, aliada à potencial aptidão de atender interesses difusos do produto, levará a uma maior ou menor incidência da função social da propriedade. É justamente aqui que fica mais claramente perceptível a potencialização do princípio nos bens de consumo<sup>27</sup>.

---

Outro interessante julgado advém do Superior Tribunal de Justiça (STJ) “**Acórdão**. Resp 27039 / SP; RECURSO ESPECIAL 1992/0022713-9. **Fonte**. Dj data:07/02/1994 pg:01171 jbcc vol.:00174 pg:00301 lexstj vol.:00058 pg:00129 rstj vol.:00059 pg:00268. **Relator**. Min. Nilson naves (361). **Data da decisão**. 08/11/1993. **Órgão julgador**. T3 – terceira turma. **Ementa**. Médico. Direito de internar e assistir seus pacientes. Cod. De ética médica aprovado pela resolução cfm n. 1.246/88, art. 25. Direito de propriedade. Cod. Civil, art. 524. Decisão que reconheceu o direito do medico, consubstanciado na resolução, de “internar e assistir seus pacientes em hospitais privados com ou sem caráter filantrópico, ainda que não faça parte do seu corpo clínico, respeitadas as normas técnicas da instituição”, não ofendeu o direito de propriedade, estabelecido o art. 524 do cod. Civil. **Função social da propriedade**, ou direito do proprietário sujeito a limitações. [...] recurso especial não conhecido. **Decisão** por unanimidade, não conhecer do recurso especial.

Ainda há uma série de julgados no direito pátrio, tendo citado estes apenas de forma exemplificativa.

27. Neste ponto não poderia deixar de ser mencionado a opinião do festejado mestre baiano Orlando Gomes (2004, p.125), segundo a qual a função social apenas atinge bens de produção, ao passo que os bens de consumo possuem, como bem pontua Eros Roberto Grau (2004, p. 210), uma função individual latente, impassível de socialização. É justamente a tese oposta que resta defendida nesta *paper*, apesar de consignar, desde logo, o imenso respeito aos doutos supramencionados, bem como outros que eventualmente sigam aquela idéia. Concordando com a linha aqui exposta, refutam expressamente a tese explicitada por Orlando Gomes em razão de não mais acolher uma linha de legalidade constitucional, André Osório Gondinho (2000, p.426), Pietro Perlingieri (2002, p.230), dentre outros.

Ressalta-se que para a análise da escassez terá de se levar em conta o binômio necessidade x quantidade; ou seja: a escassez pressupõe a presença destes dois itens de forma diversa: grande necessidade e baixa quantidade.

Passa-se aos exemplos para esclarecer o raciocínio.

Imagine-se uma pequena ilha, há milhas náuticas do continente ou outra forma de civilização, na qual há uma única casa vaga, e o seu proprietário nega-se a alugá-la para a instalação de uma farmácia. Enfatiza-se que na ilha em comento inexistente farmácia, bem como, por ser bastante pequena, não há terrenos vagos. Devido a esta casuística, seus moradores, sempre que necessitam de remédios, têm de se dirigir até o continente para adquiri-lo.

A única justificativa do proprietário em não alugar o bem é a espera de sua valorização.

Será que o princípio da função social da propriedade não poderá incidir neste caso concreto, sobre o bem em questão, para que, por meio de uma ação judicial e mediante o arbitramento de um valor justo de aluguel, seja o proprietário (que não usa o seu imóvel e o deixa fechado) compelido a realizar o contrato de locação?

Não restam dúvidas de que a resposta é positiva; e o é pelo fato de o imóvel em comento ter uma aptidão para atender interesses transindividuais.

A incidência do princípio não levará em conta a natureza do objeto da propriedade, a sua característica de bem de produção ou de consumo, móvel ou imóvel, material ou imaterial, mas sim a aptidão de atender a interesses difusos e a presença da escassez.

Seguem os exemplos.

O art. 182, §4º, da Constituição Federal, obriga o aproveitamento racional do terreno urbano, posto que este possui função social. Acaso não atendido este preceito constitucional, poderá o Estado sancionar o proprietário, pelo fato de não estar observando o núcleo duro do direito proprietário: o exercício da função social da propriedade. Assim é que prevê o mencionado artigo a possibilidade de edificação ou parcelamento compulsório (inciso I); a incidência de IPTU progressivo (inciso II); e a possibilidade de desapropriação (inciso III).

Desse raciocínio, infere-se que a propriedade de um terreno residencial urbano, por exemplo, a qual não consiste necessariamente em um bem de produção, tem de exercer a sua função social; ou seja: nela há de se construir e habitar, caso localizada em local de difícil obtenção de outros terrenos (tenham-se presentes os requisitos: aptidão potencial de atender a interesses transindividuais e escassez).



Tal obrigatoriedade traduz, inclusive, o direito de moradia e habitação, de cunho constitucional: art. 6º da Lei Maior.

De mais a mais, o §2º do art. 182 da Constituição nacional dispõe que a propriedade urbana cumpre a sua função social no momento em que atende às exigências do plano diretor, não aduzindo este artigo ser a propriedade urbana bem de produção, de consumo, ou de qualquer outra espécie (ou seja, englobando todas as espécies).

É justamente pelo plano diretor, por exemplo, que é imposta obrigação de não edificação superior a certa altura na orla marítima, devido à necessidade de circulação do ar para todos, e manutenção de uma vista agradável para a sociedade. Será que toda propriedade constante na orla marítima é um bem de produção?

Com certeza não o é<sup>28</sup>!

Seguem os exemplos elucidativos.

Aqui os mais céticos passariam aos questionamentos mais extremos com o escopo de tentar derrubar a tese.

Com certeza, não demoraria muito para advir o seguinte pergunta: já que toda a propriedade tem uma função social, então é possível enxergar a função social de uma caneta, um lápis, um caderno, uma televisão, um carro, um medicamento, um livro?

Claro que sim, desde que observados os parâmetros postos.

---

28. Sobre o tema interessante o seguinte julgado do STJ: **Acórdão** ROMS 13252 / PR; RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0070379-8. **Fonte** DJ DATA:03/11/2003 PG:00285. **Relator** Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094). **Data da Decisão**. 19/08/2003. **Órgão Julgador** T2 – SEGUNDA TURMA. **Ementa** ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDIFICAÇÃO LITORÂNEA. MUNICÍPIO DE MATINHOS. EMBARGO PELO ESTADO. LEGALIDADE. USO DO SOLO URBANO. INTERESSE DA COLETIVIDADE. LEI E DECRETO PARANAENSE 7.389/80 E 4.605/84. O uso do solo urbano submete-se aos princípios gerais disciplinadores da **função social da propriedade**, evidenciando a defesa do meio ambiente e do bem estar comum da sociedade. Consoante preceito constitucional, a União, os Estados e os Municípios têm competência concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, em defesa do meio ambiente para preservação da saúde pública e, até, do lazer. A Lei 7.389/80 e o Decreto 605/84 do Estado do Paraná não foram revogados pelo art. 52 do ADCT Estadual, nem interferem na autonomia do Município de Matinhos, devido à mencionada competência legislativa concorrente. Recurso ordinário conhecido, porém, improvido. **Decisão** Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Eliana Calmon, Franciulli Netto, João Otávio de Noronha e Castro Meira. Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto.

A função social destes bens existe, em que pese ser, em alguns locais, momentos e culturas, imperceptível, ao passo que não há escassez *a priori*.

Entrementes, no momento em que estes bens se tornem escassos, e, logicamente, com potencial aptidão para atender a interesses da coletividade, sobressairá obrigatoriedade do exercício da sua função social (núcleo duro da propriedade), devendo ser colocados à disposição dos não-proprietários.

Assim, a função social da propriedade, inicialmente quase imperceptível em tais bens, poderá ser potencializada, devendo estes ser utilizados de modo a satisfazerem os não-proprietários.

Para ilustrar o dito, menciona-se o caso do rodízio de veículos em São Paulo, atacado por muitos com o fundamento de que desrespeitaria o direito de propriedade, pois limitaria o uso e gozo do veículo.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em análise de mandado de segurança sobre o assunto, determinou que a propriedade há de ser exercida em função da sociedade (função social), sendo que o rodízio de carros é legal por proteger a saúde e o meio ambiente, ponderando interesses e sopesando princípios no caso concreto. Cita-se a ementa do julgado:

Ementa nº 205510. MANDADO DE SEGURANÇA – Sistema de rodízio de veículo, instituído pela Lei 9.358/96 (Regulamento, Decreto 41.049/96) – Não violação ao direito à locomoção, à propriedade e à isonomia – Proteção à saúde e ao meio ambiente – Função social da propriedade – Condição para o próprio exercício – Cassação da ordem, mantida – Recurso, não provido. (Apelação Cível n. 63.520-5 – São Paulo – 5ª Câmara de Direito Público – Relator: William Marinho – 25.02.99 – V.U.)

Nessa linha, é plenamente possível a aplicação da socialidade proprietária a quaisquer tipos de bens, bastando presença de escassez e aptidão para atender interesses difusos.

Medicamentos, por exemplo, podem ter sua função social sobressaltada, quando comercializados em valores tão exacerbados que não possibilitem o acesso de grande parte da população carente<sup>29</sup>.

29. É justamente este o fundamento constitucional para a *quebra de patentes* do Cocktel anti-HIV, mediante o mecanismo infraconstitucional do licenciamento compulsório, e conseqüente produção de genéricos. Sobre o tema, há trabalho redigido por este mesmo autor que aborda, de forma profunda, a questão relativa às patentes de medicamentos, tratados internacionais como TRIP'S, produção de genéricos e importações paralelas.

Idem em relação a livros, programas de computador, cultura de uma maneira geral, as quais, em uma ótica civil-constitucional, integram o patrimônio mínimo.

Por fim, diga-se que os parâmetros postos não são exclusivos, até mesmo por tratar-se este trabalho de uma tentativa de construção.

Ademais, não necessitam de presença conjunta, podendo verificar-se de forma separada, como na hipótese de em inexistindo escassez a propriedade ser funcionalizada com o escopo de promoção de moradia (aptidão de atender interesses da coletividade).

## 5. CONCLUSÃO

Diuturnamente a propriedade pode ser considerada como um feixe complexo de direitos (FACHIN, 2003), ao passo em que contempla no seu conteúdo uma esfera individual e outra difusa, socialmente funcionalizada.

Nessa linha, malgrado consistir em instituto clássico do Direito Privado, tem sobre si incidência de norma de ordem pública, cogente, em razão da constitucionalização do Direito Civil.

Propriedades hão de atender a função social, seu conteúdo.

Ao esculpir a função social da propriedade em norma princípio que contamina toda a normatividade constitucional, não traça o texto maior nenhuma exceção à sua aplicabilidade. Por óbvio, em uma linha de legalidade constitucional, não há o aplicador do direito trazer exceções.

Mas, então, quais são os parâmetros possíveis para aferir uma maior, ou menor, potencialização do instituto?

É justamente aqui que reside tentativa de construção do trabalho.

Como balizas não taxativas para verificação de maior, ou menor, maximização proprietária, sugere-se a aptidão para atender interesses da coletividade e a escassez, esta aferida mediante equação que relaciona a quantidade x necessidade.

Ambas balizas traduzem conceitos relativos, históricos-determináveis, necessitando da análise do caso concreto para aplicação. De igual forma não combate-se a idéia de ser possível existirem outros referenciais.

Decerto, apenas mediante tal construção é que respeitara o interprete a maximização dos princípios da ordem constitucional, concretizando os princípios,

fundamentos e objetivos da república, como a dignidade da pessoa humana, diminuição das desigualdades, solidarismo social, etc...

Somente assim que a legalidade constitucional será respeitada, tanto no seu aspecto formal, como material, sendo a propriedade, enfim, vista como “[...] menos exclusão e mais abrigo, menos especulação e mais produção”. (FACHIN, 2003).

## 6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. São Paulo: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 6ªed., 2002.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2004

BERCOVICI, Gilberto. “A Constituição de 1988 e a Função Social da Propriedade”. In JUNIOR NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coor.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, ano 2 Julho-Setembro 2001.

BULOS, Uadi Lamêgo. Função Social da Propriedade (Perspectiva Constitucional). In CARRION, Valentin (diretor). **Trabalho & Processo. Revista Jurídica Trimestral**. São Paulo: Saraiva, Setembro 1995.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal Anotada**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 3 ed, 1999.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “Propriedade e Posse: Uma Releitura dos Ancestrais Institutos”. Em Homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. In **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. São Paulo. Ano 4, Vol. 14. Editora Padma. , Abril – Junho de 2003.

DERANI, Cristiane. A Propriedade na Constituição de 1988 e o Conteúdo de Sua Função Social. In **Revista Trimestral de Direito Público 34/2001**. São Paulo: Malheiros, 2001.

- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. CAMARGO, Jefferson Luiz (Trad). São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. BOEIRA, Nelson (Trad). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. **O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro, Renovar: 2001.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil. Teoria Geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.
- FONTES, André R. C.. Limites constitucionais ao direito de propriedade. In TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GEHLEN, Gabriel Menna Barreto Von. “O Chamado Direito Civil Constitucional”. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. FACHIN, Luiz Edson (atualizador). Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Ensaio de direito civil e de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- GONDINHO, André Osório. “Função Social da Propriedade”. In TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 8 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. Tradução Gilmar Ferreira Mendes.
- KATAOKA, Eduardo Takemi. Declínio do Individualismo e Propriedade. In TEPEDINO, Gustavo. **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LUDWING, Marcos de Campos; VARELA, Laura Beck. . In: Martins-Costa, Judith (org.). “Da Propriedade. Às Propriedades: Função Social e reconstrução de um Direito.” **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

- LUDWING, Marcos de Campos. Direito Público e Direito Privado: A Superação da Dicotomia. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. Das Propriedades à Propriedade: Construção de um Direito. In: Martins-Costa, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navegandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em: 03 maio 2004.
- PERLINGINERE, Pietro. **Perfis do Direito Civil Constitucional. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SANTOS, Boaventura Sousa. **Pela Mão de Alice**. 9ª Edição. São Paulo: Cortez, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito**. 4ª Edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SZANIAWSKI, Elimar. “Aspectos da Propriedade Imobiliária Contemporânea e sua Função Social”. In NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). In **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 3, ano 1 Julho-Setembro 2000.
- TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TEPEDINO, Maria Celina M. B. “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”. In **Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial**. Ano 17, Julho-Setembro, 1993.
- VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- VENOSA, Silvio do Salvo. **Direito Civil: Direito Reais**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

# IX

## COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*Miguel Calmon Dantas*

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Constitucional da Faculdade Baiana de Direito e de Direito Constitucional e Direito Econômico da Universidade Salvador (UNIFacs). Professor dos Cursos de Pós-graduação da Unifacs e do Juspodivm e dos cursos regulares do Juspodivm. Procurador do Estado da Bahia. Advogado.

**RESUMO:** A progressiva expansão das vias de controle concentrado e o reforço da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal não são suficientes para eliminar a relevância da competência senatorial no controle difuso de constitucionalidade. Decorrente da ausência no sistema brasileira do *stare decisis*, a atribuição conferida ao Senado Federal para sustar a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal se justifica pela necessidade de abertura processual prévia como condição para a eficácia *erga omnes*. Ademais, o Senado Federal procede a uma verificação da transcendência do vício de inconstitucionalidade verificado no controle difuso-concreto, sendo-lhe possível modular a eficácia temporal da sustação que, em regra, opera efeitos retroativos.

**ABSTRACT:** The gradual expansion of the ways of intent control and the reinforcement of the authority of the decisions of the Supreme

Federal Court are not enough to eliminate the relevance of the senatorial competency in the judicial review. Decurrent of the absence in the Brazilian system of *stare decisis*, the attribution conferred to the Federal Senate to stop the effectiveness of unconstitutional declared law for the Supreme Federal Court is justified for the necessity of previous procedural opening as condition for the binding effectiveness. Moreover, the Federal Senate proceeds to a verification the transcendence of the vice of unconstitutionality verified in the judicial review by Supreme Federal Court, being possible to declare, or not, the retroactive effect.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle difuso de constitucionalidade. Brasil. Senado Federal. Competência. Efeitos.

**KEYWORDS:** Judicial review of legislation. Brazil. Federal Senate. Competency. Effectiveness.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O Princípio da Supremacia da Constituição; 3. Controle Difuso de Constitucionalidade; 3.1. Origem e Fundamentos do Controle de Constitucionalidade; 3.2. Controle Difuso de Constitucionalidade no Brasil e a Relevância da Participação do Senado Federal; 4. Competência do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade; 4.1. Natureza do Controle; 4.2. Âmbito de aplicação e atos sujeitos à resolução senatorial; 4.3. Natureza da Competência; 4.4. Eficácia e retratação; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo da competência do Senado Federal para editar a resolução suspensiva da eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal apresenta hodiernamente uma acentuada relevância pelo fato de cada vez mais ser exercida pela Câmara Alta.

A aludida competência surgiu como forma de tentar adaptar o controle difuso de constitucionalidade num Estado em que não há a vinculação aos precedentes, como ocorre geralmente no sistema constitucional americano.

Ademais, todo e qualquer tema referente ao controle de constitucionalidade que possibilite o aperfeiçoamento do sistema de garantias da Constituição Federal exige a mais apurada atenção, posto que representa o fundamento jurídico que afirma o princípio da supremacia da constituição.

A despeito da ordem constitucional brasileira consagrar um sistema misto desde a adoção da ação direta de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65<sup>1</sup>, o controle difuso de constitucionalidade tem uma função primordial de garantia no âmbito da tutela das situações individuais e, reflexamente, da própria ordem constitucional, a justificar uma detida análise sobre a competência senatorial.

A peculiaridade da solução dada pela Constituição Federal de 1934, persistindo nas demais constituições, com exceção da de 1937, coloca uma série de indagações assinaladas tanto por Manoel Jorge e Silva Neto<sup>2</sup> (2006, p. 168-169) como por Dirley da Cunha Júnior<sup>3</sup> (2006, p. 146-148), também observadas, algumas delas, por Luis Roberto Barroso (2004, p. 90-92).

Além de tais indagações, que não podem ser analisadas e respondidas sem a percepção da diferença ontológica entre o sistema constitucional atual e aquele consagrado em 1934, impõe-se a precisa aferição da pertinência de entendimentos

1. Com a antecedente da Ação direta de inconstitucionalidade interventiva, surgida em 1934.
2. Indaga o aludido doutrinador acerca da transformação do controle em jurisdicional para misto pela participação do Senado, se a competência em questão se refere ao controle difuso ou ao concentrado, se se trata de competência vinculada ou discricionária, e se apresenta caráter retroativo.
3. O mencionado constitucionalista investiga a quem compete a comunicação para o Senado Federal, se a competência do Senado Federal concerne ao controle difuso, ou também ao concentrado, se se limita à suspensão da lei, ou abrange qualquer ato normativo, inclusive estaduais e municipais, se há prazo para a manifestação senatorial, como também da sua extensão, da sua eficácia, da sua natureza e caracterização como competência vinculada ou discricionária, bem como sobre a possibilidade de sua revogação.



doutrinários que relegam a competência senatorial a segundo plano, sustentando sua inutilidade, como atestam Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 150), Gilmar Ferreira Mendes (2004, p. 279)<sup>4</sup>, diante dos efeitos próprios das decisões em controle difuso, advogando Fredie Didier Jr. (2006, p. 125) que o recurso extraordinário passa a ser instrumento de controle difuso-abstrato de constitucionalidade, dando ensejo ao cabimento de reclamação constitucional se não for seguido o entendimento trilhado pelo Supremo Tribunal Federal no seu julgamento.

Para tanto, procede-se, inicialmente, à análise do princípio da supremacia da constituição, correlacionando com o caráter normativo e garantista da ciência do direito constitucional e, numa perspectiva mais ampla, da ciência jurídica, expondo a exigência da compreensão da indicada problemática a partir dos princípios da máxima efetividade e da correção funcional, ainda que não se adote uma perspectiva procedimentalista e metódica da interpretação constitucional.

Em seqüência, promove-se o exame do desenvolvimento do controle difuso de constitucionalidade, desde as origens históricas e doutrinárias até sua institucionalização hodierna no sistema pátrio, enfrentando a questão do caráter *erga omnes* das decisões que julgam recurso extraordinário precedida do acolhimento da arguição incidental de inconstitucionalidade para o Plenário da Excelsa Corte, na forma do art. 97 da Constituição Federal.

Assim, estão estabelecidas as condições de aproximação da querela acerca da competência senatorial do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, sendo esclarecedora a compreensão da posição do Senado Federal na estrutura constitucional brasileira, com um breve esboço histórico acerca da sua função e representatividade.

Ultrapassadas tais etapas, será efetivamente investigada a competência senatorial em questão, afirmando-se a sua utilidade e o seu regime jurídico-constitucional no âmbito do ordenamento constitucional pátrio, asseverando a competência não apenas do Senado Federal, como de todos os órgãos da República, para zelarem pela supremacia da Constituição, a teor do inciso I do seu art. 23, ressaltando a relevância da resolução para a preservação não apenas da ordem constitucional objetiva, mas dos direitos, fundamentais ou não, que tenham sido lesados por ato normativo do Poder Público sem que tenha sido acionado o sistema de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

4. Que, inclusive, chega a afirmar que a previsão da resolução senatorial corresponde a anacronismo histórico (MENDES, 2004, p. 272-273).

## 2. O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

O princípio da supremacia da constituição é um corolário da primazia hierárquica em que se assenta a constituição, resultando do caráter de lei fundamental que lhe é conferido; todavia, nem sempre à constituição, como já referido, foi assegurado tal posição prevalecente e sobranceira no ordenamento jurídico, notadamente em virtude de ausência de órgão que promovesse a fiscalização da compatibilidade dos atos do Poder Público, especialmente dos atos normativos oriundos da função legislativa, ao sistema constitucional.

A falta de controle de constitucionalidade, de fora parte a existência de outros fundamentos que sustentam a supremacia constitucional, ocasiona a impossibilidade de embasar a vinculação positiva e negativa da constituição em face dos chamados poderes constituídos, não lhe sendo assegurada a condição de parâmetro para a validade das normas jurídicas infraconstitucionais, seja no âmbito da compatibilidade material, seja no que tange à compatibilidade formal.

A concepção de constituição, para ser efetiva, impõe que se lhe reconheça a ascendência também sobre o legislador, conferindo caráter normativo a todas as suas disposições, de modo a inferir a existência de força normativa conformadora da realidade que seja proveniente da pretensão de eficácia da constituição.

Embora houvesse o surgimento do constitucionalismo moderno, advogando a prevalência da constituição enquanto documento escrito que limita o poder e consagra direitos fundamentais, havia, notadamente na Europa, a supremacia do Parlamento em detrimento do caráter paradigmático que deveria gozar, desde então, o texto constitucional, sendo-lhe negada a parametricidade necessária a sua afirmação hierárquica.

Nesse sentido, insta colacionar a doutrina de Sanchez (1998, p. 147), que retrata a dificuldade do constitucionalismo francês revolucionário de admitir o caráter fundamental da constituição, *in verbis*:

En aquellos momentos, no sólo no predomina la idea de un poder realmente constituyente, sino que, además, faltan las condiciones sociales y históricas para ello. Queremos decir que los intereses dominantes en la Asamblea no necesitaban una verdadera Constitución, ni era ésta imprescindible al sentido último de la Revolución misma, que no se dirigía a limitar el legislador, sino, a imponer la supremacía de u obra, la ley, precisamente. Será la ley a la que oscurezca a la Constitución, al contrario de lo que estaba ocurriendo en el norte de América.

O constitucionalismo francês apresentava uma concepção radical de democracia, fundada no sistema representativo e no dogma da lei como expressão da vontade geral, além de uma resistência a conferir aos juízes a possibilidade

de não se sujeitarem à legalidade, numa compreensão estanque da doutrina da separação de poderes que obnubilava a dimensão complementar do sistema de freios e contrapesos, de modo a ensejar o que Acosta Sanchez denominou de constitucionalismo sem constituição, ao contrário do que se ocorreu, um pouco depois, no constitucionalismo americano.

José Maria Porras Ramirez (2002, p. 62-63) expõe as insuficiências do princípio democrático e sustentando a necessidade de uma democracia constitucional, afirma que a qualidade de superioridade das normas constitucionais deve ser acompanhada de um catálogo de garantias, em que se insere, evidentemente, o controle de constitucionalidade, asseverando a necessidade de vinculação também do legislador, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

...ese deber de sujeción del poder legislativo a la Constitución y la conseguinte tutela de la supremacía de ésta, suele verse, a su vez, ordinariamente asegurado mediante la previsión de un sistema jurisdiccional de control de la constitucionalidad de las normas que de aquél emanan.

A compatibilidade material, como é cediço, importa na conformidade contéudística entre o ato normativo e o parâmetro constitucional, enquanto a compatibilidade formal dá ensejo à verificação da conformidade do processo de produção do ato normativo em questão com aquele discriminado pelo sistema constitucional.

A ausência de alguma das compatibilidades dá ensejo a uma desconformidade vertical conducente à inconstitucionalidade<sup>5</sup> do ato normativo em questão, carecendo de fundamento de validade, ou, como prefere Palu (1999, p. 63), consiste numa “incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da *incorreção formal* (processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da *incorreção material* (conteúdo substancialmente incompatível), observada sempre verticalmente.”

Com efeito, o caráter de supremacia da constituição se origina de sua natureza de lei fundamental, sendo que a sua fundamentalidade decorre de fundamentos lógico-jurídicos e de fundamentos jurídicos-positivos.

Os fundamentos lógico-jurídicos consistem na fundamentalidade política, na fundamentalidade jurídica e na fundamentalidade axiológica, todas ínsitas à constituição, além do seu caráter de autovalidação.

5. O âmbito do presente não permite que se trate da inconstitucionalidade por omissão que, inequivocamente, insere-se no âmbito das preocupações hodiernas da doutrina no sentido de promover a efetividade dos direitos fundamentais e resguardar a supremacia constitucional.

A fundamentalidade política resulta do caráter não apenas limitador, mas também dirigente do exercício do poder público, interdizendo a interferência excessiva do Estado no âmbito dos direitos fundamentais, mas conferindo-lhe um âmbito de atuação sobre a realidade no sentido de assinalar metas e objetivos que devem consubstanciar prioridades no planejamento e na implementação das políticas públicas.

Thomas Cooley (2004, p. 05) assevera que a constituição expressa a vontade definitiva do povo, enquanto a vontade do legislador só se caracteriza como direito se se harmoniza ou, ao menos, a ela não se opõe.

Sendo assim, não há de sustentar a insindicabilidade dos atos políticos, salvo aqueles poucos que sejam absolutamente irrelevantes em face da disciplina constitucional, concordando-se com Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 276-278).

Nesse sentido, no âmbito do presente estudo, ainda que a competência senatorial para expedir a resolução suspensiva da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal represente um ato de natureza política, não se pode admitir que se sujeite em caráter absoluto ao juízo de conveniência e oportunidade da Câmara Alta, como será detidamente explicitado.

A fundamentalidade jurídica decorre da constituição revelar-se como *norma nomarum*, ou seja, de ser a fonte das fontes do direito e regular a produção jurídica pelas demais fontes por ela expressa ou implicitamente habilitadas à introdução de normas jurídicas no sistema, do que resulta a primazia hierárquica, bem trabalhada, ainda que em concepções eminentemente formalistas, por Hans Kelsen (2001, p. 224-228), ao sustentar a constituição como norma fundamental jurídico-positiva que se constitui no parâmetro de validade das normas infraconstitucionais, tendo, ela própria, validade por uma norma fundamental pressuposta – norma hipotética fundamental ou norma fundamental lógico-jurídica –, que consiste no imperativo de observância da primeira constituição jurídico positiva.

A fundamentalidade axiológica, por sua vez, expressa a consagração na constituição dos valores, da idéia de Direito que permeia determinada comunidade, cabendo, com Carmem Lúcia Antunes Rocha (1991, p. 51-52), referir que a constituição “traz um sentido de transcendência da própria norma [...], traduz uma idéia de Direito e, especialmente, de Justiça material a ser realidade por e segundo o quanto nela se estabelece, que supera o direito positivo”, concluindo que advém da superioridade do querer do povo que nela se expressa, preponderante pela prevalência do processo constituinte sobre os processos político-decisórios ordinários, desenvolvidos pelos representantes do povo, acentuando uma antecedência cronológica, lógica e ideológica.

Malgrado a força justificadora e legitimadora da supremacia constitucional que advém dos fundamentos lógico-jurídicos de sua condição de lei fundamental, poder-se-ia considerar tratar-se de um constitucionalismo sem constituição se não houvesse os fundamentos jurídico-positivos, quais sejam, a rigidez constitucional e o controle de constitucionalidade.

Ora, a inexistência de rigidez afasta a primazia hierárquica e, conseqüentemente, obstaculiza o controle de constitucionalidade, como ressalta Elival da Silva Ramos (1994, p. 54-55) ao assentar que a inalterabilidade da constituição pelos processos ordinários de produção normativa fundamenta a supremacia constitucional, embora refira às concepções que admitem a supremacia também nas constituições flexíveis, sendo o entendimento adotado por Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2000, p. 15-17).

Logo, torna-se imprescindível, como acentuado, que a constituição traga consigo um sistema de garantia a sua própria força normativa que assegure a pretensão de eficácia e a viabilize a sua transformação em força ativa incidente sobre a realidade.

Em corroboração ao que se vem de afirmar, Carmem Lúcia Antunes Rocha (1991, p. 53-54) ao sustentar a autogarantia como um dos fundamentos da supremacia, em excerto abaixo transcrito, *in verbis*:

Em virtude da supremacia é que se faz mister a autogarantia constitucional, cuja expressão está no princípio da constitucionalidade dos atos e comportamentos dos poderes públicos e, inclusive, dos particulares. A tradição mais acabada do acatamento e observância deste princípio está na definição dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos dos poderes públicos e, inclusive, no controle da constitucionalidade dos atos dos particulares pelos poderes públicos competentes.

Por conseguinte, ainda que a ausência de controle de constitucionalidade, persistente no constitucionalismo inglês, não importe necessariamente num regime arbitrário e ofensivo aos direitos fundamentais, certamente produziria tais efeitos em âmbito político-institucional distinto.

De qualquer sorte, a pujança da força normativa da constituição era tão destacada no constitucionalismo americano que é conhecida a assertiva de Thomas Cooley (2004, p. 2-3) que, após expor a sua concepção de constituição como lei fundamental, reputa a ser paradoxal considerar uma lei como inconstitucional, posto que um ato do Parlamento que se oponha à constituição não é, de fato, lei<sup>6</sup>.

6. Ainda esclarecedora sobre a questão é a exposição de Ruy Barbosa (2003, p. 39) acerca das diferentes compreensões sobre a noção de inconstitucionalidade segundo os três constitucionalismos modernos,

Diante disso, evidencia-se que a supremacia da constituição, sustentada juridicamente pelo controle de constitucionalidade, deve balizar a dimensão crítico-reflexiva da investigação sobre os temas constitucionais, notadamente os que concernem ao próprio controle de constitucionalidade, por representarem o cerne garantístico do próprio sistema constitucional.

Por conseguinte, para se adentrar na análise da competência senatorial para sustar a eficácia de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo há de se conceber que o art. 52, inciso X, da Constituição se insere num texto cuja compreensão está, usualmente, arraigada a preconceitos inautênticos que precisam ser colocados em suspensão a fim de que seja possível trazer o texto à fala e, conseqüentemente, proceder à compreensão/interpretação/aplicação do sobredito dispositivo.

Trazer a Constituição Federal à fala representa, pois, o encontro com a tradição e a historicidade que provém do texto, ensejando o movimento dialógico balizando pelo perguntar, como sustentado por Gadamer (1999)<sup>7</sup>.

Para tornar possível o diálogo a partir de todos os questionamentos indicados pelo art. 52, inciso X, da Constituição Federal, impõe-se a contínua reflexão para que não se chegue, novamente, ao estado de alteração de que trata Ortega y Gasset (2003, p. 24-29), posto que o conhecimento não é um presente ou um dom, resultando da capacidade reflexiva que o homem desenvolve com esforço e de maneira oposta ao movimento natural que lhe seria esperado, de ser conduzido pelo ambiente ao invés de dirigi-lo.

Para tanto, passa-se à análise do controle difuso de constitucionalidade, com a referência breve a sua origem histórica e doutrinária mais próxima e, de maneira mais acurada, do sistema brasileiro, com as inovações promovidas pela contínua expansão do controle concentrado que, entretanto, não se afiguram suficientes a suprimir a relevância do controle difuso.

---

representando na Inglaterra um ato que se opõe ao espírito da Constituição inglesa, que não importa em sua invalidação, enquanto na França significaria apenas e tão-somente uma censura, continuando os tribunais obrigados a dar-lhe aplicação; já nos Estados Unidos, representa a nulidade de ato normativo que, assim produzida, implica a constatação do excesso de poder legislativo, merecendo a invalidação porque írrito *ab initio*.

7. Que bem retrata a relação entre hermenêutica e dogmática, ao afirmar que (GADAMER, 1999, p. 490) “Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.”

### 3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

A importância de examinar as origens do controle difuso se justifica diante da necessidade de que seja desenvolvida a compreensão da sua institucionalização na Constituição Federal de 1988 de acordo com as especificidades sociais, culturais, políticas e econômicas que são próprias do Brasil e irrepetíveis.

Assim, cumpre trazer a lume a imprescindível advertência feita por Sérgio Buarque de Hollanda (1995, p. 31), abaixo transcrita, *in verbis*:

Trazemos de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e tímbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevisos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça parecer participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem.

A aludida observação se faz pertinente no âmbito do presente estudo em razão do Brasil ter adotado, com a inauguração da tradição republicana em 1891, o sistema difuso de constitucionalidade que, mais tarde, veio a conviver com o controle concentrado, a exigir da doutrina a extração da máxima potencialização da capacidade protetiva e garantista da supremacia constitucional.

Releva notar que, ainda em tal circunstância, a adoção do mecanismo da resolução senatorial expressou a tentativa de solução de um grave problema oriundo da adoção do modelo americano em Estados que, por adotarem o sistema romano-germânico do direito escrito, não acolhem como fonte do direito o precedente judicial, dotado, no máximo, apenas de força persuasiva, como será exposto mais adiante.

Diante disso, faz-se mister retornar às origens do sistema e aos seus fundamentos, analisando o seu acolhimento pelo constitucionalismo brasileiro.

#### 3.1. Origem e Fundamentos do Controle de Constitucionalidade

A sustentação de que o controle difuso de constitucionalidade é o responsável pelo surgimento da supremacia da constituição não ignora a existência de antecedentes em que já havia a situação de subordinação de uma espécie legislativa a outra, bem como um órgão competente para resolver eventuais conflitos, como salienta Cappelletti (1999, p. 45-63), como também observado por Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 59-60).

Pelos estritos contornos do âmbito de estudo, procede-se, de logo, à perquirição do surgimento do arcabouço teórico e da efetivação prática do controle de constitucionalidade.

Assaz conhecido no âmbito do constitucionalismo a referência de Alexander Hamilton (1993, p. 478-485) ao *judicial review* em seu artigo LXXVIII do Federalista.

Hamilton, ao contrário do que se poderia imaginar, embora reconhecesse a competência do judiciário para declarar a nulidade de uma lei por inconstitucionalidade, o considerava como “*the least dangerous branch*”, ou seja, como o menos perigoso dos poderes para os direitos constitucionais pela própria natureza de suas funções, “por ser o menos capaz de transgredi-los ou violá-los”, inclusive porque, ao contrário do executivo e do legislativo, “o judiciário não tem nenhuma influência sobre a espada ou sobre a bolsa.”

Considera, ainda, que o judiciário “não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento, estando em última instância na dependência na pendência do auxílio do executivo”, o que não impede que se lhe reconheça a competência para declarar a inconstitucionalidade de atos contrários à Constituição, sem que disso resulta a superioridade do judiciário sobre os demais poderes<sup>8</sup>.

Hamilton procedia, então, à fundamentação teórica necessária para que fosse desenvolvido e aplicado o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade, conferindo-o a todo e qualquer juiz como decorrência da função de interpretar e aplicar as normas necessárias para a resolução de um litígio.

Logo, se num litígio ocorresse a situação fática condicionante da aplicação de duas normas jurídicas que fossem logicamente incompatíveis, impunha-se ao juiz o resguardo do texto constitucional, enquanto representação solene da vontade do povo representado, em face da lei, oriunda da maioria representativa, a despeito de legitimidade proveniente da eletividade que precedeu a investidura nos mandatos.

---

8. Assim, Hamilton considera que “É muito mais sensato supor que os tribunais foram concebidos para ser um intermediário entre o povo e o legislativo, de modo a, entre outras coisas, manter este último dentro dos limites atribuídos a seu poder. A interpretação das leis é o domínio próprio e particular dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e como tal deve ser vista pelos juizes. Cabe a elas, portanto, definir seus significados tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes.

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entra em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juizes devem ser governados por essa última e não pela primeira. Devem regular suas decisões pelas leis fundamentais, não pelas que não são fundamentais.”



De tal modo, sustenta Hamilton a legitimidade do judiciário para o desempenho de tal mister, além de competir-lhe a solução da lide, por ser o poder menos perigoso para as liberdades enquanto compreendido isoladamente<sup>9</sup>.

O marco inicial do controle jurisdicional de constitucionalidade foi o famoso caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte em 1803 e que representou o *leading case* sobre a competência de todo e qualquer juiz para deixar de aplicar uma lei que colide com a constituição na resolução de um litígio, institucionalizando as bases para a afirmação prática do controle difuso de constitucionalidade<sup>10</sup>.

Assim, viria a prevalecer a competência do Poder Judiciário para processar e julgar uma lide afastando uma lei por considerá-la inconstitucional, sendo atribuída à decisão o caráter de eficácia retroativa, posto que a lei inválida jamais deveria ter produzido efeitos<sup>11</sup>.

9. Se antevê a partir daí um aparente problema que, na evolução do constitucionalismo americano, iria permear os debates acerca dos limites do controle de constitucionalidade pela indagação e imposição de restrições à interpretação constitucional promovida pelo judiciário, notadamente pela Suprema Corte.

10. O caso em si mesmo, entretanto, não enobrece o nascedouro do controle difuso, a despeito de ser juridicamente sustentável a decisão proferida pelo *Chief Justice* John Marshall, posto que resultou do intrincada situação em que foi posta a Suprema Corte diante do dilema entre conceder a ordem a *Marbury* e gerar uma crise institucional com o Poder Executivo, aumentando a insatisfação do Presidente recém eleito, Thomas Jefferson, arriscando a sua autoridade com a possibilidade de ser negado o seu cumprimento (VANOSSI, 2000, p. 108).

A lide envolve o ajuizamento de um *writ* diretamente à Suprema Corte, em função de uma lei que conferia prerrogativa de foro a Secretário de Estado, em que quatro pessoas foram nomeadas juízes de paz do distrito de Columbia pelo então Presidente Adams, ao final do seu governo, dentre as quais estava *Marbury*; com a mudança de governo, o novo Secretário se recusou a entregar-lhes as nomeações, dando origem à lide em questão.

Na sua sentença, Marshall afirma que (Suanzes, 1998, p. 92) a autoridade conferida à Suprema Corte para impor ordens a funcionários públicos pela lei de organização judicial não lhe parecia amparada pela Constituição americana, indagando sobre a possibilidade de, a despeito disso, seja exercida, concluindo que não, pois o Poder Legislativo é um poder limitado, com competências definitivas, do que advém o caráter escrito da Constituição, asseverando que “Se tais limites no restringem a aqueles a quem afetam e não há diferença entre atos proibidos e atos permitidos, a distinção entre governo limitado e governo ilimitado fica abolida”, sem o que só se poderia admitir a capacidade do Poder Legislativo alterar a Constituição por uma simples lei, ou então ela se impõe sobre as leis que lhe são contrárias, não havendo outra possibilidade.

Diante disso, nega-se a qualidade de lei se se adotar a segunda alternativa, considerando, ao contrário, que a adoção da primeira opção permite concluir que as “Constituições escritas são absurdos intentos do povo limitar um poder ilimitável por natureza”, concluindo que, em verdade, a Constituição era “*the fundamental and paramount law in the nation*”.

11. Quanto aos efeitos da decisão, ressalta Tribe (2000, p. 213-215) que se pode verificar dois momentos opostos da doutrina, sendo o primeiro entre a Primeira Guerra e a Grande Depressão, em que se afirmava a nulidade da lei e, conseqüentemente, a viabilidade de aplicação do precedente às situações futuras; posteriormente, desenvolveu-se a concepção de que a inconstitucionalidade só pode ser decretada em cada caso concreto, não tendo as cortes a competência para invalidar uma lei, o que, de certa forma, infirma a doutrina sustentada por Gilmar Mendes (2004, p. 273-274) de que não há preocupação da doutrina e da jurisprudência americana com a natureza da lei inconstitucional pela circunstância prática de que a regra do *stare decisis* impede os tribunais de aplicarem-na a em outros casos em julgamento.

A identificação das origens e fundamentos do controle de constitucionalidade, com o recurso ao constitucionalismo americano, são importante para a percepção da diferença ontológica para com o sistema brasileiro no que concerne ao controle difuso diante da inexistência do *stare decisis*, que ensejou a adoção da medida de se conferir ao Senado Federal a competência para sustar os atos normativos decretados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão definitiva não encontrando amparo as teses que afirmam a sua inutilidade ou caráter anacrônico, como será analisado.

### **3.2. Controle Difuso de Constitucionalidade no Brasil e a Relevância da Participação do Senado Federal**

Como é cediço, o controle difuso de constitucionalidade foi adotado pela primeira Constituição republicana brasileira, em 1891, por influência de Ruy Barbosa, passando a caber a todo e qualquer juiz a apreciação da constitucionalidade de uma lei ou ato normativa nas lides para cuja resolução fosse pertinente tal julgamento.

Além de viabilizar a previsão do controle difuso no momento inaugural do republicanismo brasileiro, Ruy Barbosa foi responsável pela arguição da questão perante o Supremo Tribunal Federal no julgamento de *habeas corpus* em que afirmava a competência da Corte para afastar a aplicação de lei inconstitucional, concebendo o Pretório Excelso como um sacrário da Constituição, como registra Paulo Napoleão Nogueira da Silva (2000, p. 77).

---

Assenta-se, em razão da manifesta nulidade da lei, a eficácia retroativa do julgado, posto que o vício de origem contamina todos os atos praticados com base na lei inconstitucional que, conseqüentemente, devem ser desconstituídos.

Embora essa seja a regra assentada no constitucionalismo americano, Tribe (2000, p. 216-217) que a Suprema Corte considerava a ampla eficácia retroativa tanto em sede criminal quanto na civil, sendo uma decorrência da substancial nulidade da lei inconstitucional, cujos efeitos são tidos por inexistentes, embora houvesse o reconhecimento tanto pelo *common law* quanto pelas cortes de que a eficácia retroativa está sujeita a limitadas exceções.

Assim, pontua o precedente constante do caso *Linkletter vs. Walker*, em que restou assentado o silêncio da Constituição americana sobre a eficácia temporal, sendo considerado que ela não proíbe e nem impõe a retroação, em face do que se afirmou a necessidade de limitação da eficácia retroativa, inicialmente em matéria penal. Nesse sentido, a Corte passou a considerar que a retroatividade da decisão ensejava um juízo político que deveria ser procedido em cada caso, estabelecendo os critérios que iriam nortear a decisão, ressaltando-se, dentre os demais, também referidos por Gilmar Mendes (2004, p. 293), os efeitos para a administração da justiça diante da aplicação retroativa dos novos padrões de decisão.

Não obstante isso, não registra Gilmar Mendes que a Suprema Corte se afastou do aludido precedente no caso *Griffith vs. Kentucky*, superando os limites à retroação dos efeitos da decisão, fazendo-o por duas relevantes razões, quais sejam, de que a natureza do controle jurisdicional assinala para a eficácia retroativa, bem como a ponderação de que a aplicação seletiva iria violar o princípio da isonomia; entretanto, como *obiter dicta* restou firmado o entendimento de que a eficácia retroativa não ser regra absoluta.

O controle difuso não sofreu grandes alterações no âmbito da evolução constitucional brasileira, destacando-se o advento, em 1934, da competência senatorial para sustar a execução de lei declarada inconstitucional, bem como da regra da reserva de plenário (*full bench*).

A Constituição de 1937 retirou essa competência senatorial e previu a possibilidade dos julgados que decretam a inconstitucionalidade de lei serem rejeitados caso a constitucionalidade fosse confirmada por voto de dois terços dos membros do Congresso Nacional que, por não estar em funcionamento na época, ocasionava a transferência de tão incoerente competência para o Chefe do Poder Executivo.

A partir de 1946, restou estabelecida a primazia da decisão do Poder Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria de constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, convivendo, a partir de então, a regra da reserva do plenário e a competência do Senado Federal, vindo a surgir, pela Emenda nº 16/65, a representação de inconstitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, que nada mais era senão a própria ação direta de inconstitucionalidade, então sob iniciativa exclusiva do Procurador Geral da República, associando-se à ação direta interventiva, já existente no sistema pátrio.

Esse mesmo sistema, quanto ao controle difuso, persiste na Constituição Federal de 1988, havendo um engrandecimento da relevância e dos mecanismos de provocação do controle concentrado pela previsão não apenas da ação direta de inconstitucionalidade, mas da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental por força da Emenda Constitucional nº 03/93, além da ação direta de inconstitucionalidade por omissão que já constou da redação originária.

O advento e fortalecimento do controle concentrado, de caráter abstrato, inclusive com a ampliação da legitimidade ativa, não retira a importância e o relevo do controle difuso de constitucionalidade e, conseqüentemente, não afeta a competência senatorial quanto a sua utilidade prática e importância.

A questão relativa à constitucionalidade revela, no que tange ao controle difuso, desde as origens no sistema americano, permanecendo na adoção do modelo pelo constitucionalismo brasileiro, caráter prejudicial, posto que o seu acolhimento ou não, decidindo-se pela constitucionalidade ou não da lei, repercute substancialmente sobre o conteúdo do provimento jurisdicional final a ser proferido resolvendo o litígio.

Nesse passo, a matéria poderia ser suscitada por quaisquer das partes<sup>12</sup>, sendo passível de cognição de ofício, que se torna imperiosa diante do dever que têm os juízes e tribunais de zelar pela supremacia da Constituição.

Diante disso, não se pode aquiescer com a parcela da doutrina que sustenta não haver decretação de inconstitucionalidade, com declaração de nulidade da lei, no controle difuso, promovido em concreto e provocado incidentalmente, como afirma Lenio Streck (2002, p. 362) ao considerar que, por força do art. 97 da Constituição Federal, o juiz singular não declara a inconstitucionalidade da lei, apenas deixando de aplicá-la.

Com efeito, o juiz singular declara a inconstitucionalidade *in concreto*, deixando de aplicar a lei por tal fundamento que, entretanto, não é abrigado pela coisa julgada e, ainda, limita-se ao litígio em que foi apreciado, não inafirmando tal conclusão a regra da reserva de plenário constante do art. 97, que cinde a competência e remete, *per saltum*, ao plenário do órgão colegiado ou ao seu órgão especial a argüição incidental de inconstitucionalidade.

De outra parte, a aferição da inconstitucionalidade em concreto, malgrado se relacione com a forma com que surge a questão, pela via incidental mediante a existência de uma lide para cuja resolução impõe-se a apreciação da conformidade de ato normativo com o sistema constitucional, não pode ser efetuada pelo juiz sem se ater ao caso concreto, sendo impossível proceder-se a uma concretização e aplicação de norma constitucional sem que se tenha em vista um caso concreto, posto que a interpretação traz consigo, necessariamente, a aplicação (GADAMER, 1999), notadamente pelo caráter aberto e indeterminado dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.

Embora o controle concreto importe na forma de provocação incidental da jurisdição constitucional de todo e qualquer órgão judicial pelo interessado que sofreu uma lesão a direito seu, ou pelo réu que está resistindo a uma pretensão fundada em lei inconstitucional, não se pode admitir que todo o juízo de inconstitucionalidade provenha de um cotejo em abstrato da lei com o sistema constitucional objetivo, o que, de certa forma, representa uma compreensão formalista e positiva ao externar a premissa de que uma lei ou é sempre e em qualquer hipótese constitucional, ou ela é sempre e em qualquer hipótese inconstitucional, obnubilando os elementos fáticos que norteiam a interpretação e concretização constitucional de maneira imprescindível.

---

12. Do que se infere a pertinência da crítica sobre a denominação da forma de argüição como por via de exceção ou de defesa, a não ser que se repute exceção ou defesa além do seu sentido técnico-processual, significando matéria que é suscitada em defesa da situação subjetiva de qualquer da parte.

Observe-se que as presentes observações aplicam-se inclusive no que tange ao controle de constitucionalidade provocado pela arguição incidental nos tribunais mediante a observância da reserva de plenário do art. 97 da Constituição Federal, seguindo a respectiva disciplina na lei processual civil.

A reserva de plenário não se justifica enquanto forma de propiciar a apreciação da inconstitucionalidade em abstrato a partir do controle difuso de constitucionalidade em sede de órgãos colegiados, mas a propiciar que a avaliação da questão constitucional subjacente seja marcada pela prudência e por uma maior intensidade dialógica, o que só poderá ocorrer com a composição plenária ou mediante a afetação da competência a órgão especial, ocasionando uma cisão funcional, viabilizando, posteriormente, que o órgão fracionário proceda ao julgamento da lide.

Não obstante isso, a abstração se opera não porque seja examinada a compatibilidade da lei em tese com a Constituição Federal, pois resulta da ausência de competência do órgão plenário ou especial para julgar a lide em si mesma, sendo essa a característica concernente à abstração oriunda do controle difuso, distinta da concepção de abstração própria ao controle concentrado.

Também nesse caso, não se pode admitir, conforme sustenta Amaral Júnior (2002, p. 48), que a abstração represente que a decisão tomada não deve levar em consideração o caso concreto que desencadeou a questão perante o órgão plenário ou especial, embora não haja dúvidas acerca da eficácia vinculante *intra muros*, constituindo-se o julgamento em *leading case* vinculante tanto para o órgão fracionário, ao prosseguir o julgamento, como para as demais causas que envolverem a dita arguição.

Tanto no que concerne à apreciação da constitucionalidade pelo juiz monocrático quando na reserva de plenário, tem-se como imprescindível a avaliação da constitucionalidade a partir da situação fática e contextual pertinente à lide, sendo que o juiz estará habilitado a prosseguir no julgamento, enquanto o órgão plenário ou especial não poderá fazê-lo, nisso consistindo a abstração típica da reserva de plenário e que se diferencia da existente no controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse sentido, há de se destacar que a discussão acerca da constitucionalidade, no âmbito do órgão plenário ou especial, ainda que não se restrinja a tal aspecto, vai se iniciar e ser pautada pelo juízo de possível inconstitucionalidade que norteou o acórdão do órgão fracionário que habilitou a provocação do incidente.

Efetivamente, apenas numa perspectiva positivista e formalista, em que há a prevalência e exaltação da lei e a concepção do sistema jurídico como coerente

e completo, pode-se admitir que uma lei ou norma jurídica seja, em si mesmo e exclusivamente constitucional ou inconstitucional.

Ora, a abstração e a generalidade típicas da lei podem fazer com que seja abstratamente compatível com a ordem constitucional, mas reside uma ineliminável possibilidade resultante da irrepetibilidade das peculiaridades e especificidades fáticas de que a sua aplicação, em determinado caso concreto, conduza a uma iniquidade insuportável segundo o próprio sistema constitucional, concretizado em função daquele caso concreto.

Essa possibilidade é contemplada tanto em sede de controle difuso, nos moldes do sistema americano, como no controle concentrado, quando se justifica plenamente o caráter abstrato do controle, confirmando a imprescindibilidade da compreensão das normas constitucionais, que perfazem o parâmetro de validade, e da que é objeto do controle, a partir dos aspectos relevantes da realidade ou do caso que subjaz ao controle.

Assim, no que concerne ao controle concentrado e abstrato, a existência da técnica de decretação de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade sem redução do texto<sup>13</sup> nada mais faz do que excluir situações em que a aplicação da lei resultaria numa inconstitucionalidade, ainda que tais situações sejam formuladas abstratamente, corroborando, de qualquer sorte, a possibilidade da generalidade e da abstração da lei ensejarem que, a despeito de sua constitucionalidade, existam casos concretos nos quais a incidência causaria iniquidade e injustiça por expressão da violação a preceito constitucional.

Já no que tange ao controle difuso, torna-se patente, inclusive no constitucionalismo americano, a preocupação com que o *stare decisis* não asfixie as peculiaridades e particularidades de um caso concreto, nunca integralmente idêntico a outro, do que deriva o modelo minimalista de aplicação dos precedentes, como também a possibilidade de superação parcial do precedente pelo recurso ao *overriding*<sup>14</sup>.

13. Sobre a sua caracterização, a doutrina de Zeno Veloso (2000, p. 165), para quem a aludida técnica importa em “reconhecer a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo sob algum aspecto, em dada situação, debaixo de determinada variante [...] não permitindo que ela (a norma) incida nas situações determinadas, porque, nestas, há inconstitucionalidade.

14. Celso de Albuquerque Silva considera que (2005, p. 297) “[...] o *overriding* nada mais seria do que um caso de revogação parcial do precedente geral, em virtude de uma norma especial superveniente que afastaria de forma limitada, através de uma distinção consistente, o âmbito de aplicação da doutrina vinculante. Nessa hipótese, a corte lida com um tipo de situações que não estava envolvida nos precedentes que estabeleceram a doutrina anterior e, assim, conclui que dado o desenvolvimento ulterior do ordenamento jurídico que justificada a doutrina anterior, a situação sob análise deve ser separada para um tratamento diferenciado sob nova regra.”

Por conseguinte, infere-se que o caso concreto é substancialmente relevante para o controle difuso de constitucionalidade, representando funções similares situações abstratas consideradas pelo Supremo Tribunal Federal quando do exercício do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, não havendo o mero cotejo lógico entre a ordem constitucional e o ato normativo submetido a controle.

A aludida demonstração da importância da realidade subjacente ao controle em concreto de constitucionalidade é de sobrelevada relevância para o presente estudo, posto que daí se extrai a importância do Senado Federal no exercício da competência que lhe é assinalada pelo art. 52, inciso X, da Constituição Federal, de fora parte a capacidade de conferir eficácia geral à decisão proferida em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, justifica-se a resistência à doutrina de Gilmar Mendes (2004, p. 272) que, ao sustentar a absoluta prevalência do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade pela ampliação da legitimação ativa, pela presteza e celeridade do modelo processual, com a possibilidade de deferimento de cautelar, afirma residir o foco não mais no controle difuso, mas no controle concentrado, referindo-se a entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence quanto ao anacronismo da competência senatorial.

Da mesma forma, o entendimento de Dirley da Silva Júnior (2006, p. 150), ao afirmar a pertinência da competência em questão para o sistema constitucional de 1934, sustentando o caráter anacrônico e contraditório.

André Ramos Tavares (2003, p. 53-54), por sua vez, não antevê razões suficientes para que a eficácia das decisões proferidas em sede de recurso extraordinário se restrinja apenas às partes, no que é superado por Didier Jr. (2006, p. 125) que considera já existir eficácia geral para as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso quando do julgamento do recurso extraordinário, fazendo-o com base numa interpretação extensiva a fim de evitar julgamentos contraditórios e após uma detida análise de diversas modificações no sistema que prestigiam a eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal, como a disciplina constitucional do recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a instituição da súmula vinculante, e precedentes do próprio tribunal, nos quais resta assentada a possibilidade da abertura da causa de pedir no recurso extraordinário, bem como a dispensa da reserva de plenário em já existindo precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Assim também o faz Gilmar Mendes (2004, p. 254), que, com fundamento na dispensa da reserva de plenário acolhida, inicialmente, pelo próprio Supremo

Tribunal Federal e depois pela disciplina processual civil, sustenta ter havido uma evolução no sistema constitucional brasileiro pela tímida equiparação dos efeitos das decisões proferidas em controle abstrato e concreto, considerando o que se segue, *in verbis*:

A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal com colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

Quanto à reserva de plenário que, efetivamente, traz uma certa abstração para o julgamento da argüição de inconstitucionalidade, nos termos adrede expostos, tal situação não consiste em nenhuma novidade substancial, pois o próprio recurso extraordinário, na condição de recurso excepcional, visa a preservação da ordem constitucional objetiva, o que jamais transformou o controle de concreto em abstrato, não se podendo extrair tal conseqüência apenas pela possível dispensa da observância do art. 97 da Constituição Federal em havendo precedente do Supremo Tribunal Federal, como também disso não se pode inferir a eficácia geral da decisão ou o seu caráter vinculante<sup>15</sup>. A esse respeito, insta mencionar o entendimento de Amaral Júnior (2002, p. 47) para quem a eficácia vinculante é apenas *intra muros*, concepção que também se adota.

A despeito do engenhoso entendimento adotado, não se pode constatar a pertinência constitucional, pois não se vislumbra qualquer semelhança com a atribuição de eficácia geral ou efeito vinculante, não gozando de respaldo nem pela jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, que confirma reiteradamente os limites subjetivos da eficácia da decisão que decreta a inconstitucionalidade em controle concreto, restringindo-se às partes, não viabilizando, conseqüentemente, a promoção de reclamação constitucional por quem não esteja vinculado ao *decisum* por não ter sido parte.

No julgamento da Reclamação nº 447-3/PE, o acórdão lavrado, sob a relatoria do Min., Sydney Sanches, proferido em 16 de fevereiro de 1995 e publicado no

15. Registre-se, de logo, a adesão ao acertado entendimento de Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 185) ao sustentar a inconsistência da distinção entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, pois entende que a eficácia *erga omnes* já seria suficiente para dar-lhe efeito vinculante se não fosse o entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal, sem qualquer sentido, de admitir a reclamação para preservar a autoridade do efeito vinculante e não daquela espécie de eficácia. Em sentido contrário, distinguindo o efeito vinculante tanto da eficácia geral quanto da coisa julgada, Leal (2006, p. 150) sustenta que o efeito vinculante torna obrigatória a *ratio decidendi* subjacente à decisão, que passaria a ter, necessariamente, caráter transcendente.



Diário da Justiça em 31 de março de 1995, expressamente externou que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários têm eficácia *inter partes* e não *erga omnes*, por encerrarem controle difuso e não concentrado.

Já na Reclamação nº 4335/AC, em que se pretendia a preservação da autoridade da decisão da Corte proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 82.959/SP, em que foi superado o entendimento anteriormente prevalecente, decretando-se a inconstitucionalidade da vedação genérica à progressão do regime de cumprimento da pena privativa de liberdade pela Lei de Crimes Hediondos, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, em decisão monocrática, entendeu o relator estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão do *habeas corpus* de ofício, na forma do art. 647 do Código de Processo Penal, deferindo a liminar, sem expressamente manifestar-se sobre o seu cabimento<sup>16</sup>.

Assim, não se verifica respaldo constitucional, inclusive a teor do entendimento do Supremo Tribunal Federal, para se sustentar a debilidade do controle difuso de constitucionalidade, ou a eficácia geral e vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal julgando recurso extraordinário, o que não se confunde, efetivamente, com a maior eficácia persuasiva que é conferida às decisões do Supremo Tribunal Federal, ao possibilitar decisões monocráticas em julgamento de recursos, ou com a eficácia vinculante *intra muros*.

Nesse sentido, refutadas todas essas considerações, sobressai a persistência da relevância da competência senatorial para sustar a eficácia de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Caso se confirmasse quaisquer dos entendimentos referidos, que advogam o anacronismo e a necessidade de superação da aludida competência com a atribuição de efeito vinculante às decisões que julgam recurso extraordinário, restando o mero âmbito do formalismo inútil, só se poderia concluir pela inocuidade das várias indagações que circundam o tema, não sendo possível identificar razões que justifiquem a função conferida à Câmara Alta.

A atuação do Senado Federal consiste numa tentativa de resolução dos problemas relativos à segurança jurídica e à isonomia que adviriam pela adoção do modelo difuso num sistema de direito escrito e não de direito jurisprudencial,

16. Registre-se que, prosseguindo para o julgamento do mérito, há divergência estabelecida na votação, havendo dois votos, dos Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes para julgar procedente a reclamação, e outros dois, dos Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, não a conhecendo, mas deferido *habeas corpus* de ofício, encontrando em pedido de vista para o Min. Ricardo Lewandowsky desde 19 de abril de 2007.

que não adota o caráter vinculante do precedente, rejeitando a regra do *stare decisis*<sup>17</sup>.

A sua relevância, além possibilitar a mitigação dos problemas referidos, se dá diante da impossibilidade de atribuição de eficácia geral às decisões do Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso extraordinário, sem que haja qualquer tipo de participação daqueles que estariam submetidos à decisão, vulnerando o caráter de participação democrática e isonômica que caracteriza o contraditório e o devido processo legal.

Como bem observa Nogueira da Silva (2000, p. 112) salienta que a questão encerra a intrincada problemática de estender a todos o que ficou delimitado apenas entre partes individuadas e, ao mesmo tempo, a necessidade de sua extensão por imperativo da supremacia constitucional, a que se poderia agregar a segurança jurídica e a isonomia.

Com efeito, a atribuição de efeito *erga omnes* às decisões em controle difuso iria importar numa ofensa ao contraditório e ao devido processo legal, posto que, malgrado haja a previsão de abertura da interpretação constitucional no incidente de arguição de inconstitucionalidade, inclusive com a admissão do *amicus curie*, tal possibilidade é insuficiente para legitimar processualmente a decisão.

Logo, não haveria sequer processo, diante da absoluta ausência de participação daqueles que estariam submetidos à decisão, ceifando uma esfera dialógica inerente e imprescindível à devida prestação jurisdicional, quanto mais em se tratando de jurisdição Constitucional, cabendo trazer a lume a doutrina de Elio Fazzalari (2006, p. 118-119), para quem processo “[...] é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o aturo do ato não possa obliterar suas atividades”, salientando, ainda, que (2006, p. 120) o que se segue, *in verbis*:

...em resumo, o ‘processo, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.

17. Como exposto por Cappelletti (1999, p. 78-83), ao considerar que “[...] a introdução, nos sistemas de *civil law*, do método ‘americano’ de controle, levaria à consequência de que uma mesma lei ou disposição de lei poderia não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juizes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. Demais, poderia acontecer que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional.

Assim, pela ausência de processualidade ampla no controle difuso de constitucionalidade e pela restrição ao diálogo que deve orientar democrática e participativamente a interpretação constitucional, não se poderia legitimar a eficácia *erga omnes* do Supremo Tribunal Federal, problema que não existe no controle concentrado pelo fato dos legitimados ativos se apresentarem como legitimados extraordinários, representando, conseqüentemente, toda a coletividade.

Dessarte, apenas pela atribuição da competência da extensão dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado Federal se poderia, de maneira legítima e válida, processualmente, mediante a participação dos representantes dos Estados e, indiretamente, dos respectivos eleitores, conferir o caráter geral às decisões da Corte.

Além disso, outro aspecto, também de substancial relevância, que sustenta a pertinência da função participativa do Senado consiste na necessidade de que seja aferido o caráter transcendente da decisão que, adotada num caso concreto, pode não indicar uma inconstitucionalidade da lei ou da norma jurídica em si mesma, mas só diante daquele caso, como já explicitado.

Nesse sentido, ao Senado Federal cabe aferir a transcendência do vício identificado no caso concreto, o que importa num juízo discricionário de ponderação que conduza à conveniência e oportunidade de proceder à edição da resolução suspensiva, pelo que já restou antecipado o entendimento acerca da natureza da competência, que será retomado com mais vagar adiante.

Afirmada a relevância da participação do Senado Federal no controle difuso e concreto de constitucionalidade como única via processualmente legítima e idônea a aferir a transcendência dos motivos determinantes do vício, a ponto de indicar a conveniência e oportunidade de sustação da eficácia da lei, insta, a partir de então, adentrar na análise da competência senatorial em questão, analisando e tentando responder às várias indagações que circulam em derredor do tema.

#### **4. COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE**

A atribuição da competência constitucional para sustar a execução de lei decretada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ao Senado consta do sistema constitucional desde a Constituição de 1934.

O Senado Federal apresenta-se tanto como casa legislativa de representação dos Estados, como encerra também um caráter prudencial, sendo órgão cuja maior faixa etária dos seus membros, que só são elegíveis a partir dos trinta e

cinco anos, bem como a impossibilidade de renovação integral a cada legislatura, possibilita que exerça suas competências de maneira mais ponderada, mitigando eventuais excessos da Câmara dos Deputados, como salienta Nogueira da Silva (2000, p. 85).

Com tais considerações, cumpre analisar o regime jurídico da competência senatorial, enfrentando as principais indagações em derredor do tema.

#### **4.1. Natureza do Controle**

A participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, no exercício da competência prevista pelo art. 52, inciso X, da Constituição Federal, não altera a natureza do controle de jurisdicional para político, ou mesmo misto.

Embora, como se sustentará, a extensão da eficácia envolva um juízo político-discricionário do Senado Federal, o controle permanece sendo difuso, pois a resolução suspensiva apenas irá conferir à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal caráter geral.

A decretação da inconstitucionalidade, a detecção do vício e aplicação da sanção resultam da decisão final do Supremo Tribunal Federal e não do Senado Federal, cabendo a invocação da doutrina de Nunes (2004, p. 28), ao afirmar que o Supremo Tribunal Federal é o senhor da constitucionalidade e o Senado Federal será o senhor da generalidade, a que se pode agregar, segundo entendimento a ser esposado, que também será o senhor da eficácia temporal da decisão.

Em sentido contrário, Michel Temer (2002, p. 49) considera que o controle de constitucionalidade, no Brasil, é amalgama do controle jurisdicional com o controle político, atuando conjuntamente o Supremo Tribunal Federal e o Senado na expulsão da lei inconstitucional, além de haver a integração do Poder Executivo no processo, posto sustentar, também, que a competência do Senado se estende para o controle concentrado.

Nogueira da Silva (2000, p. 114-115) sustenta, de igual modo, o caráter misto do controle, apoiando-se no entendimento firmado pelo Parecer nº 154 (Brasil, 1975, p. 270) de que a razão da atribuição privativa ao Senado Federal consistiria na circunstância de desempenhar, juntamente com o Supremo Tribunal Federal, o alto mister que era conferido às Cortes Constitucionais Européias.

Entretanto, como já afirmado, se tal era a inspiração, não poderia redundar na transformação da natureza do controle de jurisdicional para misto, ou para político, sendo esclarecedor o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal

quando do julgamento do Mandado de Segurança 16.519/DF, em cuja ementa restou firmado que “O ato do Senado é complementar de uma decisão judicial, ampliativo dos efeitos desta.”

Registre-se a conclusão de Ana Vaderez Ayres Neves de Alencar (1978, p. 264) de que a análise dos debates constituintes que precederam a Constituição de 1934 demonstram que a instituição da competência do Senado teria como fundamentos a necessidade de expansão *erga omnes* da decisão que decreta a inconstitucionalidade e promoção do equilíbrio dos poderes, tendo em vista que, àquela época, o Senado era órgão de coordenação dos demais poderes, o que auxilia a infirmar a existência de um controle misto de constitucionalidade.

Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 115-116) afasta o caráter misto do controle, sustentando que só se configura diante da existência conjunta do controle difuso e do controle concentrado; todavia, os que afirmam o caráter misto não o fazem segundo a adoção simultânea dos controles difuso e concentrado, mas do político com o jurisdicional, não lhes assistindo razão, como também ressaltado por Silva Neto (2006, p. 168-169).

#### **4.2. Âmbito de aplicação e atos sujeitos à resolução senatorial**

Também Nogueira da Silva (2000) e Michel Temer (2002) afirmam peremptoriamente que a competência do Senado Federal prevista pelo art. 52, inciso X, da Constituição se refere ao controle difuso e ao controle concentrado.

Nogueira da Silva (2000, p. 117-124) se insurge, inclusive, contra o Parecer da Comissão de Regimento Interno, da lavra do Min. Moreira Alves, exarado no Processo Administrativo nº 4.477/72, em que restou firmado o entendimento de que a comunicação ao Senador Federal só se daria em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, resultando contemplado pelo art. 175 do Regimento Interno da Corte.

O citado doutrinador afirma que o Supremo Tribunal Federal suprimiu uma competência constitucional do Senado Federal, constituindo-se numa cassação branca da competência privativa, violando o princípio constitucional da separação de poderes, ao que não adere Nunes (2004, p. 34), salientando Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 146) que a questão está atualmente ultrapassada, sendo o entendimento majoritário e adotado por Luis Roberto Barroso (2004, p. 91).

As razões postas por Silva Neto (2006, p. 169) são suficientes à demonstração da inconsistência da tese da aplicação tanto ao controle difuso quanto ao concentrado, pois importaria no esvaziamento da competência do Supremo Tribunal

Federal para decretar, em controle abstrato, a inconstitucionalidade, sujeitando-o às deliberações do Senado Federal em situação substancialmente distinta da que se opera quando do seu pronunciamento ao julgar recurso extraordinário.

De outra parte, a própria referência do art. 52, inciso X, da Constituição Federal à existência de decisão definitiva entremostra a possibilidade de que resulte de um desenrolar processual, não sobrevivendo em processo de competência originária da Corte.

Quanto aos atos passíveis de suspensão pela resolução senatorial, é intuitiva a necessidade de que lhe seja assegurada a maior amplitude possível, estendendo-se não apenas para atuar quando se trate de leis federais, mas também de leis estaduais e municipais.

Outrossim, embora haja a referência à lei, a compreensão sistemática do sistema constitucional, associada ao princípio da supremacia constitucional e ao da máxima efetividade, indicam que a competência pode estar referida a todo e qualquer ato normativo que, sujeitando-se a controle difuso, tenha a sua inconstitucionalidade decretada no caso concreto pelo Supremo Tribunal Federal, como sustenta com percuciência Nunes (2004, p. 36-37), Luis Roberto Barroso (2004, p. 91), Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 146-147), sendo o entendimento firmado pelo Senador Accioly Filho no aludido Parecer 154/71 (1975, p. 269), também acolhido por Clève (2000, p. 118).

Com efeito, como já aludido, impõe-se que se atribua ao Senado Federal a competência para editar a resolução no exercício da competência constante do art. 52, inciso X, que corresponda a mesma extensão da competência do Supremo Tribunal Federal para julgar recurso extraordinário, concluindo-se que todos os atos normativos que sejam passíveis de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário se submetem à competência senatorial.

#### **4.3. Natureza da competência**

Grande celeuma doutrina se estabelece com relação ao caráter vinculado ou discricionário da competência senatorial, vindo de longa data, firmando Lúcio Bittencourt (1968, p. 145) de que o Senado apenas e tão-somente atuar para dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, estando vinculado a expedir a resolução se, após uma verificação do aspecto formal da decisão, verificar a sua regularidade, não havendo opção para o Senado, contra o que se insurge Nogueira da Silva (2000, p. 98) ao acertado fundamento de que as decisões do Poder Judiciário são públicas, sendo divulgadas pelo veículo oficial adequado, não necessitando de qualquer reforço de publicidade.

Também Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 149) sustenta o caráter vinculado da competência, não cabendo ao Senado Federal ajuizar sobre a conveniência ou oportunidade de estender a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, considerando que, do contrário, admitir-se-ia que um juízo político prevalecesse sobre o exame jurídico acerca da constitucionalidade do ato impugnado.

Os partidários da competência discricionária sustentam que o Senado não poderia ficar reduzido a mero carimbador ou homologador da decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo de uma absoluta inutilidade.

Paulo Brossard (1976, p. 60) sustenta a competência discricionária ao fundamento de que o Senado não é mero carimbador das decisões do Supremo Tribunal Federal, sendo a questão bem posta por Clève (2000, p. 121), ao pretender identificar a existência de um dever constitucional ou de uma competência genérica.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança 16.519, reafirmou o entendimento anteriormente expressado de que a competência do Senado é discricionária, posto que “Não é nem poderia ser mecânico ou automático o ato do Senado, que ajuizará da oportunidade da suspensão, sendo mesmo admissível que não a pratique em face de uma única decisão, contrária à jurisprudência dominante ou tomada pela votação mínima, susceptível de alteração.”

Com efeito, para elucidar a intrincada questão faz-se mister recorrer ao princípio da correção funcional (SILVA NETO, 2006, p. 105-106), pelo qual não se justifica o entendimento que obstaculize o desempenho funcional das competências originariamente atribuídas aos órgãos que exercem as funções de soberania.

Efetivamente, como já assinalado, a competência do Senado Federal é discricionária, mas, como a competência discricionária não é um cheque em branco, em lapidar frase de Caio Tácito, impõe-se o estabelecimento dos seus limites.

Para tanto, afigura-se pertinente a invocação da doutrina de discricionariedade desenvolvida por Ronald Dworkin (1999, p. 84-85), que estabelece três sentidos para a compreensão da discricionariedade, denominando dois deles de sentido fraco e o restante de sentido forte.

Sustenta Dworkin que um dos sentidos fracos se dá quando se está diante de uma competência para cuja realização exige-se um juízo, uma valoração do agente a que se refere e ao qual é atribuída, não admitindo aplicação mecânica porque exige discernimento.

Outro sentido, ainda fraco, representa a noção de que determinada competência é exercida em última instância por um órgão ou agente específico, sem que haja qualquer sujeição a controle, não sendo passível de revisão ou anulação.

Já o sentido forte se caracteriza quando a competência a ser desempenhada não impõe pautas jurídicas que norteiem a sua prática.

Diante de tais concepções acerca da discricionariedade, afigura-se como mais pertinente com o sistema constitucional entendê-la, no que se refere à competência senatorial, como sendo discricionária no primeiro sentido fraco, ou seja, inexistente vinculação estrita porque há uma margem de apreciação do Senado Federal que consiste, justamente, como já exposto, na avaliação do caráter transcendente dos motivos que determinaram, em controle concreto, a decretação da inconstitucionalidade.

A discricionariedade exercida pelo Senado resulta da necessidade de avaliação da conveniência e oportunidade do exercício da competência diante do sopesamento e da ponderação das circunstâncias que cercam a valoração da transcendência da decisão.

Tal entendimento remete à indagação da possível sujeição do Senado Federal a controle, notadamente em razão da inexistência de prazo constitucional para o desempenho da competência.

Ora, concorda-se com o entendimento de que o Senado Federal deve aguardar que a decisão esteja devidamente assentada, mas se a inércia se protelar no tempo, bem como se for rejeitada a edição da resolução, outra alternativa não há senão a utilização pelo Supremo Tribunal Federal do novel instituto da súmula vinculante para externar o seu entendimento acerca da invalidade da lei em questão, operando-se uma vinculação e eficácia geral substitutiva da competência senatorial e que só se justifica em se antevendo a inércia ou que o juízo acerca da transcendência feito pelo Senado transborda o âmbito da razoabilidade e da proporcionalidade.

Assim, embora se reconheça a competência discricionária ao Senado Federal, não se pode negar ao Supremo Tribunal Federal a condição de velar pela prevalência da ordem constitucional se o Senado Federal, susceptível às pressões políticas, eventualmente se demitir do mister constitucional, esse sim imposto, constante do art. 23, inciso I, da Constituição Federal de zelar pela sua supremacia.

#### **4.4. Eficácia e retratação**

Outra controvérsia concerne à eficácia da decisão do Senado Federal que suspende a execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal



Federal, sendo forte o argumento de que teria eficácia *ex nunc*, confirmando-se por uma interpretação literal.

O embate doutrinário é bem retratado por Clève (2000, p. 122), sustentando Luis Roberto Barroso que opera efeitos retroativos, a que adere Dirley da Cunha Júnior (2006, p. 148), pois o Senado Federal apenas empresta eficácia geral à decisão da Corte; no entanto, Manoel Jorge entende que os efeitos são *ex nunc*, prospectivos.

Accioly Filho (1975, p. 268), ao analisar a distinção entre suspensão de execução e revogação, considera que aquela encerra eficácia retroativa, enquanto essa última apenas prospectiva.

Mais uma vez recorrendo-se ao princípio da supremacia constitucional e ao da máxima efetividade, há de se reconhecer que a eficácia é retroativa, não sendo a deliberação senatorial diferenciada quanto a mera extensão da eficácia subjetiva da decisão, não interferindo, a princípio, na eficácia objetiva.

Entretanto, como já exposto, o caráter retroativo das decisões que decretam a inconstitucionalidade vem sendo mitigado pelo rigor dos seus efeitos, que podem até causar situações mais iníquas e ofensivas à Constituição, o que tem ocorrido tanto no constitucionalismo americano como no alemão, repercutindo na modulação da eficácia que as Leis n.º 9868/99 e 9882/99 conferem ao Supremo Tribunal Federal no controle concentrado, podendo ser aplicada para calibragem da eficácia objetiva também em controle difuso.

No controle difuso, todavia, pode não ser possível que o Supremo Tribunal Federal proceda à modulação da eficácia em razão de não haver na lide em que se dá a decretação da inconstitucionalidade uma repercussão de modo a justificar a caracterização do excepcional interesse coletivo ou de relevantes razões de segurança jurídica.

Em tais casos, exsurge a possibilidade do Senado Federal também avaliar e pertinência, de maneira ponderada, da modulação eficácia, em razão do que, além de ser o senhor da generalidade no controle difuso, o será também quanto à modulação eficácia, se não for exercida pelo Supremo Tribunal Federal e o juízo acerca da transcendência indicar as razões que legitimam a restrição ao efeito retroativo.

Uma vez executada a competência, não poderá o Senado Federal revogar a resolução ou mesmo exercer qualquer espécie de retratação, eis que a competência se exaure assim que exercida, como decidiu o Supremo Tribunal Federal ao julgar o Mandado de Segurança n.º 16.519, recebido como representação.

## 5. CONCLUSÃO

A relevante atribuição conferida ao Senado Federal pelo art. 52, inciso X, da Constituição Federal deve ser compreendida a partir da importância que o controle de constitucionalidade tem para a sustentação do princípio da supremacia da Constituição, notadamente no Brasil em que grassa uma baixa constitucionalidade lamentável, exigindo que a pretensão de eficácia de que promana a força normativa seja cercada de instrumento idôneos a garantia a fundamentalidade da Constituição Federal.

A competência em questão representa uma solução genuína refletida para tentar corrigir os problemas resultantes da adoção do controle difuso sem a regra do *stare decisis*, não ficando prejudicada com o advento do controle concentrado, ainda com a progressiva expansão dos meios de provocação por via direta do controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal.

A avaliação da transcendência dos vícios que maculam a lei num determinado caso concreto, bem como a ausência de participação no processo daqueles que estarão sujeitos à decisão são razões mais do que suficientes para interdizer entendimentos que pretendam extrair eficácia geral para as decisões da Corte em controle difuso de constitucionalidade, ou que advoguem o anacronismo e inutilidade da competência senatorial, consistindo num meio adequado e idôneo de promover a ampliação da eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal a juízo discricionário do Senado Federal, a quem compete avaliar a transcendência dos motivos determinantes da decisão, tendo legitimidade para fazê-lo diante da sua composição marcada pela legitimidade oriunda do processo eleitoral.

Com isso, pode-se analisar as principais questões em derredor da competência do Senado Federal, que não converte o controle difuso em controle misto ou mesmo político, aplicando-se apenas ao controle difuso, abrangendo todo e qualquer ato normativo que seja susceptível de decretação de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, seja em recurso extraordinário, seja em competência originária, podendo ser de quaisquer dos âmbitos da Federação.

A competência é discricionária apenas no que tange à existência de uma margem de apreciação do Senado quanto à transcendência da decisão, que justificaria a edição da resolução, sujeitando-se a controle do Supremo Tribunal Federal, ainda que por via oblíqua, mediante a edição de súmula vinculante em que se afirme a *ratio decidendi* do julgamento de inconstitucionalidade no controle concreto se caracterizada a desarrazoabilidade do juízo discricionário do Senado Federal ou diante da sua inércia.

Reconhece-se, ainda, a capacidade de proceder à modulação eficaz se, ao examinar a transcendência, verifica o Senado Federal a existência de fundadas razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse coletivo, impositivas da limitação à eficácia retroativa, destacando-se, ainda, a impossibilidade de revogação da resolução e a adstrição ao âmbito da decretação de inconstitucionalidade promovida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo ir além, mas sendo lícito ficar aquém, em conformidade com o exame do caráter transcendente dos motivos determinantes.

## 6. REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- APPIO, Eduardo. **A Teoria da Inconstitucionalidade Induzida**. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao008/eduardo\\_appio.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao008/eduardo_appio.htm). Acesso em: 18 nov. 2006.
- ALENCAR, Ana Valdez Ayres Neves de. **A Competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, a. 15, n. 57, jan.-mar. 1997.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Incidente de Arguição Inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BARBOSA, Ruy. **Atos Inconstitucionais**. Campinas: Russel, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITTENCOURT, C. A. Lúcio. **O Controle Jurisdicional de Constitucionalidade das Leis**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 447-3. Reclamante: Prefeitura Municipal de Carpina. Reclamado: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 5. Região. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 16 de fevereiro de 1995.
- BRASIL. Senado Federal. **Parecer n. 154/71**. Rel.: Senador Accioly Filho. Revista de Informação Legislativa, out-dez. 1975.
- BROSSARD, Paulo. **O Senado e as leis inconstitucionais**. Revista de Informação Legislativa, abr.-jun. 1976.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. **Droit Constitutionnel**. 26. ed., Paris: LGDJ, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d.

- CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.
- CAPITANT, Henri. **La Thèse de Doctorat en Droit**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1951
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COOLEY, Thomas M. **A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the United States of the American Union**. Nova Jersey: The Lawbook Exchange, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática**. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Controle das Omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIDIER JR., Fredie. **Transformações do Recurso Extraordinário**. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo Casali (Coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional**. Madri: Civitas, 2001.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.
- KÄGI, Werner. **La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado**. Madri: Dykinson, 2005.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Verdade e Método II – Complementos e Índice**. Petrópolis: Vozes, 2002.
- HEIDEGGER, Martín. **Ser e Tempo**. T. I. 15. ed., Petrópolis: Vozes, 2005.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.
- HOLLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

- LEAL, Roger Stiefelmann. **O Efeito Vinculante na Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- \_\_\_\_\_. **O papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional**. Revista de Informação Legislativa, a. 41, n. 163, abr-jun 2004.
- MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os Artigos Federalistas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- NUNES, Allan Titonelli. **Direito Processual Constitucional: Exame da Resolução Suspensiva Editada pelo Senado, após Declaração, pelo STF, de Inconstitucionalidade de uma Lei ou Ato Normativo em Controle Difuso**. Niterói: UFF, 2004.
- NÓLETO, Alexandre Christian de Jesus. **A Lei Declarada Inconstitucional em Via Difusa e a Suspensão de sua Execução pelo Senado Federal**. Revista da Justiça Federal do Piauí, s/d.
- ORTEGA Y GASSET, José. **El hombre y la gente**. Madri: Alianza, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Que és filosofia**. Madri: Alianza, 2005.
- POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: RT, 1999.
- PERRY, Michael J. **The Constitution in the Courts: Law or Politics?** Nova Iorque: Oxford University, 1996.
- RAMIREZ, José María Porras. **Idea y valor de Constitución**. In: **La Democracia Constitucional**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Constituição e Constitucionalidade**. Belo Horizonte: LÊ, 1991.
- SANCHEZ, José Acosta. **Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional**. Madri: Tecnos, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- \_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SILVA, Celso de Albuquerque. **Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **O Controle de Constitucionalidade e o Senado**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SUANZES, Joaquín Varela. **Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. **Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário**. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). **Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- TRIBE, Laurence H. **American Constitutional Law**. 3. ed. Nova Iorque: Foundation, 2004.
- VANOSSE, Jorge Reinaldo A.. **Teoría Constitucional**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

## X

# RENÚNCIA DE RECEITA SOB A ÓTICA DO §1º, DO ART. 14, DA LRF E BENEFÍCIOS FISCAIS CONCEDIDOS NO ÂMBITO DO CONFAZ

*Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho*

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; Especialista em Direito do Estado com na Responsabilidade Fiscal, pelo Centro de Pós-graduação e Pesquisa da Faculdade Visconde de Cairu e em Direito Processual Civil, pelo Centro de Cultura Jurídica da Bahia; Agente de Controle Externo do TCE/Ba.

**RESUMO:** Para interpretação e aplicação do §1º, do art. 14, da Lei de Responsabilidade Fiscal é preciso esclarecer que os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ não são instrumentos suficientes à concessão de benefícios fiscais, necessitando de ratificação legislativa. Afora isso, o Poder Legislativo Estadual não pode delegar sua competência legislativa em matéria de concessão de benefício fiscal, incentivo ou isenção para o Poder Executivo. E, por fim, que os conceitos de benefícios de caráter não-geral, discriminado e diferenciado estão ligados não só ao sentido dos vocábulos sinônimos, mas também às políticas públicas.

**ABSTRACT:** For interpretation and application of the first paragraph of article fourteen, of Law of Fiscal Responsibility is necessary to

clarify that the accord celebrated in the level of the CONFAZ isn't enough formal instruments to concession of fiscal benefices, is necessary ratification legislative. Except this, the Legislative can't delegate its legislative competence of concession of fiscal benefice, incentive or exemption to the Executive. And, at last, the exemption no-generality, discriminated and differentiate aren't connected, only, to the terms equals, but to the publics politics too.

**PALAVRAS-CHAVE:** Concessão; benefícios; fiscais; convênios; ratificação; lei; isenção; não-geral.

**KEYWORDS:** Concession; benefices; fiscals; accords; ratification; law; exemption; no-generality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Incompatibilidade entre o art. 4º da LC 24/75 e a CF/88: necessidade de ratificação legislativa dos convênios firmados no âmbito do CONFAZ; 3. Invalidez de lei estadual que delegue ao Poder Executivo a competência para ratificar por decreto os convênios firmados no âmbito do CONFAZ; 4. Conceito de não-geral, discriminado e diferenciado; 5. Considerações Finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A problemática da renúncia de receita reside atualmente em três pontos especificamente: a) o primeiro consiste em saber se os Convênios celebrados no

âmbito do CONFAZ são instrumentos suficientes à concessão de benefícios fiscais, incentivos e isenções pelos Estados e Distrito Federal como prevê a LC nº 24/75, ou se é necessário a edição de lei específica para ratificar os convênios firmados; b) o segundo, em saber se uma Lei Estadual pode autorizar o Poder Executivo a ratificar os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ mediante decreto; c) o terceiro, consiste em esclarecer o que são benefícios de caráter não-geral, discriminado e diferenciado para que se possa caracterizar corretamente as renúncias de receita para efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

## **2. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O ART. 4º DA LC Nº 24/75 E A CF/88: NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO LEGISLATIVA DOS CONVÊNIOS FIRMADOS NO ÂMBITO DO CONFAZ**

No que tange à compatibilidade entre o art. 4º da Lei Complementar nº 24/75 e a Constituição Federal, tem-se que o mesmo é incompatível com os termos do art. 150, §6º, da Carta Magna.

O art. 4º, da LC nº 24/75 dispõe que as isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias, as reduções de base de cálculo e as prorrogações serão concedidas e revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, através de Decreto Executivo. Senão vejamos:

Art. 4º Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no Diário Oficial da União, e independentemente de qualquer outra comunicação, **o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados**, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo. (grifos adotados)

Ocorre que, o § 6º, do art. 150, da CF/88, prevê que qualquer benefício fiscal só pode ser concedido mediante lei específica, *in verbis*:

Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, **só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal**, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g. (grifos adotados)

É a alínea “g”, do inciso XII, do art. 155, da CF/88, que atribui à lei complementar competência para “*regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados*”.



Com efeito, após a CF/88, não foi editada outra lei complementar para regular a concessão e revogação de benefícios fiscais, estando vigente a LC nº 24/75, porém, não em sua totalidade, uma vez que seu art. 4º afronta o § 6º, do art. 150, da CF/88, hierarquicamente superior e cronologicamente posterior.

Assim, a situação posta é a de saber se a ratificação dos convênios, firmados no âmbito do CONFAZ, se dá por lei específica ou por decreto executivo. De antemão, ressalta-se que a questão da compatibilidade entre a LC nº 24/75 e a Carta Magna não é pacífica na melhor doutrina e jurisprudência pátria. Senão vejamos:

Segundo Celso Ribeiro Bastos<sup>1</sup>, há uma corrente dos que defendem a tese de que seria o convênio o instrumento adequado, necessário e suficiente à concessão de isenção de ICMS, independentemente de aprovação legislativa ulterior (é o sistema que tem sido praticado pelos Estados-Membros, com a só exceção do Rio Grande do Sul). E uma outra corrente que agasalha a tese de que o convênio, para gerar os seus efeitos, dependerá de ratificação posterior pelas Assembleias Legislativas Estaduais.

Para nós, a segunda posição é que melhor se aplica aos interesses da sociedade, uma vez que a participação da casa legislativa em assuntos de concessão ou revogação de benefícios fiscais é exigida pela CF/88, inclusive com a finalidade de resguardar a receita pública.

Com efeito, o mecanismo das isenções é um forte instrumento de extrafiscalidade de dosagem entre a carga tributária e a capacidade contributiva. Além disso, manejando de maneira adequada o uso das isenções fiscais, o Estado pode fomentar grandes iniciativas de interesse público e incrementar a produção, o comércio, o consumo. Assim, a decretação de isenções é ditada, primordialmente, pelo interesse público, não se tratando de “favor legal”, nem “dispensa de pagamento de tributo devido”. A regra não é voltada para que acarrete vantagem ou benefício ao particular, isso pode ser consequência, não o objetivo principal, que é atender ao interesse da coletividade e, por ser assim, lei, instrumento primário de produção da norma jurídica.

Paulo de Barros Carvalho<sup>2</sup>, também defende a posição no sentido de que a isenção tributária sempre decorre de lei.

1. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 260.
2. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

A isenção tem de ser veiculada por lei. Nem poderíamos imaginá-la, no contexto de sua fenomenologia, se assim não fosse. Seria aberrante inconstitucionalidade depararmos com uma regra isencional baixada por decreto do executivo. Di-lo muito bem o art. 176 do Código Tributário que a isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplique e, sendo o caso, o prazo de sua duração. (CARVALHO, 493/494)

Este autor não parte do conceito de legislação tributária previsto no art. 96 do Código Tributário Nacional, que foi concebido em 1966, porque, segundo ele, este artigo não possui rigor técnico, colocando no mesmo nível a lei e entidades que não podem ser tidas sequer como instrumentos primários de introdução de regras tributárias. E, como se não bastasse, faz referência expressa às normas complementares e, dentro delas, às práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e aos convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, senão vejamos:

Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Esse artigo trata de legislação tributária de forma atécnica e amplíssima, como se verifica.

Paulo de Barros também critica o art. 98 do CTN, pois não são os tratados e as convenções internacionais que têm idoneidade jurídica para revogar ou modificar a legislação interna e, sim, os decretos legislativos que os ratificam, incorporando-os à ordem jurídica brasileira. Igualmente os convênios celebrados pelas unidades políticas, entre si, deverão submeter-se à apreciação das respectivas Assembléias sem o que não se introduzem no ordenamento, vejamos o dispositivo criticado:

Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

Assim, para Paulo de Barros, o art. 4º da LC nº 24/75, atualmente, não mais se aplica, devendo as isenções tributárias ser concedidas por meio de instrumentos primários de produção normativa (leis ou decretos legislativos). Embora isto seja o que a CF/88 recomenda, o autor reconhece que, na prática, os convênios são meramente firmados entre os poderes executivos estaduais, sem que se observe essa providência fundamental, qual seja, ser ratificado por lei, e isso viola frontalmente o princípio da legalidade.

Sobre o princípio da reserva legal e a concessão de isenções, Hugo de Brito Machado<sup>3</sup> preleciona:

**A isenção é sempre decorrente de lei. Está incluída na área da denominada reserva legal**, sendo a lei, em sentido estrito, o único instrumento hábil para sua instituição (CTN, art. 97, VI). (MACHADO, 202)

Com efeito, para evitar a guerra fiscal entre os Estados, decorrentes da outorga de isenções de ICM, foi estabelecido pela Constituição de 1969 que tais isenções seriam concedidas ou revogadas nos termos fixados em convênios celebrados e ratificados pelos Estados, segundo o disposto em lei complementar (CF, art. 23, § 6º). Então, a Lei Complementar n. 24, de 7.1.1975 foi editada para disciplinar a celebração desses convênios.

Assim, o comando contido na Constituição era no sentido de que os Estados somente concederiam ou revogariam isenções *nos termos fixados nos convênios*. Porém, isso não significava que tais convênios fossem os instrumentos pelos quais seriam concedidas ou revogadas as isenções do ICM. Afinal, conceder ou revogar isenção é matéria da reserva legal, nos termos do art. 97, inciso VI, do CTN. Entretanto, os Estados “optaram” por entender que os convênios eram instrumentos suficientes para conceder isenções, sem que houvesse ratificação legislativa e foram em frente nessa empreitada, sendo que, até hoje, muitos Estados ainda assim procedem em termos de isenção, ou, pior, efetuam a ratificação dos convênios por meio de Decreto do Executivo.

Na verdade, o instrumento pelo qual os Estados devem conceder ou revogar isenções há de ser a *lei*. Os convênios que celebrem uns com os outros devem funcionar como limitações ao Poder Legislativo de cada qual, mas não como instrumento para disciplinar as relações entre o fisco e o contribuinte. (MACHADO, 343)

Não se quer defender que a lei ordinária estadual ou distrital pode criar ou extinguir benefícios. Este assunto deve ser regulado por meio de convênio entre as entidades tributantes (os Estados e o Distrito Federal), conforme previsão constitucional. Porém, tal convênio somente produzirá efeitos internamente após ser aprovado por meio de Decreto Legislativo (da Assembléia Legislativa de cada Estado e da Câmara Legislativa do Distrito Federal).

Vejamos o ensinamento de Roque Carraza<sup>4</sup> sobre esse assunto:

3. MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
4. CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

A forma de deliberação interestadual para a concessão de isenções, em matéria de ICMS é o *convênio*. Vejamos:

Os Estados e o Distrito Federal podem conceder (ou revogar) isenções em matéria de ICMS, não por meio de lei ordinária, mas de *decreto legislativo*, ratificando convênio entre eles firmado. Só após aprovados, legislativamente, os convênios que concedem isenções de ICMS passam a ter eficácia. Tal aprovação deve ser feita por meio de *decreto legislativo*.

A Constituição exige que todos os Estados-membros da Federação, bem assim o Distrito Federal, se coloquem de acordo, mediante convênio, para que as isenções de ICMS surjam ou venham a ser abolidas. Este ditame visa evitar a “guerra fiscal” entre as diversas regiões do País, que são muito díspares, já que, algumas, são industrializadas, outras não; poucas são prósperas; a maioria, nem tanto. Só o consenso entre todas as pessoas políticas interessadas – consubstanciado no convênio – abre caminho à outorga ou retirada de isenções de ICMS.

Portanto, para que isenções de ICMS surjam validamente, é preciso que os Estados e o Distrito Federal celebrem entre si *convênios*, que, ao depois, para se transformarem em *Direito interno* de cada uma destas pessoas políticas, deverão ser por elas ratificados. **O instrumento idôneo da ratificação, longe de ser o decreto do Governador, é o decreto legislativo** (estadual ou distrital, conforme o caso).(CARRAZA, 777/778) (grifos nossos)

Nunca é demais esclarecer que decreto legislativo é lei em sentido material e que decreto do executivo não passa de um ato administrativo, não sendo instrumento primário de produção normativa.

Então, os Estados e o Distrito Federal devem, para conceder benefícios de ICMS, sempre firmar entre si convênios. Mas não são estes que os fazem nascer. Apenas integram o processo legislativo necessário à concessão destas desonerações tributárias. A celebração dos convênios interestaduais, no âmbito do CONFAZ, é levada a efeito através dos representantes do Poder Executivo, e sua ratificação deve ser feita pelos representantes do Poder Legislativo. Afinal, convênio não é lei e nem o CONFAZ é órgão legislativo. O convênio no âmbito do CONFAZ é uma fase para o processo complexo de concessão de isenções que deve envolver o Executivo e ser ratificado pelo Legislativo.

Segundo Alcides Jorge Costa, citado por Roque Carraza: “*Os convênios são uma fase peculiar do processo legislativo, em matéria de isenções de ICMS. Fase que limita a competência das Assembléias Legislativas, mas que não pode eliminá-la.*” (CARRAZA, 197/198)

Portanto, os convênios âmbito do CONFAZ não concedem isenções de ICMS, só autorizam que o Legislativo de cada Estado e do Distrito Federal venha a concedê-las. Somente assim é que as isenções farão parte do ordenamento jurídico interno dos Estados e do Distrito Federal - após serem aprovados pelas respectivas Casas Legislativas. O convênio é mero pressuposto para a concessão da isenção do ICMS. Esta surgirá, apenas, após a publicação do decreto legislativo que ratifica/confirma o convênio.

Nesse sentido, Geraldo Ataliba, também citado por Roque Carraza:

O convênio não dá nem tira direito a nenhuma Fazenda e a nenhum contribuinte. Não cria direito de natureza tributária nem em benefício, nem em detrimento de ninguém. É mero pressuposto de exercício eficaz da competência isentadora dos legisladores ordinários estaduais. (CARRAZA, 198)

Dessa forma, conclui-se que o art. 4º da LC nº 24/75 constitui afronta à CF/88, não sendo o convênio celebrado no âmbito do CONFAZ instrumento formal suficiente à concessão de benefícios fiscais. Este artigo ofende o § 6º, do art. 150, da CF/88 e o princípio da reserva legal específico (tributário), positivado pelo art. 97, do CTN.

A lei complementar que regula os convênios interestaduais não pode suprimir o controle das casas legislativas dos Estados e do Distrito Federal. As isenções autônomicas – concedidas por lei ordinária ou por decreto executivo – são manifestamente inconstitucionais e, a qualquer tempo, podem ser contestadas, perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “F”, da CF), pelas unidades federativas que se sentirem prejudicadas.

### **3. INVALIDADE DE LEI ESTADUAL QUE DELEGUE AO PODER EXECUTIVO A COMPETÊNCIA PARA RATIFICAR POR DECRETO OS CONVÊNIOS FIRMADOS NO ÂMBITO DO CONFAZ**

Quanto ao segundo ponto a ser abordado nesse estudo, acerca da validade de lei estadual que delegue ao Poder Executivo a competência para ratificar por decreto os convênios firmados no âmbito do CONFAZ, de plano, é possível assegurar que estas são inconstitucionais, pois segundo a CF/88 o Poder Legislativo não pode deliberadamente delegar matéria de sua competência privativa para o Poder Executivo.

Neste sentido há de ser rechaçado o art. 49 da Lei Estadual nº 7.014/96, do Estado da Bahia, cuja aplicação viola o ordenamento jurídico pátrio:

Art. 49. Fica o Poder Executivo autorizado a **celebrar e ratificar** convênios para concessão e revogação de isenção, redução de base de cálculo, manutenção

de crédito, concessão de crédito presumido e demais favores, incentivos ou benefícios fiscais de deliberação sujeita à competência do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ). (grifos aditados)

Matéria semelhante era abordada pela Lei Estadual nº 11.205/95, do Estado de Pernambuco, que outorgava ao Poder Executivo a prerrogativa de dispor, normativamente, sobre matéria tributária, por ofensa ao princípio da reserva absoluta de lei em sentido formal.

Ocorre que, julgando medida cautelar proposta na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.296, o STF, por unanimidade, resolveu suspender a eficácia dessa lei.

Conveniente transcrever alguns excertos desse acórdão, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello:

A essência do direito tributário – respeitados os postulados fixados pela própria Constituição – reside na integral submissão do poder estatal a *rule of law*.

A lei, enquanto manifestação estatal estritamente ajustável aos postulados subordinantes do texto consubstanciado na Carta da República, qualifica-se como decisivo instrumento de garantia constitucional dos contribuintes contra eventuais excessos do Poder Executivo em matéria tributária.

(...)

O legislador, em conseqüência, não pode deslocar para a esfera institucional de atuação do Poder Executivo – que constitui instância juridicamente inadequada – o exercício do poder de regulação estatal incidente sobre determinadas categorias temáticas como: (a) a outorga de isenção fiscal, (b) a redução da base de cálculo tributária, (c) a concessão de crédito presumido e (d) a prorrogação dos prazos de recolhimento dos tributos –, as quais se acham necessariamente submetidas, em razão de sua própria natureza, ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei em sentido formal.

Traduz situação configuradora de ilícito constitucional a outorga parlamentar ao Poder Executivo de prerrogativa jurídica cuja *sedes materiae* – tendo em vista o sistema constitucional de poderes limitados vigente no Brasil – só pode residir em atos estatais primários editados pelo Poder Legislativo.

Assim, é possível concluir que o Poder Legislativo Estadual não pode delegar sua competência legislativa em matéria de concessão de benefício fiscal, incentivo ou isenção para o Poder Executivo.

Porém, enquanto leis desse “quilate”, como a da Bahia, não forem rechaçadas completamente, pelo STF, do nosso ordenamento jurídico, sua interpretação e aplicação devem ser aquelas que se aproximem ao máximo do que a Constituição Federal prevê – interpretação conforme a Constituição – sob pena de se instalar verdadeiras anomalias jurídicas.

#### 4. CONCEITO DE NÃO-GERAL, DISCRIMINADO E DIFERENCIADO

Atendendo ao terceiro ponto suscitado para solucionar a problemática da renúncia de receita nos termos da Lei de Responsabilidade Fiscal, necessário se faz esclarecer o que seja benefício em caráter não-geral, discriminado e diferenciado.

O § 1º, do art. 14, da LRF, que conceitua renúncia de receita, dispõe que:

Art. 14.

(...)

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

O dispositivo transcrito traz 07 (sete) hipóteses consideradas como renúncia de receita, sendo que para as 04 (quatro) primeiras situações – anistia, remissão, subsídio e crédito presumido – a LRF não impõe qualquer condição para que elas integrem o conceito de renúncia; já para as 03 (três) últimas hipóteses – isenção, redução de alíquota e base de cálculo e outros benefícios – o legislador impôs adjetivação específica, considerando como renúncia, apenas, as isenções em caráter **não geral**, a alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução **discriminada** de tributos ou contribuições (isenções parciais)<sup>5</sup>, e outros benefícios que correspondam a **tratamento diferenciado**. Nestas 03 (três) hipóteses é fácil perceber que a intenção do legislador não foi outra, senão a de restringir a incidência da norma.

Ou seja, somente caracterizarão renúncia de receita, as hipóteses que privilegiem e beneficiem individualmente certo contribuinte ou grupo de contribuintes.

A questão é saber se os três adjetivos – “*não geral, discriminado e diferenciado*” – constantes do § 1º, do art. 14, da LRF, utilizados pelo legislador, significam a mesma coisa. Consultando o dicionário HOUAISS<sup>6</sup>, temos:

5. Neste sentido, CARVALHO, 492.

6. HOUAISS, Antonio. *Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

**Diferenciar.** v. 1 discernir: separar (d. uma coisa de outra) 2 reconhecer: identificar (de longe não consegue d. as letras) sin. geral: diferenciar, discriminar, distinguir; ant. geral: confundir, misturar.

**Discriminar.** v. 1 distinguir: diferenciar, discernir, separar (d. o certo do errado) ↯ confundir, misturar 2 especificar: arrolar, determinar, listar (d. os artigos em falta) 3 segregar: apartar, isolar, separar (d. os negros é crime) ↯ congrega, irmanar.

**Generalizar.** v. difundir, divulgar, estender, propagar, universalizar, vulgarizar ↯ especializar, especificar, individualizar, particularizar, singularizar.

**Geral.** adj. 2g. 1 comum: coletivo, generalizado, genérico, global, universal (lei g.) ↯ especial, específico, individual, particular, próprio, singular 2 extenso: abrangente, extensivo, genérico, largo, lato (sentido g. de uma palavra) ↯ limitado, restrito 3 total: completo, generalizado, global, integral (greve g.) (anestesia g.) ↯ parcial 4 vago: abstrato, genérico, impreciso, indeterminado, indistinto, superficial (deu-lhe uma visão g. do ocorrido) ↯ exato, certo, justo, perfeito, preciso, rigoroso.

Nota-se, então, que os três adjetivos são sinônimos, todos exprimem a idéia do que é especial, específico, individual, particular e singular, ou seja, traduzem a idéia oposta do que é geral. E não poderia ser diferente, afinal, o equilíbrio entre receitas e despesas é o princípio básico da LRF.

Entretanto, nem todo benefício fiscal que privilegie determinado contribuinte deve ser, para fins desta lei, considerado renúncia de receita, sendo acompanhada de estimativa do impacto orçamentário.

Para caracterizar renúncia fiscal é preciso analisar-se, além do enquadramento do benefício à adjetivação legal, o caso concreto, o mérito, a relevância social e a política pública que está associada à concessão. Afinal, só será considerado como renúncia, aquele benefício que privilegie certo contribuinte em detrimento dos demais integrantes do mesmo segmento socioeconômico, não havendo por trás da concessão nenhuma política pública relevante.

A concessão de benefícios fiscais (isenções totais ou parciais) é instrumento político para a promoção da justiça fiscal, através da ponderação dos princípios da capacidade contributiva, redistribuição de rendas, razoabilidade e desenvolvimento econômico.

Para Paulo de Barros Carvalho:

O mecanismo das isenções é um forte instrumento de extrafiscalidade. Dosando equilibradamente a carga tributária, a autoridade legislativa enfrenta as situações mais agudas, onde vicissitudes da natureza ou problemas econômicos e sociais fizeram quase que desaparecer a capacidade contributiva de certo



segmento geográfico ou social. A par disso, fomenta as grandes iniciativas de interesse público e incrementa a produção, o comércio e o consumo, manejando de modo adequado o recurso jurídico das isenções. São problemas alheios à especulação jurídica, é verdade, mas formam um substrato axiológico que, por tão próximo, não se pode ignorar. A contingência de não levá-los em linha de conta, para a montagem do raciocínio jurídico, não deve conduzir-nos ao absurdo de negá-los, mesmo porque penetram a disciplina normativa e ficam depositados nos textos do direito posto. O intérprete do produto legislado, ao arrostar as tormentosas questões semânticas que o conhecimento da lei propicia, fatalmente irá deparar-se com resquícios dessa intencionalidade que presidiu a elaboração legal. (CARVALHO, 493)

Assim, a isenção de ICMS, por exemplo, a depender da situação, pode ou não indicar um privilégio individual dado a um contribuinte, a depender do contexto social, da política pública que está sendo implementada pelo Estado no momento da concessão. Por exemplo, a concessão de isenção de ICMS nas operações com medicamentos é uma isenção de caráter geral, enquanto que a mesma isenção dada a um medicamento específico para tratamento de hepatite B é considerada não-geral, uma vez que somente um laboratório comercializa o produto e, assim sendo, somente ele será beneficiado, em detrimento dos demais, porém, a isenção do ICMS para os medicamentos de combate a AIDS, embora também comercializado, apenas, por uma mesma empresa, pode ser considerada uma isenção de caráter geral, a depender da política pública que o Estado esteja efetuando e, também da relevância social do motivo da concessão.

Assim, não basta a denominação, outros fatores podem interferir na classificação dos benefícios em gerais e não-gerais e o impacto é grande, vai muito além de problemas terminológicos, é que somente os benefícios não-gerais é que serão considerados renúncia de receita.

Vejamos o que reza o CTN sobre isenções concedidas em caráter não-geral, doutrinariamente classificadas como especiais:

Art. 179. A isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão.

Poder-se-ia querer restringir, então, a aplicação das isenções não-gerais tratadas pelo § 1º, do art. 14, da LRF como somente aquelas efetivadas, por despacho da autoridade administrativa, mediante requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão. Porém, não foi só isso que o legislador da LRF intencionou. Na verdade, nem toda isenção não-geral dependerá de requerimento do interessado, como também, nem toda isenção determinada, específica,

discriminada, particular, individual será não-geral, pois poderá estar atrelada a alguma política pública, sendo, portanto, geral, como já exemplificado.

Assim, importante delinear que é preciso interpretar os conceitos de não-geral, discriminado e diferenciado para efeitos de renúncia de receita, segundo os ditames da LRF.

## 5. SÍNTESE DAS CONCLUSÕES

Diante do exposto é possível concluir que:

- a) O art. 4º da LC nº 24/75 constitui afronta ao § 6º, do art. 150, da CF/88, não estando mais vigente em nosso ordenamento, em razão de não ter sido recepcionado pela CF/88. Logo, após a celebração dos convênios no âmbito do CONFAZ, necessário se faz que o Poder Legislativo dos Estados e o Distrito Federal edite lei específica ou decreto legislativo ratificando os benefícios fiscais concedidos;
- b) O art. 49, da Lei Estadual nº 7.014/96, que autoriza o Poder Executivo a ratificar por decreto executivo os convênios celebrados no âmbito do CONFAZ, possui vício da inconstitucionalidade, uma vez que afronta a CF/88 que estabelece que o Poder Legislativo não pode delegar matéria de sua competência privativa;
- c) Os três adjetivos constantes do § 1º, do art. 14, da LRF - “*não geral, discriminada e diferenciado*” – são sinônimos, mas não bastam para classificar uma isenção como não-geral, é preciso que se analise se a concessão do benefício fiscal não está atrelada a alguma política pública e, sendo assim, não poderia ser considerada não-geral, ou seja, não se enquadraria no conceito de renúncia fiscal.

## 6. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 19. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício Cabral; FERREIRA, Cláudio Soares de Oliveira; TORRES, Fernando Raposo Gameiro; BRAGA, Henrique Alselmo da Silva e NÓBREGA, Marcos Antonio Rios da. **Comentários à lei de responsabilidade fiscal**. São Paulo: Editora Nossa Livraria, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

## XI

# A DIALÉTICA NA HERMENÊUTICA GADAMERIANA

*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:** Este trabalho visa apresentar a dialética no pensamento de Gadamer. Inicia estabelecendo resumidamente o conceito e a história da hermenêutica clássica. Adiante relata a viragem lingüística e a hermenêutica gadameriana. Discorre sobre os conceitos de dialética nos pensadores clássicos, em Hegel e Marx e Engels. Explica a dialética de perguntas e respostas manejada por Gadamer. Delineia, sinteticamente, os pontos de contato e os pontos de divergência entre a dialética gadameriana e a materialista. Ao final, sugere a possibilidade de um diálogo hermenêutico-dialético.

**ABSTRACT:** This work aims at to present the dialectic in the thought of Gadamer. It initiates

establishing the concept and the history of the classic hermeneutics. It has advanced tells to the linguistic's change and the hermeneutics of Gadamer. It discourses on the concepts of dialectic in the classic thinkers, Hegel and Marx and Engels. It explains the dialectic of questions and answers by Gadamer. Presents the points of contact and the points of divergence between the Gadamer's dialectic and the materialist. To the end, it suggests the possibility of a hermeneutic-dialectic dialogue.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hermenêutica; Gadamer; dialética.

**KEYWORDS:** hermeneutic; Gadamer; dialectic.

**SUMÁRIO:** 1. Intróito: Hermenêutica e Gadamer. 2. A Hermenêutica. 3. A hermenêutica gadameriana. 4. A dialética. 5. A Dialética Gadameriana. 6. Dialética materialista *versus* dialética gadameriana. 7. Conclusão. 8. Referências.

## 1. INTRÓITO: HERMENÊUTICA E GADAMER

No cenário de transformações e crises, o mito do deus-mensageiro, *Hermes*, interpela com firmeza o processo de compreensão. A interpretação deixa ser a extração do sentido da norma, como se houvesse no texto legal um sentido imanente e distinto daquilo que se compreende. Ao contrário, toda compreensão é produção de sentido, intercalada pela pré-compreensão, tradição e historicidade (GADAMER, 2005). Tem-se a intitulada hermenêutica filosófica.

Anuncia Lênio Streck que “Os sentidos são atribuíveis, a partir da faticidade em que está inserido o intérprete. Não interpretamos para compreender, e, sim, compreendemos para interpretar” (STRECK, 2005, p. 316). Em outras palavras, compreender é ser (novamente e diferente) o que está a se compreender, ou seja, a interpretação é uma tarefa produtiva e construtiva, não mera reprodução-repetição. Na busca pela compreensão, há fusão entre o horizonte do intérprete (pré-compreensão) com o texto mediado pela historicidade da tradição produz uma hermenêutica produtiva para uma realidade concreta. Quando isto ocorre, o mensageiro e a mensagem confundem-se. Trata-se da hermenêutica.

Richard Palmer conceitua hermenêutica como “o estudo dos princípios metodológicos de interpretação e de explicação: hermenêutica específica: estudo dos princípios gerais de interpretação bíblica.” (PALMER, 1996, p. 16). Explicando que o objetivo do livro é a “clarificação” do assunto, o autor firma as bases filosóficas na hermenêutica alemã e na fenomenologia, desejando redirecionar a interpretação americana.

A etimologia do termo conduz à idéia de interpretação. Mitologicamente, há dúvidas se o substantivo *hermeneia* (interpretação) proveio de Hermes, conhecido como deus-mensageiro, ou se ocorreu o processo inverso. “Assim, levada até sua raiz grega mais antiga, a origem das actuais palavras hermenêutica e hermenêutico sugere o processo de tornar compreensível, especialmente enquanto tal processo envolve a linguagem, visto ser a linguagem o meio por excelência deste processo” (PALMER, 1996, p.24).

No contexto de ascensão do pensamento hermenêutico, o pensamento de Hans-Georg Gadamer assume referencialidade singular, uma vez que consagra a denominada viragem filosófica para o paradigma da linguagem, demarcando a hermenêutica como a possibilidade da própria compreensão e, não mais como metódica (métodos de interpretação) para identificação do sentido. No Brasil, o pensamento gadameriano foi bem situado, no âmbito jurídico, por Lênio Streck (2005), entretanto um aspecto importante da hermenêutica filosófica tem sido pouco abordado: é a dialética utilizada por Gadamer.

Na tentativa de contribuir para a expansão da hermenêutica filosófica, pretende-se, neste artigo, apresentar a concepção de dialética no pensamento gadameriano. Para tanto, há que se, inicialmente, o estudo pelo conceito e proposta da hermenêutica e da hermenêutica em Gadamer. Adiante, analisar-se-á as idéias da dialética nos diversos momentos históricos para, depois, explicitar a dialética usada por Gadamer. Serão confrontadas as aproximações e dissensos entre dialética materialista e gadameriana, para, ao final, apontar uma conclusão sugestiva da possibilidade de um diálogo hermenêutico-dialético.

## 2. A HERMENÊUTICA

Richard Palmer formula três significações de hermenêutica. A primeira, é o *dizer*, assimilada como enunciar, relatar e descrever, tido como “função anunciadora de Hermes” (PALMER, 1996, p. 25). Trata-se uma significação mais descritiva do ato interpretativo, afirmando que o ato de dizer é interpretar, porque se trata de uma decodificação de conteúdo para outro através da linguagem oral. Inclusive Palmer a linguagem escrita enfraquece a interpretação, porque não contém expressividade. Explica que a interpretação oral perfaz uma circularidade complexa, eis que exige uma expressão (retórica) que realce o sentido, embora só se possa realçar o sentido após a interpretação que já é a própria expressão. Assevera, ainda, que as imagens visuais (texto escrito) resultam na perda do poder expressivo da linguagem.

A segunda, *explicar*, destaca o aspecto discursivo da compreensão. Trata-se de uma acepção analítica, não descritiva, preocupada com verdade ou falsidade do discurso, implicando o convencimento através da análise dos seus argumentos (explicação). “Aristóteles define *hermeneia* referindo-se à operação da mente que formula juízos que têm a ver com a verdade ou falsidade das coisas” (PALMER, 1996, p.31). Ressalva que a retórica e a poética situam-se fora da interpretação, pois objetivam comover (tocar subjetivamente) os ouvintes. Caracteriza esta vertente como:

[...] a interpretação explicativa torna-nos conscientes de que a explicação é contextual, é horizontal. Deve ser processada dentro de um horizonte de significados e intenções já aceites. Em hermenêutica, esta área de uma compreensão pressuposta, é designada por pré-compreensão. (PALMER, 1996, p.34-35).

Palmer prossegue explicando a idéia de pré-compreensão articulada com a primeira vertente (*dizer*). É que a pré-compreensão (contexto) da obra pressupõe a hermenêutica de *dizer* (descritiva), que também se influencia pela pré-compreensão. “A função da interpretação explicativa na interpretação literária pode ser vista neste contexto, como esforço para colocar os fundamentos numa pré-compreensão que permita compreender o texto” (PALMER, 1996, p.35). Esta reflexão funda-se na impossibilidade de separação do intérprete em relação à interpretação.

A terceira, é a *tradução*, entendida como a mediação entre uma língua desconhecida e seus sentidos feita pelo intérprete para seus ouvintes. Resgata a história mitológica de Hermes, que era o “mediador de um mundo e outro” (PALMER, 1996, p.37):

A hermenêutica moderna encontra na tradução e na teoria da tradução um reservatório imenso para explorar o problema hermenêutico. [...] O fenômeno

da tradução é o próprio cerne da hermenêutica: nele se confronta a situação básica da hermenêutica, de ter que compor o sentido do texto, trabalhando com instrumentos gramaticais, históricos e outros para decifrar um texto antigo. (PALMER, 1996, p.41).

Nesta vertente, aprofunda à crítica aos professores de literatura privilegiam a análise em detrimento da tradução, quando separam, para obter uma objetividade, o texto do seu contexto.

Na pré-história da hermenêutica romântica, dois caminhos se apresentavam: a teologia (a partir de uma defesa reformista da bíblia) e a filologia (como instrumentos das ciências humanas). Mesmo nas duas vertentes diferentes, a hermenêutica da época atinha-se à busca do sentido original do texto (GADAMER, 2005, p.248).

A hermenêutica moderna dividiu-se em duas correntes: a historicista e romântica. A corrente histórica pode ser representada por W. Dilthey, que nega o idealismo romântico, visa inserir na crítica kantiana da razão uma crítica histórica (SILVA, 2000, p. 63). Defende-se uma historicidade a par de uma fundamentação psicológica da expressão e da compreensão, embora este historicismo ainda esteja no paradigma de um sujeito cognitivo distinto do objeto:

Pois, dessa forma, W. Dilthey, ao considerar as objetivações históricas como aquisições que podem ser decifradas com o auxílio de técnicas hermenêuticas, não consegue ultrapassar o binômio relacional sujeito-objeto, e o conhecimento histórico não evolui para conhecimento hermenêutico, i.e., para uma experiência hermenêutica. (SILVA, 2000, p. 53-54).

A corrente romântica adveio da Alemanha, especialmente de dois filósofos, Friedrich Schleiermacher e Friedrich Schegel. O romantismo

...parte do significado metafísico da individualidade e de sua tendência ao infinito, posto que em ambos o conceito da vida desempenha um papel fundamental, constituindo o fundo metafísico que sustenta o próprio pensamento especulativo alemão. (SILVA, 2000, p. 53-54).

Na tradição exegética da teologia protestante, Friedrich Schleiermacher concentrou seus esforços no problema do conceito geral da compreensão, abrindo o espaço necessário para a futura hermenêutica contemporânea. Tendo introduzido o problema da compreensão, o qual foi desenvolvido por Heidegger e Gadamer.

Schleiermacher concebe o postulado clássico para algumas correntes hermenêuticas de que se pode compreender um autor melhor do que próprio se compreendeu. (GADAMER, 2005, p.263). Baseado em sua teoria da tradução, Schleiermacher iguala o autor e o intérprete, dispondo que caberia ao hermeneuta

identificar a “intenção inconsciente do autor” (GADAMER, 2005, p.265). Este postulado alcança a categoria de princípio da arte hermenêutica.

Em Schleiermacher (2003, p. 11), adota-se uma dialética que considerava o conhecimento provisório, bem como se sustenta a inseparabilidade entre o pensamento e linguagem, e a impossibilidade de uma linguagem universal. Assim, assinalava que “a linguagem é ‘um infinito indeterminado’, na medida em que á algo histórico” (SCHLEIERMACHER, 2003, p.12).

Coube a Schleiermacher conduzir a hermenêutica do domínio técnico para a seara filosófica, definindo-a com a intrínseca à fala e ao pensamento. Gadamer, nestes termos, atribui a Schleiermacher a responsabilidade por ter desenvolvido um método autônomo e desvinculado do objeto para a interpretação, implicando na “superioridade do intérprete sobre seu objeto” (GADAMER, 2005, p.267). Embora o próprio Gadamer tenha estabelecido o limite deste autor, que residia a motivação teológica e bíblica, distanciando-se da historicidade.

Até este momento o debate hermenêutico era essencialmente metódico ou normativo, posto que a interpretação era tão somente um meio (sobre o meio da linguagem) para obtenção de uma mensagem enviada do emissor ao receptor. A filosofia da consciência era hegemônica, apesar do prenúncio da hermenêutica filosófica com Heidegger com sua viragem lingüística. Mas antes desta, cumpre retornar a dialética, para comentar sua “viragem” materialista da dialética.

### 3. A HERMENÊUTICA GADAMERIANA

A hermenêutica em Gadamer passa de método para filosofia. Em outras palavras, os métodos de interpretação não são mais o foco central da hermenêutica, mas sim a própria possibilidade de compreensão. “Y ahora se trataba de transformar esa técnica em um sistema filosófico que dé razón delas estructuras irrenunciables em toda comprensión” (FERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p. 50). Trata-se da hermenêutica filosófica, que teve seu princípio em Heidegger.

Martin Heidegger, no Ser e Tempo, instaura uma grande viragem na compreensão hermenêutica, quando busca a revelação do texto, ou seja, quando adentra nele para refazê-lo. Em Heidegger, há violentação (PALMER, 1996, p. 152) das idéias do texto, implicando na repetição/relocação do intérprete no local/situação do autor, procurando rever o dito e o não dito. Essa violentação (reconstrução) não significa que a compreensão hermenêutica propõe-se a entender o texto melhor que seu autor, ao contrário, sendo a compreensão obra do ser será necessariamente diferente, isto é, a interpretação não é reprodutiva e sim produtiva. Tem-se a viragem ontológica.



La obra entera de Gadamer ha intentado liberar el problema de la comprensión de la interminable disputa metodológica y há conseguido desvelar una radical historicidad y lingüística del mismo acto de la comprensión quando así una profundidad insospechada a lo que corria el peligro de no ser más que um arte instrumental. Em todo comprender está empenado el ser histórico del hombre y el lenguaje donde se encierra el mundo de infinitos significados posibles. (LARGO, 1992, p. 12)

O pilar desta viragem foi a ruptura de Heidegger com a metafísica, com a filosofia da consciência de Kant a Hegel. A hermenêutica filosófica assevera que a possibilidade de compreensão dos textos, e da própria vida, é assentada no próprio ser, e não na consciência. Neste novo paradigma, não há mais a distância entre sujeito e objeto (o sujeito que apreende no intelecto o objeto), mas sim a relação sujeito-sujeito, que transpõe à compreensão para o perfil da reconstrução. Em outras palavras, **compreender é ser (novamente e diferente) o que está a se compreender**. A hermenêutica filosófica gadameriana dirige-se à perquirição da compreensão, isto é, não se pauta na discussão das técnicas interpretativas, para focar seus esforços numa questão preliminar a tais técnicas, qual seja: o que é a compreensão?

Identifica-se em Heidegger a história como ontologia fundamental. “A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo. Com isso se desfaz todo o subjetivismo da filosofia moderna e até mesmo, como logo se verá, todo o horizonte das questões da metafísica que compreende o ser como o presente” (GADAMER, 2005, p.345). Para Gadamer, a grande contribuição de Heidegger foi resolver o problema do ser (transcendência, metafísica e subjetivismo) e distanciando-se de um positivismo na fenomenologia. Há que se vislumbrar a hermenêutica de gadameriana como a superação entre Schleiermacher e Dilthey, uma vez que Gadamer coloca o problema da compreensão frente à existência humana e a totalidade mundana.

Se Schleiermacher había liberado la hermenêutica nueva concierne de su atadura a lectura de la Biblia y Dilthey, a su vez, de la dependencia de las ciencias naturales, ahora se pretende liberar la hermenêutica de la alienación estética e histórica para estudiarla en su elemento puro de experiencia de la existencia humana. (FERNÁNDEZ-LARGO, 1992, p. 41).

Gadamer, auto-proclamado discípulo de Heidegger, desenvolve sua contribuição à hermenêutica filosófica numa perspectiva complementar à heideggeriana. Tratou, inicialmente, de dirigir sua crítica ao pensamento cartesiano que condicionava à verdade à adequação ao método. Sua obra, *Verdade e Método*, serviu a tal crítica, valendo-se de grande ironia no título. Tinha como objetivo central:

A tese de meu livro é, pois, que o momento histórico-efetual é e permanece efetivo e atuante em toda a compreensão da tradição, mesmo onde a metodologia das modernas ciências históricas ganhou espaço, e transforma em “objeto”

aquilo que veio a ser historicamente, o que foi transmitido historicamente, que se deve “estabelecer” como um dado experimental – como se a tradição fosse estranha e, humanamente falando, incompreensível enquanto objeto da física. (GADAMER, 2005, p. 20).

Verifica-se, dessa forma, na hermenêutica filosófica a historicidade. “Não é a história que nos pertence mas somos nós que pertencemos a ela. Muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos.” (GADAMER, 2005, p.367). Todo intérprete já conserva consigo alguns juízos prévios que conformam uma intenção preliminar na interpretação. No momento da formulação da pré-compreensão, e também da compreensão, o elemento histórico atua fazendo com que esta hermenêutica seja perpassada pela historicidade.

O elemento da historicidade é trabalhado em Gadamer sobre outro viés, posto que é desenvolvido pela questão do ser de Heidegger na hermenêutica, superando as aporias do historicismo. “Por isso, dado que o conhecimento histórico recebe a legitimação a partir da estrutura prévia da pre-sença, ninguém há de querer atacar os critérios imanentes daquilo que quer dizer conhecimento” (GADAMER, 2005, p.350). Entender que o intérprete vive num contexto histórico que lhe envolve é caracterizar a compreensão como finita e temporária.

A descoberta da estrutura prévia da compreensão (pré-compreensão) de Heidegger é fundamental e imprescindível para a hermenêutica filosófica aventada. Gadamer considera que a interpretação é um ato de projetar que começa por conceitos prévios que serão, a posteriori, substituídos por mais adequados (2005, p.356), fazendo movimento circular: preconceito – texto – conceito – sentido:

Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas nas coisas, tal é a tarefa constante da compreensão. [...] A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. (2005 p.356).

Em consideração da existência mundana do sujeito, este carregará consigo sua história, opções, ideologias, medos e opiniões que constituem sua pré-compreensão. A estrutura prévia da compreensão atua com manifesta interferência na hermenêutica, pois realiza os recortes possíveis de interpretação ou mesmo confere um sentido próprio e distinto de outros intérpretes, concatenado com a o pré-juízo.

Uma vez reconhecida a pré-compreensão, há de se publicizá-la e externalizá-la, com mister de evitar que as pré-compreensões não conduzam arbitrariamente a

interpretação. Neste particular, Gadamer defende a postura heideggeriana contra a feição negativa, cunhada pelo iluminismo, do conceito de pré-conceito. “Preconceito não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente.”(GADAMER, 2005, p.360). Streck crítica a omissão da filosofia moderna acerca do debate existencial:

O mundo só se dá para nós na medida em que já temos sempre certo patrimônio de idéias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas. O ser-no-mundo nada tem daquele sujeito do cogito da filosofia moderna, porque esta noção pressupõe precisamente que o sujeito é algo que se contrapõe ao objeto entendido como simples-presença. (STRECK, 2005, p. 192).

A justificativa para a desvalorização da pré-compreensão é tributária da ascensão do método que propunha, para se garantir a cientificidade do estudo, o primado da dúvida cartesiana, que não admitia conhecimento prévio.

Este império cartesiano e racionalista formulou uma excludente oposição entre autoridade e razão. O Iluminismo deformou o conceito de autoridade, quando deixou de ligar-se à razão e liberdade, para orbitar em torno da sujeição e da obediência (GADAMER, 2005, p.371). Gadamer entende, diferentemente, a autoridade como uma “atribuição de pessoas”, “um ato de conhecimento ou reconhecimento”, não vinculando à obediência, nem sujeição ou arbitrariedade (GADAMER, 2005, p.371). Na defesa da autoridade, Gadamer recompõe a idéia de tradição (modalidade de autoridade).

A realidade dos costumes é e continua sendo, em sentido amplo, algo válido a partir da herança histórica e da tradição. Os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. É isso, precisamente, que denominamos tradição: ter validade sem precisar de fundamentação. (GADAMER, 2005, p.372).

Gadamer considera que a interpretação é um ato de projetar, que começa por conceitos prévios que serão, *a posteriori*, substituídos por mais adequados, fazendo movimento circular: preconceito – texto – conceito – sentido.

Assim, O movimento da compreensão vai constantemente do todo para a parte e desta para o todo. A tarefa é ir ampliando a unidade do sentido compreendido em círculos concêntricos. O critério correspondente para a justeza da compreensão é sempre a concordância de cada particularidade com o todo. Se não houver tal concordância, significa que a compreensão malogrou. (GADAMER, 2005, p.386).

Na virada ontológica da hermenêutica filosófica, a linguagem exsurge como a centralidade da compreensão ou, ainda, como a garantia da possibilidade de

compreensão. Mais que isso, o próprio ser é linguagem e, dessa maneira, só na linguagem (não mais na consciência) que o ser se manifesta.

É a afirmativa do paradigma da filosofia da linguagem, que supera, segundo seus defensores, a filosofia da consciência que atribuía um papel instrumental e sem destaque à linguagem. Impõe-se transcrever esta viragem paradigmática:

[...] no entendimento da linguagem se manifesta no mundo. O entendimento que se dá na linguagem coloca aquilo sobre o que se discorre diante dos olhos dos que participam da conversa, como ocorre com um objeto de disputa que se coloca no meio exato entre os adversários. O mundo é solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas de comunidade de vida humana são formas de comunidade de linguagem, e digo mais, elas forma linguagem. Isso porque a linguagem é por sua essência a linguagem da conservação. Ela só adquire sua realidade quando se dá o entendimento mútuo. (GADAMER, 2005, p.576).

Lênio sintetiza: “A linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto, ou seja, na concepção hermenêutica de Gadamer não há espaço para a dicotômica relação epistemológica sujeito-objeto” (STRECK, 2005, p. 202).

Pode-se dizer que a hermenêutica pressupõe um compromisso com o diálogo, que não significa neutralidade ou mero acolhimento automático das idéias do texto, mas apenas está aberto para recepcionar novas contribuições.

Aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias, ignorando a opinião do texto da maneira mais obstinada e conseqüente possível. Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa (GADAMER, 2005, p.358).

A abertura ao texto é, efetivamente, uma postura dialógica de intercâmbio entre o texto e o intérprete. Com isso, a hermenêutica foge da tentativa de interpretação silenciosa e anti-dialógica dos textos, que foi sustentada pelos dogmatismos intrínsecos às pretensões (pretensamente) neutras de explicações analíticas. “Compreender torna-se uma questão não só de interrogar que pretende ser aberto e não dogmático, mas também de aprender a esperar e a encontrar o lugar (Ort) a partir do qual o ser do texto se revele.” (PALMER, 1996, p. 152). Então, a relação intérprete e texto, isto é, a compreensão é uma relação dialética, no contexto da filosofia da linguagem. A idéia de dialética torna-se, neste ponto, imprescindível.

#### 4. A DIALÉTICA

É dever advertir que não há uma concepção exclusiva de dialética, o que não seria compatível com a própria dialética. De forma inconclusa e em permanente

transformação, a dialética perpassa os pensamentos de Sócrates, Platão, Aristóteles, Hegel, Marx, Engels, Gadamer, entre outros.

Sua etimologia conceitua do verbete *dialética* corresponde ao diálogo em busca da verdade. “A palavra composta dialética é formada pela por relação, troca, intermediação e por falar. Etimologicamente, remete à arte da conversação; epistemologicamente, corresponde à arte da conversação desenvolvida na prática política da cidade grega.” (BARRETTO, 2006, p. 208).

Prefere-se, neste trabalho, a definição do Professor brasileiro Leandro Konder, pensamento este que constitui o lastro deste texto, que assim formula: “é o modo de pensarmos as contradições da realidade, compreendendo esta como essencialmente contraditória e em permanente transformação” (KONDER, 2003, p. 8)

A dialética, situada no *locus* da historicidade, desacata criticamente (negação d) o presente, para engendrar as condições para a transformação para o futuro. Com isso, ver-se-á que o conhecimento dialético não é produto dos últimos séculos, mas já vêm se desenvolvendo a muito tempo na histórica do ocidente.

Inicialmente, não se percebia que a dialética era mais que a arte do diálogo, pois se vinculava a feição dialógica, isto é, discussão baseada em argumentos contrários. Foi na Grécia Antiga, que a dialética deixou de ser oposição de argumentos (dialógica), para enfatizar que a contraposição de idéias não é estéril (mera oposição). Pelo contrário, justamente desta contradição é que se forja o movimento de superação, gerando o novo.

Existem divergências quanto à identificação do fundador da dialética (KONDER, 2003, p. 8), alguns consideram Sócrates, que numa discussão sobre a utilidade da filosofia utilizou a dialética para definir Justiça e Política, enquanto Aristóteles atribuía este feito a Zênio de Eléa, como também cogita-se a autoria de Heráclito.

Heráclito, muito conhecido pela passagem em que diz que um homem nunca se banha duas vezes no mesmo rio, pois tanto rio, quanto o homem, não são mais os mesmos desenvolveu bastante a dialética. Para ele, as coisas são fruto do conflito, embora constituam, no final, “uma harmonia que corresponde à necessidade da *logos* (princípio da realidade e harmonia)” (BARRETTO, 2006, p. 209). Entretanto, foi considerado obscuro por combater a idéia da estabilidade e constância da realidade – que interessa ao grupo hegemônico daquela época, tendo sido preterido pela Metafísica de Parmênides.

Em Zenão, a dialética corresponde a uma técnica de qualificar de absurda a argumentação que se pretende refutar, mediante a demonstração das suas consequências danosas. (BARRETTO, 2006, p. 209).

Para Platão (ABRÃO, 1999, p. 49), a verdade nascia da contraposição/comparação de argumentos, isto é, era através do processo dialético que se obtinha a verdade. Platão chamava de eurística as práticas sofistas de vencer (não superar) as controvérsias, por meio de argumentos inválidos (falsos). Em Sócrates, “dialético é quem sabe formular e responder perguntas, buscando a essência imutável de cada coisa” (BARRETTO, 2006, p. 209). Esta dialética de perguntas e resposta será retomada, como se verá, em Gadamer.

Aristóteles retira a dialética da esfera das ciências, transpondo-a para o plano do improvável, do incerto argumentativo. “Aristóteles afirma que a dialética é a faculdade de investigar os opostos, mesmo independentemente de seu *quid* e (de investigar) se pode haver uma e a mesma ciência para coisas opostas” (GADAMER, 2005, p. 476). Segundo este clássico grego, as ciências assentam-se na demonstração e no raciocínio analítico:

Para Aristóteles, o que caracteriza a dialética não é o tipo de raciocínio, mas o estatuto epistemológico das premissas. O raciocínio é dialético se as premissas são geralmente aceitas, e eurístico se as premissas apenas parecem prováveis. (BARRETTO, 2006, p. 209).

Da dialética grega, extrai-se uma importante conclusão. A vertente de Heráclito e Platão caracteriza a dialética como ontologia, diferindo da vertente propugnada por Zenão, seguida por Aristóteles, que trata a dialética como metodologia (metódica). A dialética, enquanto ontologia, somente será recuperada por Hegel, Marx e Engels. Até lá, o sentido dialético limita-se a de método. Vicente Barretto sistematiza:

Assim, enquanto a dialética é para Platão a ciência do necessário, para Aristóteles ela é a arte do provável, que não é ciência, distinguindo-se assim da analítica, que estuda o funcionamento do silogismo demonstrativo fundado em premissas certas (e não meramente prováveis). Estabelece-se assim um antagonismo central entre a concepção de dialética como ciência do verdadeiro (Platão) ou como ciência do provável (Aristóteles). (BARRETTO, 2006, p. 209-10).

Os estóicos, desenvolvendo a vertente aristotélica, equiparam à dialética à lógica formal para premissas incertas, estabelecendo os fundamentos do cálculo proposicional. Nesta corrente, “A dialética é a arte de formar sentenças breves e exatas, enquanto a retórica é a exposição extensa e bela” (BARRETTO, 2006, p. 210). Além do cálculo proposicional, a dialética estóica englobaria o estudo gramatical e semântico, que foi acolhido posteriormente por Cícero e Sêneca.

Na Idade Média, a estrutura social não possibilitava a existência de centros de discussão, no qual aflorasse a dialética. A escolástica assimila a dialética enquanto tópica, quando descobre as obras de Platão e Aristóteles. Os exames escolásticos baseavam-se em teses e antíteses, demonstrando o raciocínio pela contrariedade. No entanto, a dialética metódica da escolástica alargou os conceitos das proposições inaceitáveis logicamente (plano do não científico) para incluir aqueles inconvenientes à orientação divina, pois a dialética medieval estava à serviço da Teologia (BARRETTO, 2006, p. 210).

Com o Renascimento e o Iluminismo, vários elementos da dialética compuseram o pensamento dos filósofos que constituíram tais mudanças. Particularmente, Diderot e Rousseau que, apesar de suas divergências, combatiam dialeticamente a ordem política dominante. “Desconfiem de quem quer impor a ordem” (DIDEROT, *apud* KONDER, 2003, p.17).

Todavia, a dialética terminou desprestigiada pelo cartesianismo. A consagração de *O Discurso e o Método* de Descartes significou a ascensão do método, enquanto única garantia de produção de verdade, eliminando tanto a lógica aristotélica, como a dialética. Deste momento em diante, a dialética, subjugada pelo cartesianismo, aparece difusamente na história até Hegel.

Mesmo no bojo da metódica cientificista e cartesiana, Gottlieb Fichte construiu a tríade (que será a tríade dialética em Hegel): tese → antítese → síntese. Segundo Fichte, entretanto, não há contradição inerente à tese, ou seja, a tese não traz consigo sua negação (a antítese). Esta ausência de contrariedade da tríade de Fichte o afasta do pensamento dialético. Foi Schelling “o primeiro a descrever o processo de três etapas como dialética: o pensamento humano só pode apreender o absoluto em sua divisão em polaridade e não de forma imediata” (BARRETTO, 2006, p. 210).

Com Hegel, expressão madura do racionalismo e iluminismo, são postos os fundamentos da dialética contemporânea, partindo da idéia de Platão de que a superação das contradições conduz a verdade. “A dialética hegeliana consiste em passar de conceitos a seus opostos, atingindo uma unidade superior a ambos, ou seja, é o processo de atingir uma verdade superior a partir das contradições.” (BARRETTO, 2006, p. 211).

É preciso distinguir que em Hegel a dialética deixa de ser método (caminho para compreensão do real) para tornar-se ontologia. “Não é apenas a maneira correta de pensar a realidade e sim a própria estrutura da realidade em todos os seus aspectos”(ABRÃO, 1999, p. 356).

Considerando a dialética como *ontos* (a própria essência das coisas), suas contradições ensejam os processos de mudança social, o que fazia com Hegel atribuisse às superações (dialética) a função de motor da história. “Passar ao oposto é a consequência necessária da limitação de conceitos, coisas, pensamentos e sociedades, e que leva a um posterior desenvolvimento” (BARRETTO, 2006, p. 211). A dialética hegeliana deduz que uma afirmação logo ocasiona uma contraposição, desse choque/confronto surge uma nova afirmação (síntese), que novamente será contraposta, movimentando e conferindo sentido à história.

É Hegel que articula os conceitos básicos da dialética: tese, antítese e síntese. A tese representa a afirmação de uma idéia que terá na antítese sua negação, até a superação dialética, síntese. Ressalta-se que superação dialética compreende três sentidos: anulação, conservação e elevação. A superação dialética aniquila aqueles argumentos insubsistentes, conserva os melhores e originando uma nova afirmação em grau mais elevado e qualificado. “o que permite dizer que nenhuma síntese repete a tese; ademais, porque sugere a idéia de totalidade histórica, particularmente no sentido da unidade dos contrários, a síntese os destrói, antes neles se repõe, revive, reinventa”(DEMO, 1999, p. 92).

Assim, a dialética hegeliana compreende a realidade como em constante movimento, em constante mudança (superações dialéticas), conformando o que chama de devir. Então, é movimento dialético (negação e superação) que movimenta e confere sentido à história. Mas quem é o agente destas mudanças? É a consciência para Hegel, pois toda sua filosofia baseia-se numa concepção idealista, que sustenta que o real é produto da consciência.

Karl Marx e Friedrich Engels (1998), explodindo alcance das idéias de Hegel, invertem as premissas da dialética, fundamentando-se no materialismo histórico. Marx sugere que para compreender-se da realidade, devemos nos apropriar do concreto (realidade), analisando suas categoriais (partes) e as suas relações (estruturas sociais), para elaborar uma síntese (totalidade de determinações e representações). Ressalva, que este procedimento, tem como partida o concreto para o abstrato, diferentemente do idealismo hegeliano, porque concebia o “real como resultado do pensamento que sintetiza em si, se aprofunda em si, e se move por si mesmo.” (MARX, 1996, p. 40). Prossegue sintetizando sua concepção do concreto:

O concreto é concreto porque é a síntese de muitas determinações, isto é, a unidade no diverso. Por isso o concreto aparece no pensamento como processo de síntese, como resultado, não como ponto de partida, ainda que seja o ponto de partida efetivo e, portanto, o ponto de partida também da intuição e da representação. No primeiro método (idealismo hegeliano), a representação plena volatiliza-se em determinações abstratas, no segundo, as determinações abstratas conduzem a reprodução do concreto por meio do pensamento.(MARX, 1997, p. 39-40)



Neste sentido, Marx questiona a concepção idealista de Hegel do trabalho, acrescentando a dialética a idéia da alienação, como aspectos negativos ou deformações provocadas pelo trabalho. Adiciona que o trabalho deveria ser a condição de libertação do homem, vez que este se posiciona como sujeito livre frente à natureza (objeto). Entretanto, a divisão social do trabalho e a propriedade privada oprimem o trabalhador porque não lhe garante o produto do seu trabalho. Então, o trabalhador que deveria realiza-se no trabalho, termina por aliena-se nele, não reconhecendo o produto como sua criação, não ficando com o resultado do seu trabalho e ainda sentindo-se pouco diante do sistema produtivo.

Ora, a dialética propugna um processo de totalização, ou seja, o conhecimento e a atividade humana estão inseridos no contexto totalizante, que nunca alcançará uma etapa definitiva, perfeita e acabada, estando, conseqüentemente, em constante transformação. Qualquer objeto perceptível pelo homem é apenas parte de um todo, devendo assim ser considerado. A visão de conjunto é uma síntese que permite descobrir a estrutura da realidade que se confronta, numa situação dada. Contudo, esta visão de conjunto é provisória (histórica), nunca podendo pretender esgotar toda a realidade, pois esta será sempre mais rica do que o conhecimento obtido dela.

A modificação do todo ocorre após um acúmulo de mudanças em suas partes, havendo alterações setoriais até um ponto crítico, ocasionando a transformação qualitativa deste todo. Para reconhecer a totalidade em que a realidade está efetivamente articulada, o pensamento dialético faz um paciente trabalho: “é obrigado a identificar, com esforço, gradualmente, as condições concretas e mediações específicas que constituem o “tecido” de cada totalidade, que dão “vida” a cada totalidade. Observa Carlos N. Coutinho que a dialética não pensa o todo negando as partes, nem pensa as partes abstraídas do todo. Ela pensa tanto as contradições entre as partes como a união entre elas.” (*apud* KONDER, 2003, p. 46) As conexões íntimas que existem entre realidade diferentes criam unidades contraditórias.

## 5. A DIALÉTICA GADAMERIANA

Cumpra agora situar melhor a dialética gadameriana. Neste intento, é forçoso revistar a importante influência (tradição) que interpelou Gadamer. Schleiermacher (2003) já percebia uma relação entre a dialética e a hermenêutica:

Por sua vez, a hermenêutica depende da dialética enquanto esta visa a exposição do pensamento em discurso. [...] O pensamento puro, não obstante ser caracterizado pela imutabilidade e universalidade, nunca se dá per si, mas sempre através de uma linguagem histórica, o que coloca a hermenêutica e a dialética em uma relação de interdependência também com a gramática, na medida

em que na base está a operação de entendimento e comunicação linguística.” (SCHLEIERMACHER, 2003, p.14).

Cabia, desse modo, a dialética, entendida como diálogo e negação, assumir o papel de fio condutor para a compreensão. Ao negar o caterseanismo produtor da metódica tecnológica, Gadamer adotou a dialética enquanto racionalidade. Sua dialética, contudo, ampara-se na dialética socrática (PALMER, 1996, p. 169), posto que expressa a idéia de negação:

A abordagem dialética da verdade é encarada como antítese do método; ela é de facto um meio de ultrapassar a tendência que o método tem de estrutura previamente o modo individual de ver. Rigorosamente falando, o método é incapaz de revelar uma nova verdade; apenas explicita o tipo de verdade já implícita no método. A própria descoberta do método não se alcançou metodicamente mas sim dialecticamente, isto é, como resposta problematizante ao tema que nos deparamos. (PALMER, 1996, p. 170).

Palmer (1996, p. 170) esclarece que a dialética de Gadamer, apesar de se aproximar de Hegel, não se ampara no idealismo da consciência, posto que a base desta hermenêutica dialética é a fenomenologia do ser.

O objectivo da dialética é eminentemente fenomenológico: fazer com o que o ser, ou a coisa que encontramos, se revele. O método envolve uma força específica de questionamento que desoculta um aspecto da coisa: uma dialética hermenêutica abre-se a um questionamento pelo ser das coisas, de modo que as coisas que encontramos se possam revelar no seu ser. Isto é possível, defende Gadamer, devido à linguisticidade da compreensão humana e em última instância, do próprio ser. (PALMER, 1996, p. 170-171)

A partir da estrutura da reflexividade (elevar-se acima da) da consciência, Gadamer retoma Hegel, valorizando sua filosofia. “Nem o kantismo de Schleiermacher nem o de Humbolt representam uma afirmação autônoma e sistemática frente à perfeição especulativa do idealismo na dialética de Hegel.” (GADAMER, 2005, p. 48). Tal idealismo era a expressão da consciência em si, que valia mais do que a história, a experiência e a subjetividade, o que levou Gadamer a acolher as críticas da esquerda alemã à Hegel, sem contudo concordar com a posição proposta por essa escola.

A crítica da esquerda hegeliana contra uma simples reconciliação somente no pensamento, que ficaria devendo a transformação real do mundo, ou toda a teoria da conversão da filosofia em política, e no terreno da filosofia poder equiparada com um anulamento de si mesma” (GADAMER, 2005, p.450).

A dialética hegeliana é contestada, enquanto excesso de autoconsciência, em favor do endosso da experiência (realidade material) que funciona como negatividade. A experiência nega as expectativas e pré-compreensões, ensejando novos

juízos. A experiência funciona, então, como negatividade dialética que realça a finitude histórica do homem. “A experiência é a marca da finitude humana, o que enseja o reconhecimento dos limites das previsões, planos e dogmas” (GADAMER, 2005, p. 467). A compreensão seria, desse modo, o encontro entre o ser finito com a experiência negativa. Neste encontro, na há ainda o componente da tradição.

Desta maneira, a compreensão é sempre um evento histórico, dialético e lingüístico. Infere-se, ainda, que há proximidades entre a hermenêutica gadameriana e a fenomenologia hegeliana. “[...] as referências à dialética e à especulatividade imediatamente nos lembra Hegel, e inevitavelmente surge o paralelo entre a fenomenologia do *Geist* de Hegel” (PALMER, 1996, p. 217). Registre-se que Gadamer incorpora elementos da dialética hegeliana, não obstante manter-se na base da fenomenologia de Heidegger.

Pode pois dizer-se que na medida em que Gadamer se afasta de Heidegger, tende a reaproximar-se de Hegel. [Gadamer] Tomou a teoria da compreensão, a ontologia, a crítica feita por Heidegger ao moderno subjectivismo humanista e à tecnologia e a partir delas desenvolveu uma hermenêutica centrada na linguagem, ontológica, dialética e especulativa. (PALMER, 1996, p. 217)

A reflexão, na máxima racionalidade (idealismo hegeliano), põe em cheque a si mesma, posto que não é passível de reflexão, levando Gadamer a afastar-se de Hegel. Neste impasse, Gadamer recorre a Platão. Na dialética platônica, inicia-se o processo de conhecimento pela negativa do conhecimento (admitir, de início, a ignorância). A experiência hermenêutica reside na essência da pergunta baseada naquela premissa do não saber. “Com a pergunta, o interrogado é colocado sob uma determinada perspectiva [...] o logos que desenvolve esse ser assim aberto já é sempre resposta, e só tem significado no sentido da pergunta” (GADAMER, 2005, p.473). Assim, perguntar (conferir direção) é mais difícil do que responder.

Para perguntar, é preciso querer saber, isto é, saber que não se sabe. E no intercambio de perguntas e respostas, de saber e não saber, [...] acaba-se reconhecendo que para todo conhecimento e discurso em que se queira conhecer o conteúdo das coisas a pergunta toma a dianteira. [...] Essa é a razão porque a dialética se concretiza na forma de perguntas e respostas, ou seja, todo saber acaba passando pela pergunta. Perguntar quer dizer colocar no aberto, a abertura daquilo sobre o que se pergunta consiste no fato de não possuir uma resposta fixa. [...] O sentido do perguntar consiste em colocar em aberto aquilo sobre o que se pergunta. (GADAMER, 2005, p.474).

Nesta concepção de que a dialética é um diálogo de perguntas e respostas, transposto pela negatividade, Gadamer a define. “A arte de perguntar é a arte de continuar perguntando; isso significa, porem, que é a arte de pensar. Chama-se

dialética porque é a arte de conduzir a uma autêntica conversação.”(GADAMER, 2005, p. 479). Com a feição da negação, não se intenta realçar as fraquezas do diálogo, ocorrendo, justamente o contrário, almeja-se reforçar pelo ataque da negatividade. “A dialética, como arte de conduzir uma conversação, é ao mesmo tempo a arte de juntar os olhares para a unidade de uma perspectiva (synoran eis em eidos), isto é, a arte da formação de conceitos como elaboração da intenção comum.” (GADAMER, 2005, p.480).

Retornando a Sócrates, responsável pelo raciocínio articulado pela pergunta, Gadamer afirma que a compreensão é uma conversação (perguntas e respostas), indicando a prevalência da fala contra o dogmatismo da escrita. Ora o conhecimento é um diálogo, e não um grande monólogo, como em Hegel na sua consciência em si. O fenômeno hermenêutico de Gadamer firma-se na conversação (dialética) e na relação pergunta-resposta. “Compreender um texto quer dizer compreender essa pergunta. [...] isso ocorrer quando se conquista o horizonte hermenêutico. Definimos isso como o horizonte da pergunta, no qual se determina a orientação de sentido do texto.” (GADAMER, 2005, p.482). Continua explicando a dialética de pergunta e respostas:

Destarte, a dialética em Gadamer pode ser entendida como diálogo, com interrogação e negação:

[...] a dialética da pergunta e resposta que descobrimos na estrutura da experiência hermenêutica nos permitirá agora determinar mais detidamente o que caracteriza esse tipo de consciências chamado de consciência da história efetual. A dialética da pergunta e resposta que expusemos acima apresenta a relação que se dá na conversação. É verdade que um texto não nos fala como o faria um tu. Somos só nós, que compreendemos, que temos de trazê-lo à fala a partir de nós mesmos. Mas já vimos que esse trazer-a-fala, próprio da compreensão, não é uma intervenção arbitrária de uma iniciativa pessoal, mas se refere, por sua vez, como pergunta à resposta latente no próprio texto. A latência de uma resposta pressupõe, por sua vez, que aquele que pergunta foi atingido e se sente interpelado pela própria tradição. (GADAMER, 2005, p. 492).

Após conhecer a dialética e a hermenêutica, impõe-se identificar os pontos de contato e os de distanciamento, para, de fato, estabelecer um diálogo filosófico.

## **6. DIALÉTICA MATERIALISTA *VERSUS* DIALÉTICA GADAMERIANA**

A dialética gadameriana, apesar dos pontos de proximidade, não pode ser confundida com a dialética materialista, formulada por Marx e Engels. Estas “dialéticas” são dissonantes, porquanto situadas em planos distintos: técnica-instrumento (Gadamer); ontologia da realidade (Marx e Engels).

Os pontos de aproximação desvelam uma convergência da hermenêutica filosófica e da dialética materialista, que pode ser atribuída a Hegel. Afirma-se que Gadamer e Marx são herdeiros de Hegel. “Poderíamos dizer que com Hegel ambas procuram aprender nosso tempo pela reflexão.”(STEIN, 1987, p. 102). O marco inicial desta confluência é a negação da metódica cartesiana.

De outro lado, a dialética em Gadamer é aquela aristotélica das perguntas e respostas, ou seja, torna-se instrumento dialógico para obtenção do sentido. É uma metódica para a verdade. Antagonicamente no materialismo, a própria realidade é dialética. A dialética aludida por Gadamer é muito menor (parte) daquela seguida por Marx (todo), uma vez que a primeira é metódica, a segunda, ontológica.

Infere-se, na análise histórica do conceito de dialética, que a forte divergência entre Platão e Aristóteles acerca da dialética pode ser comparada, respeitadas suas diferenças e momentos históricos, com o sentido da dialética para o materialismo e a hermenêutica filosófica. A dialética materialista é entendida como ontologia (o próprio real), como em Platão, e que a dialética de perguntas de respostas de Gadamer é técnica para obtenção da compreensão (verdade) das ciências do espírito (não exatas ou analíticas), na perspectiva aristotélica.

No materialismo, a própria realidade (e por consequência o pensamento sobre esta) é contraditório em si, é justamente esta contradição que move a história. Assim, a realidade é intrinsecamente dialética, não sendo esta uma técnica para a cognição ou descoberta da verdade. A verdade é dialética. Ao contrário, na hermenêutica gadameriana, a dialética é instrumento (metódica) para a compreensão, sendo àquele jogo socrático de perguntas e respostas, no caso da interpretação, entre o intérprete e o texto que produzirá a compreensão. Desta diferença de sentido, pode-se buscar uma unidade:

É possível dizer, nessa linha aproximativa, que, se de um lado, o mundo, para mim, circunscreve-se àquilo que pode ser captado por minha consciência, e minha consciência apreende as coisas através da linguagem que emprego e que ordena minha realidade; por outro lado, a realidade será sempre um produto da dialética, do jogo existente entre a materialidade do mundo e o sistema de significação utilizado para organizá-lo. (STRECK, 2005, p. 227).

No seio do pensamento reflexo, contribuição de Hegel, que interpela com sua tradição tanto a dialética materialista quanto à hermenêutica gadameriana, pode-se cogitar que os dois momentos reflexivos (compreensão para Gadamer e transformação para Marx) são unidades contraditórias:

Se a crítica se afirma basicamente na diferença e no contraste com aquilo sobre o que reflete, a hermenêutica visa primeiramente a mediação e a unificação com o mesmo. Ambos, porém, *diferença e mediação*, podem ser distinguidos no

ato da reflexão, que, de acordo com sua natureza, estabelece uma relação entre lados separados e por isso sempre, ao mesmo tempo, une e separa. (STEIN, 1987, p. 103).

É a premissa da consciência reflexiva, advinda de Hegel, que possibilita o diálogo entre a hermenêutica filosófica e a dialética materialista. Contudo, a reflexão hermenêutica aspira a identificação do sentido na pluralidade de possibilidades interpretativas, enquanto a reflexão marxista almeja a identificar os sentidos para rompê-los (décima primeira tese de Marx sobre Feuerbach). A perspectiva de transformação é grande contribuição hermenêutica do materialismo.

Na hermenêutica filosófica, destaca-se a interpretação produtiva. Na busca pela compreensão a fusão entre o horizonte do intérprete (pré-compreensão) com o texto mediado pela historicidade da tradição produz uma hermenêutica produtiva. “O ato de interpretar implica uma produção de um novo texto, mediante a adição de sentido que o intérprete lhe dá” (STRECK, 2005, p. 209).

Na procura por de uma síntese deste diálogo filosófico, transcreve-se um possível caminho de interação:

O método dialético e o método hermenêutico, o primeiro partindo da oposição e o segundo da mediação, constituem momentos necessários na produção de racionalidade e desta maneira operam indissolúvelmente como elementos de uma unidade. (STEIN, 1987, p. 105).

Desde da hermenêutica crítica de Habermas, da materialista de Lorenzer e Sandküler e da aproximação de Stein, já se pode falar em uma hermenêutica-dialética:

[...] uma ciência social dialética-hermenêutica não se contenta com apresentar um inventário de objectivos e realizações culturais do passado e do presente; ao invés, é enfaticamente crítica, não no sentido de exprimir desaprovação em relação às situações existentes, mas no sentido dos processos de objectivações históricos, em relação às tendências existentes em direcção a uma sociedade mais livre. (BLEICHER, 2002, p. 224).

Registre-se a existência de estudos acerca deste diálogo hermenêutico-dialético no âmbito das ciências da saúde (AZEVEDO, 2006) que, inclusive, já tem esboçado uma função para uma hermenêutica dialética, que, além da análise crítica, seria:

Uma análise hermenêutico-dialética busca, portanto, apreender a prática social empírica dos indivíduos em sociedade em seu movimento contraditório. Levando em conta que vivem em uma determinada realidade, pertencem a classes, grupos e segmentos diferentes, são condicionados por tal momento histórico e, por isso, podem ter, simultaneamente, interesses coletivos que os unem e interesses particulares que os distinguem e os contrapõem. Sendo assim, a orientação dialética de qualquer análise diz que é fundamental realizar a

crítica das idéias expostas nos produtos sociais (discursos, textos, instituições, monumentos) buscando, na sua especificidade histórica, a cumplicidade com seu tempo e nas diferenciações internas, sua contribuição à vida, ao conhecimento e às transformações. (AZEVEDO, 2006, p. 132).

## 7. CONCLUSÃO

Registre-se que a caracterização da confluência entre a dialética materialista e gadameriana é tarefa para estudos mais complexos e pormenorizados, que ultrapassam as possibilidades deste breve artigo. Todavia, se quis demonstrar este diálogo hermenêutico é viável.

O diálogo hermenêutico-dialético provém da confrontação dialética das experiências interpretativas ou de uma fusão de horizontes na práxis transformadora. Suas diferenças, não enfraquecem a possibilidade deste diálogo, apenas reclamam um maior desenvolvimento das proximidades e superação das distâncias, que caberá à historicidade. Por enquanto, resta enfatizar, como maior contribuição deste diálogo, uma interpretação produtiva a serviço da transformação.

## 8. REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Bernadete. **História da Filosofia**. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1999;
- AZEVEDO, Marco Antônio de. **Informação e interpretação: uma leitura teórico-metodológica**. In <http://www.eci.ufmg.br/pcionline/include/getdoc.php?id=243&article=71&mode=pdf> acesso em 05/07/2006;
- BARRETTO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 2002;
- DEMO, Pedro. **Metodologia científica das ciências sociais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1995;
- ENGELS, Friedrich. **Filosofia Dialética**. In Anti Duhring. Disponível em <http://www.marxists.org/portugues/marx/1877/antiduhring/01p01c12.htm>. Acesso em: 13 de jan.2003;
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 7ª ed.. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2005., 2ª parte, item 1;
- HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

- KONDER, Leandro. **O que é Dialética**. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1988;
- FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna. **Hermenêutica Jurídica: em torno a la hermenêutica de Hans-Georg Gadamer**. Valladolid: Universidad, 1992.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do Direito: Conceito, Objeto e Método**. São Paulo: Ed. Forense, 1981;
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Ideologia Alemã**, Coleção Clássicos Filosofia/Ciências Sociais. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998;
- MARX, Karl. **O método da Economia Política**. In Os Pensadores Marx. São Paulo: Ed. Nova Cultural, 1996;
- \_\_\_\_\_. **Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. In Manuscritos Econômicos Filosóficos. São Paulo: Martin Claret, 2001;
- PALMER, Richard E. **Hermenêutica**, Edições 70, 1996;
- SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica: Arte e Técnica de Interpretação**. 4ª Ed. São Paulo: Universitária São Francisco, 2003;
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000;
- STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre o método em Filosofia**. In Habermas, Jürgen. *Dialética e Hermenêutica*. Trad. Álvaro Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.
- STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;



## XII

# FATORES DE PONDERAÇÃO NA INTERPRETAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS — PROCEDIMENTOS NORMATIVO E DISCURSIVO

*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 busca estabelecer um contexto de cidadania inclusiva, respeitando as diferenças e liberdades jusfundamentais, numa conexão intrínseca e indissociável entre tais liberdades e a diretriz fundamental de construção de uma sociedade justa e solidária. Assim, a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, principalmente nos países em que os direitos fundamentais são constitucionalizados em virtude de sua carência no plano fático, deve passar por critérios diferenciados de ponderação, que aqui se denomina “fatores de ponderação”, oferecendo novos contornos para definição da norma do tipo procedimento, entendendo-a tanto como procedimento normativo, quanto procedimento discursivo fundado na pretensão de correção e nos limites de validade do discurso jurídico.

**ABSTRACT:** The present study it searches to establish a context of inclusive citizenship, respecting the differences and basics freedoms, in an

intrinsic and non-separable connection between such freedoms and the basic line of direction of construction of a joust and solidary society. Thus, the interpretation and application of the basic rights, mainly in the countries where the basic rights are inserted in the constitution in virtue of its lack in the plan of the facts, must pass for differentiated criteria of balance, that if calls “balance factors”, offering to new contours for definition of the norm of the type procedure, understanding it in such a way as normative procedure, how much established speech procedure in the pretension of correction and the limits of validity of the legal speech.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ponderação; Proporcionalidade; Preceito Fundamental; Procedimento; Discurso Racional; Argumentação; Pretensão de correção.

**KEYWORDS:** Balance; Proportionality; Basic rule; Procedure; Rational speech; Argument; Pretension of correction.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Preceitos fundamentais; 3. Interpretação concretizante; 4. Dimensões dos direitos fundamentais; 5. A dimensão procedimental – procedimento discursivo e procedimento normativo; 6. Da ponderação dos preceitos fundamentais; 7. Fatores de ponderação. 8. Fatores de ponderação lógico-jurídicos (razoabilidade, proporcionalidade e eficiência); 9. Fatores

de ponderação jurídico-positivos (liberdade, igualdade e solidariedade); 10. Fatores de ponderação tópico-normativos (dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e equidade); 11. Argumentação e democracia – o judiciário como representante argumentativo; 12. Possibilidade emancipatória da teoria jurídica; 13. Considerações finais; 14. Referências.

O discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade. (Robert Alexy)

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição é o principal instrumento de defesa social que adquire vida através do processo de concretização das suas normas. O processo é, na concepção de Pontes de Miranda<sup>1</sup>, o ramo das leis mais rente à vida. Unir a perspectiva constitucional à dimensão procedimental nasce da necessidade de se buscar a reaproximação do texto normativo constitucional (dever-ser) do contexto sócio-político nacional (ser). A Constituição viva é a Constituição concretizada. Nas palavras de Umberto Eco<sup>2</sup>: “Um texto é um universo aberto em que o intérprete pode descobrir infinitas interconexões”.

A inserção da Constituição Federal como projeto estrutural fundamental de uma sociedade livre, justa e fraterna demanda a existência de procedimentos que propiciem a concretização dos preceitos nela inseridos, em especial daqueles tidos como fundamentais, de forma célere e efetiva.

A realidade está a demonstrar a ineficácia dos Órgãos de Soberania, em especial da Jurisdição, em concretizar os preceitos fundamentais, com sérias conseqüências para a credibilidade do Texto Constitucional.

As normas constitucionais de direitos fundamentais são, nos expressos termos do Direito positivo constitucional brasileiro, de *aplicação imediata* (art. 5º, §1º da CF).

Os processos formais e informais de mudança da Constituição representam, ou devem representar, os reflexos da constante atualização do texto constitucional para adaptá-lo ao contexto social em que é aplicado, principalmente pela centralidade que os preceitos fundamentais ocupam no ordenamento jurídico. Nessa mesma perspectiva, afirma Canotilho<sup>3</sup> que a identidade da constituição não significa a

1. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo I. p. 15.

2. Interpretação e Superinterpretação. p. 45.

3. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1057.

continuidade ou permanência do “sempre igual”, pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade.

Destarte, há que se questionar a própria efetividade dos parâmetros constitucionais estabelecidos para tutela dos preceitos fundamentais, propiciando uma tutela adequada às necessidades humanas, 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>. Os parâmetros constitucionais que formam a linha de defesa da identidade constitucional denominar-se-ão *fatores de ponderação*.

É inegável que diversas realidades sociais existentes no Brasil encontram-se em plena desconformidade com o texto constitucional, é o que Konrad Hesse<sup>5</sup> denomina *realidade inconstitucional*, o importante é, antes, exatamente dirigir a atenção para essa realidade e fazer aquilo que é necessário para impedir o seu nascimento, ou pô-la novamente em conformidade com a Constituição. Nas palavras de Hesse<sup>6</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.

O sistema constitucional de preceitos fundamentais deve ser compreendido e concretizado em sua essência, não como a soma dos fatores reais de poder, como diria Lassalle<sup>7</sup>, ou simples “folha de papel”, mas na sua integralidade, como instrumento de libertação.

A busca da concretização dos preceitos fundamentais é um dever do Estado, portanto função precípua a ser desempenhada pelos Órgãos de Soberania. Não há que se admitir num Estado Social de Direito, que se diz Democrático-constitucional, o desempenho de qualquer função, seja ela legislativa, judicial ou executiva em desconformidade com a concretização de tais preceitos.

No tema específico deste estudo, a concretização dos direitos fundamentais deverá passar, necessariamente, por aquilo que denominamos Fatores de Ponderação

4. *A identidade reflexiva*, termo que Canotilho vai buscar em Luhman (Selbstreflexion dês Rechtssystemes, 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. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p. 47.
6. Op. cit. p. 60 *et seq*.
7. A essência da constituição. p. 23.

– *razoabilidade; proporcionalidade; justiça e eficiência* (fatores de ponderação lógico-jurídicos) – *liberdade, igualdade e solidariedade* (fatores de ponderação jurídico-positivos) – *dignidade da pessoa humana, inclusão social, mínimo existencial e equidade* (fatores de ponderação tópico-jurídicos) a sua inserção num tipo específico de norma jurídica: a norma-princípio<sup>8</sup>.

Tudo o quanto se sustenta no presente trabalho, tem por finalidade estabelecer um contexto de cidadania inclusiva, em que se respeitem as diferenças e liberdades jusfundamentais, numa conexão intrínseca e indissociável entre tais liberdades e a diretriz fundamental de construção de uma sociedade justa e solidária. Assim, a hermenêutica dos direitos fundamentais, principalmente nos países em que os direitos fundamentais são constitucionalizados em virtude de sua carência no plano fático, deve passar por critérios diferenciados de ponderação – a interconexão entre os fatores de ponderação é essencial para a compreensão e correta aplicação dos preceitos fundamentais.

O contexto jusmetodológico se insere no pensamento “compreensivo” e orientado a valores, que Karl Larenz trata no contexto da 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>9</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.

## 2. PRECEITOS FUNDAMENTAIS

Como estamos tratando da concretização dos preceitos fundamentais, torna-se necessário, inicialmente, delimitarmos a esfera de abrangência do termo “preceito fundamental”.

Preceito, deriva do latim *praeceptum*, que traduz a idéia de comando, linha de conduta, diretriz, mandamento. Tais noções encontram-se presentes tanto em *regras* quanto em *princípios*.

Quanto a fundamentalidade do preceito, 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.

8. Tal delimitação deve-se ao fato de entender-se que todos os direitos fundamentais (mais a diante estabelecer-se-á o conceito de direito fundamental) são princípios. Nesse sentido: Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*.

9. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. cap. 1 *et seq.*

Porém, 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<sup>10</sup> nos ensina que a abertura da Constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, se justifica através da fundamentalidade material, que se insere naqueles preceitos decisivamente constitutivos das estruturas básicas do Estado e da sociedade.

Em toda a Constituição, o termo preceito aparece em quatro dispositivos constitucionais: isoladamente nos artigos 17, *caput*, 29, *caput* e 227, § 1º, e atrelado ao caráter fundamental, no artigo 102, § 1º, que trata da competência do Supremo para a apreciação da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Os preceitos fundamentais referenciados no Texto Constitucional constituem uma categoria ou conjunto normativo-constitucional<sup>11</sup>. Importante a observação feita por André Ramos Tavares<sup>12</sup>:

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.

É a partir da compreensão dos Valores Fundamentais que compreenderemos o verdadeiro significado de *preceito fundamental*.

Modernamente<sup>13</sup>, tem-se aceito a 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<sup>14</sup> chega a tratar os princípios por *standards*. Dworkin também admite um terceiro tipo de norma, que são as *policies*, conhecida por nós como políticas públicas, em que se busca estabelecer um objetivo a ser alcançado, que geralmente consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social de uma dada comunidade.

10. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 377. Nesse sentido, JORGE MIRANDA, *Manual*, IV, p. 153; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais*, p. 34.

11. TAVARES, André Ramos. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição Brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, p. 106.

12. Op. cit., p. 107.

13. 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).

14. *Levando os direitos a sério*.

Nossa Constituição é notadamente dirigente, portanto, grande parte da concretização dos seus preceitos se dá através de políticas públicas ou programas de ações governamentais desenvolvidas dentro da perspectiva multidimensional dos preceitos fundamentais. Karl Loewenstein possui interessante obra sobre esse assunto: *Political Power and the Governmental Process*, publicado em 1957 pela University of Chicago Press, onde ressalta a substituição da lei pela política pública, mantendo-se a mesma separação entre a declaração, a execução e o controle.

Tanto as regras, as políticas públicas, 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>15</sup>. No aspecto axiológico (valorativo) pode-se falar em hierarquia entre os princípios, algo que não se admite em termos deontológicos (normativos) – não há que se falar em normas constitucionais inconstitucionais na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, ao menos não das originárias (as Emendas Constitucionais podem conter normas inconstitucionais)<sup>16</sup>. Assim, dignidade humana (art. 1º, III, CF) e publicidade na Administração Pública (art. 37, caput, CF) encontram-se no mesmo nível normativo, porém em espaços axiológicos distintos e nessa distinção se processará a *ponderação*.

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 tratados como *preceito fundamental*. Segundo José Afonso da Silva<sup>17</sup>:

Preceitos fundamentais não é sinônimo de princípios fundamentais. É mais ampla, abrange a estes e todas as prescrições que dão sentido básico ao regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais (Tít. II).

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. Existe, porém, uma outra face da fundamentalidade normativa, trata-se da natureza

15. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 259.

16. Diversamente ocorre no ordenamento constitucional alemão. Ver: Otto Bachof, *Normas constitucionais inconstitucionais?*

17. *Curso de Direito constitucional Positivo*, p. 530

normogenética das normas constitucionais, ou seja, o fato de conferirem fundamentação de validade às normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Portanto, são também fundamentais todas as normas ou preceitos definidores de competência e os princípios constitucionais, estes últimos, com relação às Constituições Estaduais<sup>18</sup>.

Conclui-se, assim, que são preceitos fundamentais todos aqueles compreendidos entre os artigos 1º e 17 da Constituição Federal de 1988, bem como demais normas constitucionais de caráter principiológico aliadas à fundamentalidade, ou preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias. Por força do art. 5º, § 2º da Carta Magna, dispondo 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, são também estes “*outros direitos e garantias*” considerados preceitos fundamentais.

Outro aspecto relevante a ser considerado é o tratamento que Robert Alexy confere aos direitos fundamentais, com o qual se filia o presente trabalho. Alexy<sup>19</sup> trabalha com a hipótese de que todos os direitos fundamentais possuem a natureza jurídica de princípio. Nas palavras do professor da Universidade de Kiel: *direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível.*

### 3. INTERPRETAÇÃO CONCRETIZANTE

Jorge Miranda<sup>20</sup> nos ensina que interpretar a Constituição é realizá-la. Portanto, interpretar uma norma jurídica constitucional é torná-la concreta, não a partir dos *Topoi*<sup>21</sup>, capaz de conduzir-nos a um casuismo sem limites, mas a partir daquilo

18. Em tese, apenas os princípios fundamentais seriam preceitos fundamentais, porém a CF no ato de disposições constitucionais transitórias adotou posicionamento diverso em seu art. 11 ao conferir fundamentalidade aos demais princípios constitucionais com relação aos Estados, ao estabelecer que cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano, contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os **princípios** desta.

19. *Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade*, p. 339.

20. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 448 *et seq.*

21. *Topoi* são pontos de vista, lugares comuns ou esquemas de pensamento, sujeitos à prova das opiniões pró ou contra, a fim de descortinar, dentro das várias possibilidades derivadas da polissemia de sentido do texto, a interpretação mais conveniente para o problema. A tópica seria, dessa forma, uma arte de invenção e, como tal, técnica do pensar problemático. Para uma maior compreensão do assunto, consultar a obra de Viehweg: *Tópica e Jurisprudência*.

que Hesse denomina de método hermenêutico-concretizador. Hesse<sup>22</sup> chega a afirmar de forma categórica: “A interpretação constitucional é concretização (Konkretisierung)”. A **concretização dos preceitos fundamentais** nos impõe a adoção de um método de interpretação do Direito Constitucional coerente com a sua realidade fático-normativa, ante os valores fundamentais que encerra, e este método é o método hermenêutico-concretizador<sup>23</sup> ou método hermenêutico-concretizante<sup>24</sup>.

Antes, porém, de adentrar no método hermenêutico-concretizante, faz-se necessário delinear os contornos da interpretação constitucional que é o pressuposto lógico da concretização.

Hesse<sup>25</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. Assim, o intérprete entende o conteúdo da norma de uma (pré)-compreensão, que primeiramente lhe torna possível olhar para ela com certas esperanças, 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.

A interpretação constitucional se faz com vistas à resolução de um problema concreto. A vinculação da interpretação à norma a ser concretizada, à (pré)-compreensão do intérprete e ao problema a ser resolvido, parte sempre da norma para o problema, e não o contrário, como defendem os simpatizantes do método tópico-problemático.

O sistema jurídico-constitucional é sempre o ponto de partida e limite da interpretação.

A função integradora da Constituição, segundo Ronald Dworkin<sup>26</sup>, reclama a função racionalizadora da interpretação constitucional. Ela, portanto, deve ser objetiva e evolutiva de forma a assegurar a coerência e a subsistência do ordenamento.

22. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 61.

23. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1196.

24. HESSE, Konrad. *Escritos de Direito Constitucional*, p. 43.

25. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 61/62.

26. Ronald Dworkin. *Taking Rights Seriously*, p. 153.



Ao caráter evolutivo da interpretação constitucional liga-se o *princípio da força normativa da constituição*, onde, segundo Canotilho<sup>27</sup>, na solução dos problemas jurídicos-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Conseqüentemente, deve-se dar primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a atualização normativa, garantindo do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Interpretar uma norma constitucional é atribuir à mesma o significado que maior eficácia lhe dê, postulado este que Canotilho<sup>28</sup> denomina *princípio da máxima efetividade* ou *princípio da interpretação efetiva*.

Estando delineadas as observações necessárias à compreensão do método hermenêutico-concretizante, far-se-á um estudo direcionado à aplicação do supracitado método.

Inicialmente é interessante que fique registrado que vivemos num Estado Social de Direito Democrático–constitucional. Deste registro decorre que o trabalho metódico de concretização deve ser um trabalho *normativamente orientado*. Como corolários subjacentes a esta postura metodológica assinalam-se os seguintes, já identificadas por Canotilho<sup>29</sup>:

1. O jurista concretizador deve trabalhar a partir do texto da norma, editado pelas entidades democráticas e juridicamente legitimadas pela ordem constitucional.
2. A norma de decisão, que representa a medida de ordenação imediata e concretamente aplicável a um problema, não é uma grandeza autônoma, independente da norma jurídica, nem uma decisão voluntarista do sujeito de concretização; deve, sim, reconduzir-se sempre a norma jurídica geral.
3. A distinção positiva das funções concretizadoras destes vários agentes depende, como é obvio, da própria constituição, mas não raro acontece que no plano constitucional se verifique a convergência concretizadora de várias instâncias:
  - (a) nível primário de concretização: os princípios gerais e especiais, bem como as normas da Constituição que densificam outros princípios;

27. A conformação deste princípio encontra-se nos autores que se orientam pelo método hermenêutico-concretizador (HESSE), a metódica normativo-estruturante (F. MÜLLER) e a hermenêutica da práxis jurídica ou teoria da decisão racionalizada (M. KRIELE), ambos referenciados por Canotilho ao tratar especificamente deste princípio.

28. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1208.

29. *Op. Cit.* p. 1206.

- (b) nível político-legislativo: a partir do texto da norma constitucional, os órgãos legiferantes concretizam, através de decisões políticas com densidade normativa, os atos legislativos, os preceitos da Constituição;
- (c) nível executivo e jurisdicional: com base no texto da norma constitucional e das subseqüentes concretizações desta a nível legislativo (também a nível regulamentar, estatutário), desenvolve-se o trabalho concretizador, de forma a obter uma norma de decisão solucionadora dos problemas concretos.

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.

A interpretação concretizante (*konkretisierung*) vincula a atividade interpretativa à norma. A interpretação tem caráter criativo e é adequado que o tenha, pois, nesse aspecto, reside o seu caráter evolutivo: o conteúdo da norma interpretada só estará completo com sua interpretação não se podendo esquecer o limite da atividade interpretativa: a própria norma.

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) e (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); hoje, a norma não pode desprender-se do domínio normativo<sup>30</sup>.

Para compreendermos a normatividade como efeito global da norma, é necessário pressupormos 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.

Intérprete, utilizando a expressão de Larenz, é aquele que faz o texto falar. Tal falar, em termos jurídico-constitucionais, dá-se através da concretização dos preceitos fundamentais por meio dos fatores de ponderação. O discurso jurídico além da perspectiva teórica (asserção), deve possuir uma vertente prática (ação).

30. Op. cit., p. 1204 et seq.

O discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade<sup>31</sup>.

#### 4. DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>32</sup>

O presente estudo, filiando-se à proposta de Guerra Filho, traz a hipótese de que não existem direitos fundamentais “de determinada geração ou dimensão” e sim “determinadas dimensões de direitos fundamentais”. A relevância desse aspecto é que, o intérprete e aplicador da norma fundamental perceba seu caráter multidimensional e a interconexão entre essas dimensões, superando o pensamento cartesiano e inserindo-se no pensamento holístico, zetético e transdisciplinar.

Como exemplo, cita Willis Santiago, o direito de propriedade, que possui uma dimensão individual (de liberdade), que se dá pela fruição do bem pelo proprietário; uma dimensão social (de igualdade) que se concretiza na função social da propriedade; uma dimensão ambiental (de fraternidade) consubstanciada na função ambiental que a propriedade deve desempenhar. A estas dimensões, acrescentamos uma dimensão de desenvolvimento e bem-estar social que implica na inserção da propriedade no regime jurídico próprio do bem-estar social e do desenvolvimento econômico<sup>33</sup>; a dimensão solidária<sup>34</sup> que impõe uma redistribuição da riqueza produzida com vistas à redução das desigualdades sociais e à erradicação da pobreza, com a conseqüente limitação<sup>35</sup> constitucional dos lucros. Por fim, a não menos importante dimensão procedimental, que se traduz efetivamente num instrumento de adaptabilidade do processo jurisdicional ao regime jurídico-constitucional da concretização dos preceitos fundamentais.

31. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 33.

32. Trabalha com essa hipótese, de maneira inovadora e que provocou as considerações tratadas no presente item, nosso Co-orientador e professor colaborador do Programa de mestrado e doutorado da Ufba, Willis Santiago Guerra Filho em seu: “*Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*”.

33. Sobre essa dimensão, consultar nosso: *Relação jurídica constitucional das normas de conteúdo econômico: o sistema constitucional de planos e a autonomia dos entes federados, em face da globalização econômica e da legitimidade do “superávit” primário mínimo com vistas à realização do bem-estar social e do desenvolvimento econômico*.

34. Sobre a dimensão solidária, nossa pesquisa: *O pensamento solidarista e a nova interpretação constitucional*.

35. Existe uma relação de eficácia horizontal entre o setor privado e os direitos fundamentais, o que nos leva a crer que o planejamento econômico só é indicativo para o setor privado quanto aos meios e as técnicas dispostos pelo Estado para consecução de determinados objetivos. Quando esses objetivos traduzem-se em direitos fundamentais, eles também vinculam os particulares em suas respectivas atividades. Assim o lucro pelo lucro é injustificável em nossa realidade constitucional, ele deve necessariamente estar vinculado teleologicamente ao cumprimento dos direitos fundamentais, sob pena de distanciar-se da sua função social. (nota do autor).

Essa adaptabilidade reside no que Robert Alexy<sup>36</sup> situa como a atual discussão sobre a conexão entre os direitos fundamentais, organização e procedimento, idéias próximas à proposta que Häberle vai buscar na teoria dos quatro status de Jellinek<sup>37</sup>, de um *status activus processualis*, que há de referir-se ao aspecto jurídico-processual da liberdade jusfundamental, ao devido processo jusfundamental, bem como à tese de Konrad Hesse, onde a organização e o procedimento resultam ser um meio – possivelmente o único existente – para produzir um resultado conforme os direitos fundamentais.

Alexy<sup>38</sup> (que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações), parte de uma estreita vinculação com uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas meramente objetivas. Nesse ponto, cria uma nova concepção de organização e procedimento que passa necessariamente pela teoria institucional dos direitos fundamentais.

## 5. A DIMENSÃO PROCEDIMENTAL – PROCEDIMENTO DISCURSIVO E PROCEDIMENTO NORMATIVO

Os direitos aos procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma proteção jurídica efetiva. Condição de uma efetiva proteção jurídica é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular. Assim, no âmbito do procedimento, há que relacionar dois aspectos: um procedimental e outro material<sup>39</sup>.

Os direitos ao procedimento em sentido estrito servem, em primeiro lugar, para a proteção de posições jurídicas existentes frente ao Estado e frente a terceiros. Neste último aspecto, dentro da proposta de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Hoje, um importante segmento da doutrina alemã, vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado, em relação aos direitos fundamentais, constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas, entre eles, autores com Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris<sup>40</sup>.

36. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 454 et seq.

37. Teoria dos quatro status de Jellinek: Negativo (fazer tudo que a lei não proíbe); Positivo (exigir do Estado aquilo a que está obrigado); Ativo (participar das ações do Estado); Passivo (acatar as ações do Estado). Tese que também é seguida por José Carlos Vieira de Andrade em relação aos direitos fundamentais: Direitos de defesa; Direitos a uma prestação; Direitos de participação. (nota do autor)

38. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 457 et seq.

39. *Op. Cit.* p. 472.

40. SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova Interpretação Constitucional*. p. 236

Daí a tendência da doutrina constitucional contemporânea em falar de uma dimensão procedimental dos direitos fundamentais, do *status activus processualis* (Peter Häberle), querendo com isso significar a necessidade de compreender os direitos fundamentais “não só estaticamente, ou da perspectiva de seu conteúdo, mas também dinamicamente, através das formas da sua efetivação, através do procedimento”<sup>41</sup>. Dessa perspectiva, contudo, podem-se extrair dois aspectos distintos e correlatos do direito ao procedimento. O primeiro vê a participação no procedimento como sendo, ela mesma, um direito fundamental, pressuposto de concretização dos demais preceitos fundamentais.

Nos termos de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>42</sup>: *o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade*. Enxerga o acesso ao procedimento como mecanismo de tutela de outros direitos por meio de regras procedimentais. No primeiro caso, o procedimento é proclamado como um local de exercício do direito a tomar parte nas decisões do poder público e, por isso, fala-se em *direitos procedimentais substanciais*, aqui pode-se citar a ação popular, a ação civil pública, o *amicus curriae*, dentre outros. No segundo caso, o procedimento aparece como um instrumento de proteção e realização dos direitos fundamentais, falando-se em *direitos procedimentais adjetivos*<sup>43</sup>. O processo judicial, como demonstrado em Alexy, envolve ambos os aspectos dos direitos procedimentais.

Conclui Alexy<sup>44</sup> que o conteúdo normativo da teoria institucional dos direitos fundamentais *consiste em uma teoria dos princípios ou dos valores*, pois, como deixa bastante claro em seus trabalhos, todos os direitos fundamentais são princípios: *Característico do conteúdo dessa teoria dos princípios é que nela têm papel todos os princípios em questão, mas, enquanto ao princípio liberal se confere um peso relativamente pequeno, outorga-se um peso relativamente grande aos princípios vinculados com bens coletivos*.

Em matéria de Processo e Constituição, os temas ligados à concretização dos direitos fundamentais adquirem especial relevância em face do caráter instrumental do processo como meio adequado para realização da Lei Fundamental.

41. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, cit., p. 93

42. Constituição e déficit procedimental, In: *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 73

43. V. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, cit., p. 94

44. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 545-546.

Nessa perspectiva o procedimento é um direito fundamental, pois as formas do processo sempre foram vistas como *garantia das liberdades*. Tal relação foi posta às claras por Vittorio Denti<sup>45</sup> ao advertir que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela idéia de se criar um modelo único de procedimento. Nessa ocasião, Denti lembrou que Chiovenda, em uma de suas mais famosas conferências<sup>46</sup>, não apenas sublinhou a necessidade das formas como garantia contra a possibilidade de arbítrio do juiz, como ainda deixou clara *a estreita ligação entre a liberdade individual e o rigor das formas processuais*<sup>47</sup>. Aqui não se defende o rigor como valor desvinculado das demais garantias procedimentais, tampouco dos próprios preceitos fundamentais. Assim, aproxima-se o presente estudo, da perspectiva do formalismo valorativo abordado por Carlos Alberto Alvaro em obra<sup>48</sup> que se tornou referência no assunto.

Há casos em que, numa análise tópico-normativa, o rigor terá que ceder em face de uma norma fundamental, num contexto de ponderação orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como se verá adiante. Para que se adote uma dimensão procedimental adequada ao contexto de concretização de um determinado preceito fundamental, o formalismo terá, necessariamente, que se justificar discursivamente no contexto racional de aplicação desse mesmo preceito.

Para que o processo alcance o máximo de eficiência, na lição de Galeano Lacerda<sup>49</sup>, suas regras e rito devem, adequar-se, simultaneamente, aos sujeitos, ao objeto e ao fim. Daí falar-se, respectivamente, em adequação subjetiva, adequação objetiva e adequação teleológica.

O art. 265-A do CPC Português estabelece que: “Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”. Trata-se de uma cláusula geral de adaptação do procedimento, onde se busca a máxima efetividade do processo.

45. Il processo di cognizione nella storia delle riforme, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1993, p. 808. Apud: Guilherme Marinoni, In: *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. p. 6.

46. Giuseppe Chiovenda, Le forme nella difesa giudiziale del diritto, 1901. Apud: Guilherme Marinoni, In: *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. p. 6.

47. *Op. Cit.* p. 808.

48. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

49. *O Código como sistema legal de adequação do processo*. p.165.

O modo como se tem buscado conciliar os ideais de justiça e paz social, os valores individuais e sociais que permeiam o processo, varia conforme o tempo, o lugar e o grau de cultura e civilização dos povos, como observa Lacerda<sup>50</sup>. Esse grau pode ser aferido pela cultura constitucional, em que o processo se aplica informado pelos valores constitucionais fundamentais.

Segundo José Maria Rosa Tesheiner<sup>51</sup>, o processo é uma relação jurídica. Uma relação jurídica complexa: um autor, um juiz e um réu. O autor é credor da sentença, isto é, tem direito a prestação jurisdicional. Nessa relação o juiz se apresenta, tanto em face do autor quanto do réu, como titular de um poder, o poder jurisdicional, a que ambos se submetem. O processo é também fato. Melhor: um conjunto de fatos, isto é, de atos jurídicos praticados com vistas a um fim determinado. Para se distinguir o processo visualizado como relação jurídica do processo visto como conjunto de atos tendentes a um fim usa-se, no último caso, a expressão “procedimento”.

O processo, sem deixar de ser uma relação jurídica, é também uma seqüência ordenada de atos, em que a eficácia de um pode depender da validade de outro, anterior (CPC, art. 248).

Segundo Calmon de Passos<sup>52</sup>, o processo é um tipo complexo de formação sucessiva do tipo procedimento. A validade do procedimento, para Calmon, se analisa através do cumprimento da finalidade desse ato complexo em obediência aos mandamentos constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e demais garantias constitucionais do processo.

No entanto, vai mais além. A validade do procedimento deve estar aberta à fundamentação constitucional, especialmente à busca da concretização dos direitos fundamentais. O problema é que as normas de direitos fundamentais, como adverte Marinoni<sup>53</sup>, não definem a forma, o modo e a intensidade com que um particular deve ser protegido em relação ao outro, ou melhor, como o próprio direito fundamental deve ser tutelado, o que põe em risco especialmente o direito de liberdade da parte contrária. Não obstante, quando é inquestionável que “algo” é devido por um particular para que o direito fundamental seja respeitado, nada impede que se exija a sua imediata observância, ainda que, evidentemente, essa

50. *Op. Cit.* p. 168.

51. *Elementos para uma teoria geral do processo.* p. 4.

52. *Esboço de uma teoria das nulidades.* p. 88.

53. MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional.* p. 23.

questão deva ser discutida perante a jurisdição à luz dos direitos fundamentais do particular atingido.

Outro ponto importante é a percepção do processo de concretização dos preceitos fundamentais como um procedimento discursivo, onde as regras do discurso prático geral e as regras do discurso prático jurídico devem ser respeitadas, sob pena de desvirtuar o procedimento e iludir o destinatário da norma concretizada. Busca-se uma pretensão de correção, onde a teoria do discurso oferece critérios, em situações específicas para a racionalidade do procedimento que conduz a uma determinada decisão<sup>54</sup>.

Importa perceber que a dimensão procedimental da concretização dos preceitos fundamentais, deve ser estudada tanto sob o enfoque da teoria da argumentação e do discurso racional (procedimento discursivo), quanto sob o enfoque jurídico (procedimento normativo), pois, como afirma Alexy:<sup>55</sup> *o discurso precisa do direito para obter realidade e o direito do discurso para obter legitimidade*. Por vezes, até mesmo a questão da verdade, privilegiada na teoria do discurso, pode ceder em face de outros fatores de ordem normativa, cite-se o exemplo do crime de calúnia cometido contra o Presidente da República (art. 138, §3º, II do Código Penal), onde não se admite a exceção da verdade. Assim é que se faz necessária a presença dos fatores de ponderação, que serão estudados a seguir.

Vale lembrar, no entanto, a advertência de Alexy<sup>56</sup> em que não se deve subestimar a função da teoria do discurso jurídico racional como definição de um ideal. Como ideal vai além do âmbito da Ciência do Direito. Os juristas podem certamente contribuir para a realização da razão e da justiça, mas não podem fazer isso sozinhos. Isto pressupõe uma ordem racional e justa. A questão da racionalidade e da justiça está inserida nos fatores de ponderação.

## 6. DA PONDERAÇÃO DOS PRECEITOS FUNDAMENTAIS

A ponderação de bens, conforme ensina Karl Larenz<sup>57</sup>, não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, é um processo racional que não há de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, por até um certo grau, segue princípios identificáveis e, nessa medida é também comprovável.

54. Para um aprofundamento sobre o assunto consultar: Robert Alexy: *Teoria da Argumentação Jurídica*; Chaim Perelman: *Tratado da Argumentação*. Schopenhauer: *Como vencer um debate sem precisar ter razão*.

55. *Constitucionalismo Discursivo*. p. 33.

56. *Teoria da Argumentação*. p. 281.

57. *Metodologia da Ciência do Direito*. p. 587.



A ponderação de bens no caso concreto é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei –, para delimitar uma das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito ficou em aberto<sup>58</sup>.

Foi o que se deu através da Emenda Constitucional 45, que alterou o art. 93, IX (todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais **a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação**), estabelecendo um fator jurídico-positivo de ponderação: a prevalência da dimensão de igualdade (interesse público à informação) em relação à dimensão individual (preservação do direito à intimidade). Ainda assim, permanecem os demais fatores de ponderação, apenas se fixou um critério jurídico-positivo, o que não significa abrir mão dos demais fatores jurídico-positivos, dos lógico-jurídicos e dos tópico-normativos.

Tendo as constituições ocupado a centralidade dos diversos sistemas jurídicos mundiais, em substituição ao direito privado, em especial nos sistemas de *civil law* de base romano-germânica, do direito codificado, modificou-se a forma de pensamento jurídico, que deixa de trabalhar com tipos normativos fechados do tipo *all or nothing* (tudo ou nada), o modelo de regras, passando a trabalhar com tipos normativos abertos, os *standards* (Ronald Dworkin) ou mandamentos de otimização<sup>59</sup> (Robert Alexy), o modelo de princípios.

Foi na tentativa de reocupar esse espaço perdido que o Novo Código Civil Brasileiro trouxe tantas normas abertas às concretizações<sup>60</sup>, como eticidade, socialidade, boa-fé e pessoa humana como “valor-fonte” do ordenamento. Miguel Reale, elaborou um código para durar séculos, pois, o conteúdo normativo exsurgirá da valoração humana em torno do programa normativo (norma), em face do setor ou domínio normativo (fato) e, nas palavras de Reale<sup>61</sup>: *os valores são como que*

58. *Op. Cit.* p. 587.

59. Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível. (Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*. Traduzida para o espanhol: Teoria de los derechos fundamentales. p.75).

60. Vide: Judith Martins Costa e Gerson Luiz Carlos Branco. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*.

61. *Filosofia do Direito*. p. 555.

*fachos luminosos que, penetrando na realidade social, se refogem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão.*

Atentos a essa tendência é que muitos autores já escrevem grandes obras sobre direito civil-constitucional, percebendo a densidade axiológica do texto constitucional. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas já é uma realidade e, sem dúvida, a idéia de ponderação já aponta como a nova forma de raciocínio jurídico.

A idéia de princípios como mandamentos de otimização, insere-se na perspectiva do pensamento possibilista ou possibilismo filosófico, que, de maneira inovadora, correlaciona-o à interpretação constitucional, Manoel Jorge e Silva Neto<sup>62</sup>, ao afirmar que o pensamento possibilista, enquanto forma de compreender a constituição, parte da idéia de que a norma não é algo perfeito e acabado, senão simplesmente “pura possibilidade jurídica”. Consubstancia-se na tríade: “realidade-possibilidades-necessidades” e apóia-se no racionalismo crítico kantiano, desenvolvido por Häberle em *Pluralismo y Constitución*.

Dessa idéia decorre o fato de que, o Estado, o Direito, a própria constituição e qualquer objeto cultural, não se define, se compreende enquanto processo axiologicamente orientado. Seguindo os ensinamentos de Adolfo Posada<sup>63</sup> e Manoel Jorge e Silva Neto<sup>64</sup> é que se afirma: *O Direito não é, ele está sendo*.

A ponderação dar-se-á sempre no contexto de colisão entre direitos. Aponta Mônica Aguiar<sup>65</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<sup>66</sup> 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

62. *Curso de Direito Constitucional*. p. 98.

63. *La idea pura del Estado*. p. 11-12.

64. Aulas do mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia (comunicação pessoal).

65. *Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em colisão com outros direitos*. p. 96.

66. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1233

sua liberdade ou de seus bens, ou de quaisquer direitos fundamentais, devem ser regidos pela **proporcionalidade**<sup>67</sup> e **razoabilidade**<sup>68</sup>.

Sendo a dignidade humana o valor fonte dos preceitos fundamentais, ele constitui o lugar comum constitucional (topos normativo) a que deve ser remetido o fenômeno da colisão entre os preceitos, prevalecendo aquele que preservar, na situação concreta, o contexto de maior dignidade possível, dentro do devido processo legal, onde se busca a pacificação social com justiça, entendendo-se o devido como algo que é razoável e proporcional.

Afirma Fredie Didier Jr.<sup>69</sup> que é da garantia do devido processo legal substancial que surgem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O autor conclui afirmando que no processo civil, o princípio da proporcionalidade tem aplicação em inúmeras situações: a) fixação do valor das multas processuais; b) concessão de provimentos liminares; c) utilização do poder geral de cautela; d) utilização do poder geral de efetivação; e) quebra de sigilo bancário; f) identificação do meio menos gravoso para o executado etc.

O interessante é que o devido processo legal substancial teve sua origem na apreciação que fez a Suprema Corte norte-americana em 1798, no caso *Calder vs. Bull*, que marcou o início da doutrina do *judicial review*, onde, pelo voto de Chase, firmou o entendimento de que os atos normativos, quer legislativos, quer administrativos, que violem direitos fundamentais ofendem, *ipso facto*, o devido processo legal, devendo ser nulificados pelo poder judiciário<sup>70</sup>, esse caso antecede o famoso caso *Marbury vs Madison* de 1803.

A importância e dignidade constitucional do *devido processo* legal residem na perspicaz observação de Boaventura de Souza Santos<sup>71</sup> de que a sua própria realização é uma condição de efetivação dos demais direitos fundamentais, na medida em que sua denegação acarreta a de todos os demais. Daí a importância de se estudar tanto o processo à luz da Constituição, quanto a Constituição à luz do procedimento de concretização de suas normas numa perspectiva de adequação e máxima efetividade.

67. 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.

68. Vide a decisão monocrática proferida pelo Ministro Celso de Melo, no RE n. 374.981, em 28.03.2005.

69. *Curso de Direito Processual Civil vol. I*. p. 47.

70. LOCKHART, KAMISAR, CHOPER e SHIFFRIM. *The american Constitution*, cit., p. 246 et seq. Apud Nelson Nery Júnior. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. p. 39.

71. *Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade*. p. 184-185.

Com as considerações em torno dos fatores de ponderação, além de se privilegiar a força normativa da Constituição, fixam-se critérios seguros de fundamentação e correção das decisões judiciais que envolvem preceitos fundamentais. Como dito em tópico anterior, todos os preceitos fundamentais são princípios e devem necessariamente passar pelos fatores de ponderação. Pois, como aponta Claus-Wilhelm Canaris<sup>72</sup>, 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.

Ressalte-se que a ponderação não se confunde com a interpretação. Ensina Canotilho<sup>73</sup> que: “a actividade interpretativa começa por uma reconstrução e qualificação dos interesses ou bens conflitantes procurando, em seguida, atribuir um sentido aos textos normativos a aplicar. Por sua vez, a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”.

Portanto, só o caso concreto tornará possível, pela argumentação jurídica, e conformada pela concordância prática entre os valores constitucionais fundamentais, a construção do conteúdo da dignidade humana e a densificação dos preceitos fundamentais em rota de colisão, que se dará sempre no processo de concretização da norma, levando-se em conta os fatores de ponderação.

## 7. FATORES DE PONDERAÇÃO

A concretização dos direitos fundamentais deverá passar, necessariamente, por aquilo que denominamos Fatores de Ponderação – *razoabilidade; proporcionalidade; justiça e eficiência* (fatores de ponderação lógico-jurídicos) – *liberdade, igualdade e solidariedade* (fatores de ponderação jurídico-positivos) – *dignidade da pessoa humana, inclusão social, mínimo existencial e equidade* (fatores de ponderação tópico-jurídicos) a sua inserção num tipo específico de norma jurídica: a norma-princípio.

Os fatores de ponderação lógico-jurídicos são aqueles fatores construídos *a priori*, com pretensão de validade universal para todo e qualquer ordenamento jurídico-constitucional. Eles funcionam como condicionantes de todo e qualquer processo de ponderação. São fatores que não estão vinculados às variações do ordenamento jurídico positivo de um determinado Estado.

72. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. pp. 92 e 93.

73. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1221.

Teran<sup>74</sup>, ao tratar dos conceitos jurídico-positivos, afirma que estes somente são aplicáveis a uma esfera de validade determinada quanto ao espaço e quanto ao tempo, pois está sujeita mesmo à vigência do direito em que se apóia em sentido histórico. Em suas palavras:

(...) cuando se formula un cocepto lógico que sirve de base para la concepción jurídica positiva, esa noción se formula com pretensión de validez universal. Esto es, lo mismo la concepción positiva de um orden jurídico que la de outro orden jurídico, tienen que aplicar esse concepto lógico.

Aqui cabe uma observação para evitar a confusão que poderia ocorrer na distinção entre fatores de ponderação lógico-jurídico e fatores de ponderação jurídico-positivo. Os fatores de ponderação lógico-jurídicos são obtidos *a priori*, enquanto os fatores de ponderação jurídico-positivos são obtidos *a posteriori*<sup>75</sup>. Os primeiros são invariáveis, enquanto os segundo sofrem as variações que normalmente ocorrem no ordenamento em virtude dos processos de mutação formal e informal do direito legislado.

São os fatores de ponderação lógico-jurídicos que oferecem o suporte teórico necessário à sistematização do processo de ponderação. Ocorre que os fatores lógicos não ingressam nas particularizações necessárias à solução dos diversos casos concretos. Essas particularizações dizem respeito ao regime jurídico dos bens constitucionalmente tutelados e integram o seu conteúdo dogmático, inserindo-se no que denominamos fatores de ponderação tópico-normativos.

## **8. FATORES DE PONDERAÇÃO LÓGICO-JURÍDICOS (RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E EFICIÊNCIA)**

Trata os fatores de ponderação lógico-jurídicos dos aspectos que conferem racionalidade, correção e efetividade ao processo hermenêutico-concretizador dos preceitos fundamentais. A pretensão de correção inserida na racionalidade discursiva é o móvel do constitucionalismo discursivo defendido por Alexy<sup>76</sup>. A pretensão de eficácia é o móvel do constitucionalismo possibilista voltado para a máxima efetividade das normas constitucionais.

Aqui, a razoabilidade começa pela identificação dos parâmetros de coerência, unidade e sistematicidade em que se produzam discursos racionais capazes de

74. *Filosofía del Derecho*. p. 81-82

75. Em sentido vulgar, conforme afirma Teran, *a priori* e *a posteriori*, significam, respectivamente, antes ou depois de que algum acontecimento suceda. Op. cit. p. 84.

76. *Constitucionalismo Discursivo*.

conferir uma fundamentação livre de argumentos absurdos. A razoabilidade é o primeiro filtro da ponderação. A razoabilidade trabalha com considerações situadas no *plano da existência*. Diversamente, a proporcionalidade, trabalha com as considerações que já passaram pelo crivo da razoabilidade e passam agora a pertencer ao *plano de validade*. Ocorre que, pelo próprio regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, onde se busca a sua efetividade, o *plano de eficácia* (produção de efeitos) é orientado pelo fator de ponderação da eficiência, nesse aspecto cabe ao intérprete oferecer uma solução que realize no plano fático o escopo processual da pacificação social com justiça, através da fruição do direito fundamental pelo seu titular.

Cabe aprender com Alexy<sup>77</sup> que o princípio da proporcionalidade consiste de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia da otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Os dois primeiros princípios dizem respeito às possibilidades fáticas. O princípio da proporcionalidade em sentido estrito significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas, onde quanto mais alto for o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. Ocorre que a ponderação proposta no presente estudo vai mais além, não sendo necessário haver conflito entre princípios para que se processe a ponderação, basta que exista um quadro de violação ou ameaça de lesão a preceito fundamental, aqui, a ponderação pode também se verificar entre: o direito fundamental e o seu não-cumprimento.

## **9. FATORES DE PONDERAÇÃO JURÍDICO-POSITIVOS (LIBERDADE, IGUALDADE E SOLIDARIEDADE)**

Os fatores de ponderação jurídico-positivos são aqueles fatores que o ordenamento jurídico-constitucional estabelece para a concretização dos preceitos fundamentais, mais propriamente ao regime jurídico dos direitos fundamentais, sua aplicabilidade, dignidade constitucional e pluridimensionalidade. Por tais aspectos já terem sido tratados anteriormente, nesse tópico far-se-á uma aplicação prática desses fatores.

Tome-se o exemplo do direito à moradia, inserido no art. 6º da CF, através de Emenda Constitucional. Trata-se de um direito social, que visa garantir aos seus titulares, vias adequadas de acesso à habitação.

---

77. *Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade*. p. 338.

O primeiro passo é analisar a dimensão de liberdade, ou caráter individual, em que se deve ponderar a necessidade de intervenção estatal para os casos particulares em geral e em que medida deve ocorrer a intervenção para a fruição do direito.

Em seguida, passa-se ao fator de igualdade, em que são analisadas quais as políticas públicas que buscam concretizar esse direito subjetivo, nas quais é verificada a inserção dos titulares do direito em seus quadros (o que pode ser feito a partir do pedido de informações à autoridade competente, devendo as informações conterem necessariamente a indicação orçamentária em termos relativos ao orçamento total e a destinação de gastos em percentuais constitucionalmente determinados, relativamente às políticas públicas desenvolvidas e em vias de desenvolvimento), ainda com relação à igualdade, verifica-se o mínimo existencial que pode e deve ser garantido no limite da reserva do possível em termos de orçamento público.

No que se refere ao fator de ponderação relativo à solidariedade, analisam-se os pontos referentes à política ambiental, planejamento urbano e desenvolvimento econômico, nos quais o acesso à moradia deverá necessariamente, além de cumprir uma função solidária, ser propiciado por via do ideal de solidariedade, em que se interpõem não apenas a atividade estatal, mas também do setor privado na concretização dos preceitos fundamentais. Isso fica claro quando se trata de ordem econômica, hoje, das 100 maiores economias do mundo apenas 49 são Estados, 51 são empresas, que de forma alguma pode exercer esse poder de fato desvinculado do poder de direito, sob pena de tornar vã qualquer perspectiva de realização da constituição com vistas ao desenvolvimento econômico e bem-estar social. Trata-se de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mais especificamente de função solidária da propriedade.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas foi defendida inicialmente na Alemanha por Hans Carl Nipperdey, a partir do início da década de 50. Nipperdey justifica sua afirmação com base na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provem apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. Hoje, um importante segmento da doutrina alemã, vem defendendo a tese de que a doutrina dos deveres de proteção do Estado, em relação aos direitos fundamentais, constitui a forma mais exata para solucionar a questão da projeção destes direitos no âmbito das relações privadas, entre eles, autores com Joseph Isensee, Stefan Oeter, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris.<sup>78</sup>

78. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova Interpretação Constitucional*. p. 220

No sistema constitucional brasileiro que sistematiza uma série de objetivos, direitos e garantias fundamentais, que estabelece um regime jurídico constitucional do bem-estar social e do desenvolvimento econômico e pauta pela aplicação imediata dos direitos fundamentais, apontando o princípio da dignidade da pessoa humana como valor fonte desses direitos impõe a aplicação da teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. E vai mais além, sendo a erradicação da pobreza, um objetivo fundamental de toda a sociedade e não apenas do Estado, cumpre o ideal solidário, a participação efetiva nas políticas públicas que concretizam os direitos fundamentais mínimos existenciais, das grandes empresas que auferem lucro no território nacional, pois também o poder econômico (propriedade) deve cumprir uma função social e solidária.

Perceba-se que todos os fatores de ponderação acima foram analisados ainda em termos jurídico-abstratos. Cabe agora passar aos fatores concretos de ponderação, denominados fatores de ponderação tópico-normativos.

#### **10. FATORES DE PONDERAÇÃO TÓPICO-NORMATIVOS (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, MÍNIMO EXISTENCIAL E EQUIDADE)**

Todos os casos submetidos ao processo de ponderação são influenciados pelas particularidades do caso concreto. Num determinado caso A, onde a proteção à intimidade, tenha prevalecido em face do direito à informação, por exemplo, não quer significar que tal prevalência deva ocorrer em todos os casos que envolvam esse tipo de conflito.

Aqui, acentua-se o caráter tópico-problemático, mas não se parte do problema para norma no momento da solução da colisão dos citados preceitos fundamentais, parte-se da norma para o problema, o sistema é de antemão selecionado, que é o sistema jurídico-constitucional de tutela dos preceitos fundamentais, daí falar-se em fator tópico-normativo. É da norma que se parte para a solução dos problemas. Os valores não são retirados do senso comum, ou da opinião dos sábios, mas do texto constitucional de maneira explícita, ou implicitamente em face da abertura conferida pelo art. 5º, § 2º da Constituição Federal.

O rol de fatores de ponderação tópico-normativos não é taxativo (*numerus clausus*) e sim exemplificativo (*numerus apertus*), aqui serão analisados os *topoi* da: dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e equidade. Outros podem ocorrer em circunstâncias determinadas pelo tipo de conflito suscitado, a exemplo da: supremacia do interesse público, reserva do possível, separação de poderes, cidadania, democracia, interesse privado, interesse ambiental etc.



A dignidade da pessoa 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>79</sup>.

Seguindo lição de Roberto Andorno<sup>80</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 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.

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. Essa, a dignidade ontológica, é a dignidade tutelada pelo sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais.

Assim, como observa Cambi<sup>81</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 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

79. RUIZ MIGUEL, Carlos. Los datos sobre Características: libertad, intimidad y no discriminación. In.: *Genética y derecho*. p. 38.

80. *Bioética y dignidad de la persona*. p. 56.

81. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. In: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. p. 672.

sofrimento imenso e inútil, sabendo-se que a gestação é, cientificamente, inviável<sup>82</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.

Quanto à equidade e ao mínimo existencial<sup>83</sup>, fica a observação de que as circunstâncias do caso concreto irão determinar o conteúdo desses fatores de ponderação, interferindo diretamente nos fatores jurídico-positivos como calibradores. Cite-se o exemplo do direito à moradia, que necessariamente levará em conta o tamanho da família; a capacidade econômica dos seus titulares; a qualidade de vida digna; possibilidade de acesso a todas as dimensões: liberdade, igualdade e solidariedade, referentes à propriedade etc.

## 11. ARGUMENTAÇÃO E DEMOCRACIA – O JUDICIÁRIO COMO REPRESENTANTE ARGUMENTATIVO

Etimologicamente, o sentido do termo *jurisdição* é formado pela junção entre as palavras latinas *juris* (*jus, juris*, equivalem a “direito”) e *dictio* (*dictio, dicere*, equivalem a “dizer”). Traduz-se gramaticalmente na dicção ou pronúncia do direito, porém seu significado vai muito além do seu sentido literal<sup>84</sup>. Representa a jurisdição, manifestação do poder estatal exercido concentradamente, porém não exclusivamente, pelo Poder Judiciário. Na perspectiva constitucional, o Judiciário é muito mais *actio* (ação) do que *dictio*. Não existem questões insuscetíveis de apreciação Judicial, quando está em lide algum preceito fundamental e a apreciação de acordo com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais,

82. Cf. STF, ADPF 54.

83. Sobre mínimo existencial consultar: Ricardo Lobo Torres: *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudo de Direito Constitucional, Internacional e Comparado, organizado por: Ingo Wolfgang Sarlet; Edson Fachin: *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*.

84. Cândido Rangel Dinamarco em *Instrumentalidade do processo*, ensina que: “a solução de conflitos pelo Estado não inclui somente dizer o direito: inclui também os atos com que, independente da vontade do obrigado ou mesmo contra a sua vontade manifesta, o juiz propicia ao credor a efetiva obtenção do bem sonogado”.

deve conduzir a um processo decisório de efeito substancial, em que a concretização do direito fundamental lesionado ou ameaçado de lesão seja colocada sob o manto de proteção do Poder Judiciário, poder este capaz em sede de controle de constitucionalidade tanto difuso, quanto concentrado, impor aos demais poderes os efeitos concretizadores das suas decisões.

O judiciário, na perspicaz observação de Alexy<sup>85</sup>, não exerce representação política, esta é exercida pelo parlamento e pelo executivo. Ao judiciário cabe a representação argumentativa do cidadão. Os representantes políticos se legitimam através do voto; os representantes argumentativos através da fundamentação racional construída discursivamente, num debate aberto e acessível ao povo, dos seus atos e decisões.

Adverte Alexy<sup>86</sup> que a vida cotidiana do funcionamento parlamentar oculta o perigo que maiorias se imponham desconsideradamente, emoções determinem os acontecimentos, dinheiro e relações de poder dominem e simplesmente sejam cometidas faltas graves. Um tribunal constitucional que se dirige contra tal estado de coisas não se dirige contra o povo senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos. Ele não só faz valer negativamente que o processo político, segundo critérios jurídico-humanos e jurídico-fundamentais, fracassou mas também exige positivamente que os cidadãos aprovelem os argumentos do tribunal se eles aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político.

A democracia se encontra fortalecida quando os órgãos de soberania, em conjunto com o povo, trabalham harmonicamente na construção do programa político constitucional, sempre de maneira vinculada à concretização dos preceitos fundamentais em todas as suas dimensões. Numa comunidade composta por cem membros, onde cinquenta e cinco deles decidem que os outros quarenta e cinco devem morrer de fome, encontra-se realizada a expressão do poder de uma maioria, poder-se-ia até falar em democracia, mas jamais em democracia constitucional. Esta última pressupõe a estrita vinculação a um regime jurídico específico, reflexivo da uma identidade cultural de um povo estabelecido em sua Lei Fundamental e que garanta a realização da dignidade humana através da concretização dos seus preceitos fundamentais.

85. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. p. 66.

86. *Op. Cit.* p. 66.

Na atual conformação que se lhe atribui, o Estado de Direito<sup>87</sup> em sua acepção democrática estrutura-se como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, donde emana o poder exercido pelos órgãos de soberania, e dentro da perspectiva constitucional de atender aos interesses da sociedade. Destarte, um afastamento, por parte dos Órgãos de Soberania, seja do Órgão Executivo no uso da competência discricionária, seja do Parlamento no cumprimento do seu *munus constitucional*, do projeto jurídico fundamental conformador do Estado, inserido no Texto constitucional, ensejará necessariamente um controle efetivo e substancial por parte do Órgão Judiciário, para que se faça valer a configuração da ordem estatal-social democrático-constitucional.

O princípio da separação e interdependência dos Poderes possui uma função de garantia da Constituição, conforme leciona Canotilho<sup>88</sup>, pois os esquemas de responsabilidade e controle entre os órgãos de soberania transformam-se em relevantes fatores de observância da Lei Fundamental.

É na observância da Lei Fundamental que deve residir a harmonia substancial dos Poderes, conducente ao princípio da conformidade dos atos do Estado com a Constituição. Pois mesmo os atos não normativos diretamente densificadores de momentos políticos da constituição – atos políticos – devem sujeitar-se aos parâmetros constitucionais e ao controle (político ou jurídico) da sua conformidade com as normas constitucionais.<sup>89</sup>

Assim, conforme ensina Dirley da Cunha Junior<sup>90</sup>, a expansão do papel do Juiz é uma exigência da sociedade contemporânea, que tem dele reclamado, mais do que uma mera e passiva inanimada atividade de pronunciar as palavras da lei, um destacado dinamismo ou ativismo na efetivação dos preceitos constitucionais, em geral, e na defesa dos direitos fundamentais, em especial, freqüentemente inviabilizados por inação dos órgãos de direção política.

São nas grandes crises que a Constituição atravessa suas maiores provações e percebe-se claramente o seu grau de força normativa. Não se quer aqui impor nenhum “totalitarismo normativo”, utilizando a expressão de Miguel Reale, e sim

87. Quando falamos em *Estado de Direito*, *Rechtsstaat*, *L'État légal*, ou *Rule of Law*, estamos a nos referir ao que Canotilho chama de Estado de Direito democrático-constitucional, todos eles alicerces da juridicidade estatal.

88. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 881

89. Nesse sentido, Canotilho vai mais além e afirma que o princípio da constitucionalidade não é apenas uma exigência de que atos dos poderes públicos não violem por ação as regras e princípios constitucionais; também a omissão inconstitucional, por falta de cumprimento de deveres jurídicos de legislar contidos em normas constitucionais, constitui uma violação do princípio da constitucionalidade. *Op. cit.* p. 246.

90. *Controle Judicial das Omissões do poder público*. p. 336.

buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, mas não exclusivamente através dele, defendendo um constitucionalismo convergente à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

## 12. POSSIBILIDADE EMANCIPATÓRIA DA TEORIA JURÍDICA

A concretização dos preceitos fundamentais ultrapassa a perspectiva normativa, impõe-se perante a realidade social e insere-se na essência da condição humana. A função jurisdicional é o meio instrumental que propiciará a concretização dos preceitos constitucionais fundamentais, já que a realidade social encontra-se em gritante desconformidade com o Texto Constitucional.

É preciso mudar a realidade cuja existência José Luís Barroso<sup>91</sup> nos adverte, onde *o Estado, apropriado pelo estamento dominante, é o provedor de garantias múltiplas para os ricos e de promessas para os pobres*. Devemos adotar uma postura de substancial reflexão sobre tais assuntos, pois para compreensão da conformação da nossa realidade social este é o desafio que a concretização dos preceitos fundamentais nos impõe.

Sem querer impor nenhum totalitarismo normativo, deve-se buscar o equilíbrio hermenêutico necessário à transformação social através do direito, que a Constituição enquanto processo postula de forma quase que poética, e que um dia se dirá profética.

William Shakspeare, com sua peculiar inspiração nos diz: *“O tempo é algo que não volta atrás, portanto plante seu jardim e decore sua alma ao invés de esperar que alguém lhe mande flores”*. O tempo é agora, seu jardim é o solo da República Federativa do Brasil, sua alma é a Lei Fundamental, e as flores que dele brotarão são as realizações constitucionais fundamentais que libertarão o ser humano das prisões da desigualdade social.

## 13. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Intérprete, utilizando a expressão de Larenz, é aquele que faz o texto falar. Tal falar, em termos jurídico-constitucionais, dá-se através da concretização dos preceitos fundamentais por meio dos fatores de ponderação.

É necessário **orientar as mudanças necessárias** à concretização do que Hesse denomina de *vontade de Constituição* e não apenas da *vontade de poder*.

91. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, p. 319.

As circunstâncias e o tempo atuais são de crise de efetividade dos direitos, acompanhadas pela crise da condição humana, onde impera a desigualdade social como traço marcante da sociedade brasileira. Aceitar essa realidade como se fosse um fenômeno da natureza está muito distante da perspectiva do presente estudo, muito mais desafiadora que passiva.

O discurso jurídico além da perspectiva teórica (asserção), deve possuir uma vertente prática (ação). A Constituição viva é a Constituição concretizada.

Ortega y Gasset<sup>92</sup> nos alerta para a distância que o ser humano se coloca em face da realidade, apontando a existência de uma realidade vivida e uma realidade contemplada. Até o presente momento apenas contemplamos a realidade inconstitucional que nos cerca, marcada pelas graves violações aos preceitos fundamentais, por vezes levadas ao judiciário através de um emaranhado de documentos que buscam reconstruir essa mesma realidade, mantendo-o numa cômoda distância contemplativa. Viver a realidade é o primeiro passo para transformá-la. O compromisso ético, o móvel que a orienta.

#### 14. REFERÊNCIAS

ANDORNO, Roberto. **Bioética y dignidad de la pesona**. [S.l.]:Tecnos, [S.d.].

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los derechos fundamentales: el derecho y la justicia**. Madrid: CEPC, 2002.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais, Ponderação e Racionalidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: RT, nº 24: 334-344, 2005.

\_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217: 55-66, 1999.

\_\_\_\_\_. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217: 67-79, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

92. *A desumanização da arte*.

- BASTOS, Celso Ribeiro. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, n° 30: 69-77, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico (Desenvolvimento econômico. Bem-estar social)**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Limites da Revisão constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993.
- 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.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- CASTRO, Mônica Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, n° 737: 11-22, 1997.
- COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil – discursos, ensaios e conferências**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.
- 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.
- DIDIER Jr., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 6a ed. Salvador: Edições JUS Podivm, 2006.
- \_\_\_\_\_. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n° 108: 23-31, 2002.
- 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.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de Princípio** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 3ª 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.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Juirs, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitucion**. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabinate. Barcelona: Ariel, 1970.

LUHMANN, Niklas. **El Derecho de la Sociedad**. Mexico, DF: Universidad Iberoamericana, 2002.

\_\_\_\_\_. “A posição dos tribunais no sistema jurídico”. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre: AJURIS, 1990, n. 49.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

\_\_\_\_\_. “A jurisdição no Estado contemporâneo”. **Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **A jurisdição no Estado Constitucional**. Disponível em: <http://www.professormarinoni.com.br>. Acesso em 16 de março de 2006.



- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- 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.
- MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. **A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. **Interpretação concretizante dos preceitos fundamentais**. Artigo Científico. Vitória da Conquista: Fundação Visconde de Cairu, 2003, 16 p.
- \_\_\_\_\_. **Soberania e Globalização Econômica**. Artigo Científico. Vitória da Conquista: Fundação Visconde de Cairu, 2002, 11 p.
- \_\_\_\_\_. **O controle Jurisdicional dos atos praticados no exercício da competência discricionária**. Artigo Científico. Vitória da Conquista: Fundação Visconde de Cairu, 2002, 15 p.
- PASSOS, J. J. Calmon de. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2001, n. 102.
- \_\_\_\_\_. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas: Ação Direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção**. 2ª ed. rev., atual. e amp., São Paulo: RT, 2003.
- PIZARRO, Patrícia Ulson. Interpretação Constitucional, o método hermenêutico-concretizante. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, nº 17: 78-95, 1996.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais e suas características. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo: RT, nº 29: 55-65, 1999.
- SILVA, José Áfono da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Tratado da Argüição de Preceito Fundamental: Lei 9.868/99 e Lei 9.882/99**. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição Brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, nº 34: 105-133, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário. A Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 14 de junho de 2003.

\_\_\_\_\_. Celebrar os direitos humanos é preciso. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: RT, nº 36: 101-105, 2001.

VISSCHER, Charles, **Teorias y realidades en Derecho Internacional Público**. Barcelona: Bosch, 1962.

## **Artigo de Convidados**

---

Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann

## XIII

# REFLEXÕES SOBRE A SITUAÇÃO JURÍDICA DO IDOSO E SEU CONCEITO NO BRASIL HOJE. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.

*Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann*

Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia e Juíza Federal.

**RESUMO:** O texto apresenta considerações preliminares sobre a situação jurídica do idoso no Brasil hoje, a partir da delimitação do tema e sua importância. Trata ainda, nesta linha, da questão do conceito, da imagem social e da identidade do idoso, com o objetivo de promover uma reflexão sobre o tema.

**ABSTRACT:** The text presents a preliminary analysis about the elder's juridical situation in

Brazil today. In this sense, this work exams the elder's concept, social image and identity in order to promote a reflection about the importance of the elder question.

**PALAVRAS-CHAVE:** Idoso; conceito; imagem; identidade; regulamentação.

**KEYWORDS:** Aged; concept; image; identity; regulation.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações preliminares e delimitação do tema; 2. Justificativa; 3. Idoso: imagem e consciência social; 4. Situação jurídica do idoso: exame e reflexão; 5. O problema da delimitação do objeto do estudo: o conceito de idoso; 5.1. Critérios para definição do idoso: cronológico, psicológico, econômico-social e misto; 5.2. Critério escolhido pela legislação brasileira; 6. O idoso e o direito a identidade: breves considerações; 7. O Idoso na legislação: visão panorâmica; 8. Conclusão; 9. Bibliografia.

### 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O desenvolvimento tecnológico e social, as novas políticas públicas de saneamento urbano, água e energia, as crescentes descobertas e vitórias no campo da medicina como os novos recursos diagnósticos e terapêuticos, os medicamentos de última geração, os programas de imunização, entre outros instrumentos presentes na sociedade moderna tem provocado uma grande alteração na estrutura etária da população mundial e, de igual forma, na população brasileira pelo acentuado aumento na expectativa de vida, provocando um aumento significativo e progressivo no percentual de pessoas idosas, surgindo, em consequência, uma série de novas necessidades públicas e privadas bem assim como a busca de um novo regramento jurídico apto a tutelar este segmento populacional.

Nesta tendência, a situação jurídica do idoso, hoje, no Brasil, reclama reflexões para o aperfeiçoamento dos instrumentais normativos disponíveis bem assim para o desenvolvimento de novas políticas e normas que possibilitem garantir a dignidade do idoso como ser humano e cidadão.

No entanto, a importância e a atualidade do tema não corresponde ao número de obras jurídicas que se dediquem exclusivamente à questão jurídica do idoso, estando o tema bastante pulverizado em obras de áreas diversas bem assim em artigos publicados em jornais e revistas, pelo que o presente trabalho revelou-se, de início, um grande desafio.

Mas, o que no início era um desafio com o decorrer da pesquisa e da reflexão sobre o tema revelou-se um grande estímulo e fonte de motivação pela oportunidade que o presente trabalho propicia de análise e mesmo de construção a partir de uma questão de crescente importância não apenas no cenário nacional mas, internacionalmente, o idoso.

Ademais a deficiência de obras específicas formais e exclusivas sobre o idoso, como salientado inicialmente, não significa a deficiência de material bibliográfico sobre o tema, na medida em que dentro das mais variadas obras encontramos capítulos sobre o idoso como em obras de direito constitucional, previdenciário, penal, eleitoral etc, sem prejuízo da existência de textos, reportagens principalmente em outras áreas do conhecimento revelando a vivacidade e a atualidade do tema escolhido.

Ou seja população mundial e, na mesma linha a população brasileira, como já dito, está envelhecendo pois, através dos benefícios promovidos pelo desenvolvimento tecnológico, econômico e social e com a implementação de modernas políticas de saúde pública, cada vez se reduz não só a taxa de mortalidade infantil, e a taxa de natalidade mas, se aumenta cada vez mais a expectativa de vida, o que se traduz em uma sociedade onde o percentual de idosos se mostra cada vez mais significativo exigindo todo um disciplinamento jurídico destinado a tutelar, por suas peculiaridades, a situação deste grupo social assim como outrora a preocupação destacada era com a tutela jurídica do menor, cujo percentual populacional era, então, bastante significativo e tal qual o segmento dos idosos reclama uma proteção e uma regência legal específica, por suas peculiaridades.

A situação apontada corresponde exatamente ao caso brasileiro que segue no caminho do aumento da expectativa de vida e na redução da taxa de natalidade com o conseqüente crescimento do percentual de idosos no total de sua população, com os agravantes próprios ao chamados países em desenvolvimento como graves limitações correspondentes à deficiência de recursos para investimentos

sociais, aí incluídos os investimentos nas áreas de saúde, educação e lazer aliados às desigualdades regionais e à grande concentração de renda que provoca a existências de realidades completamente diversas de acordo com a situação sócio-econômica do idoso.

De fato, a realidade apresentada vem sendo reconhecida nos veículos de comunicação, podendo-se mesmo, neste sentido, transcrever a informação colhida da reportagem de Nilton Nascimento<sup>1</sup>, segundo a qual

“...a redução nas taxas de natalidade e o aumento na expectativa de vida vem contribuindo decisivamente para mudanças na estrutura demográfica do mundo e do Brasil. Segundo previsões das Organizações das Nações Unidas (ONU), até 2050, nos países mais pobres, as pessoas com mais de 60 anos, que hoje representam um quinto, irão representar um terço das populações dentro de poucos anos.

A tendência é mundial e tem induzido a sociedade brasileira a um processo crescente de envelhecimento que deverá trazer, como conseqüências, sérias turbulências sociais e econômicas, com reflexos diretos sobre o sistema atual de financiamento da seguridade social e sobre os sistemas previdenciários”.

Voltando, agora a questão do tema proposto deve-se observar que sua amplitude exige um corte metodológico a fim de delimitar o objeto de estudo do proposto por suas próprias limitações de tempo, recursos e fontes, pelo que muitas linhas possíveis do estudo foram afastadas e algumas priorizadas com o amadurecimento do tema após algumas leituras e discussões em aula<sup>2</sup>, especialmente pelas contribuições da Professora Nilza Reis, uma entusiasta da questão do idoso, tudo com o objetivo de revelar a importância do tema e apresentar o espírito de reflexão e mesmo de contribuição social pretendida, ainda que de forma singela, do trabalho desenvolvido.

Por fim, convém acrescentar que a construção do título – Reflexões sobre a situação Jurídica do Idoso, no Brasil, Hoje – diz muito sobre o objetivo do presente trabalho de busca de uma reflexão sobre a situação do idoso, atualmente, no Brasil, sob a ótica jurídica sem desconhecer a interdisciplinaridade do tema promovendo uma consciência crítica que se traduza no aprimoramento do sistema jurídico atual, coma efetivação de mecanismos já previstos e, futuramente, na construção de novos instrumentos para valorização do idoso brasileiro e sua inserção social com irrestrita observância a sua dignidade humana.

1. NASCIMENTO, Nilton. Reportagem publicada no jornal A Tarde de 10/03/2002 sob o título “AUMENTO DO NÚMERO DE IDOSOS PREOCUPA”.
2. Aulas da Disciplina Novos Quadros Jurídicos da Economia do Curso de Mestrado em Direito Econômico

Contudo, o objetivo de promover reflexões sobre a situação jurídica do idoso, no Brasil, hoje o que revela consciência das limitações deste trabalho que não pode promover incursões profundas na grande variedade de normas jurídicas espalhadas por diversas áreas do direito, a partir do próprio texto constitucional seguindo pela disciplina infraconstitucional sem desprezar e ainda em outras áreas do conhecimento humano como a sociologia, a estatística, a psicologia.

Muitas das fontes apontadas serão, no entanto, tratadas ainda que superficialmente a fim de construir a justificativa do trabalho e buscar a bases de fundamentação das normas existentes e das dificuldades para sua efetividade, propiciando com isso reflexões sobre o tema, sublinhando sempre a consciência de que ainda assim o presente trabalho seja apenas um vôo rasante sobre um campo tão amplo e rico como é a questão do idoso no Brasil, hoje e que reclama análises muito maiores e mais profundas.

## 2. JUSTIFICATIVA

Há muito que a questão do idoso extrapola o campo do direito previdenciário ainda que neste aspecto tenha papel destacado no aspecto da organização econômica do país.

A Constituição Federal de 1988, por exemplo, traz vários dispositivos relativos ao idoso como titular de direitos específicos, como no seu artigo 201, I (direito previdenciário) e no artigo 203, I (direito assistencial), mas, principalmente destaca a velhice como circunstância a reclamar tutela própria.

Tanto assim é que José Afonso da Silva<sup>3</sup> destaca quanto a tutela constitucional dos idosos que o

“art. 230 estatui que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem estar e garantindo-lhe o direito à vida, de preferência mediante programas executados no recesso do lar, garantindo-se, ainda, o benefício de um salário mínimo mensal ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por família, conforme dispuser a lei (art. 203, V) e, aos maiores de sessenta e cinco anos, independente de condição social, é garantida a gratuidade dos transportes urbanos.”

Nesta área (disciplina jurídica do idoso) e a partir do texto constitucional, diversas normas de direito civil, urbanístico, administrativo, tributário, penal e,

3. DA SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 23. ed.-São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

principalmente, de direito constitucional, reclamam exame e reflexão tanto quanto a sua efetividade, quanto a necessidade de ampliação do regramento normativo vigente, vezes pela necessidade de modificação e ajuste das regras atuais e outras pela necessidade de observância da interdisciplinaridade no planejamento de políticas de atuação estatal neste campo.

Esta possibilidade nos traz uma motivação poucas vezes experimentada, nos faz sentir o Direito vivo, como deve ser, sincronizado com a realidade social que deve refletir e tutelar, efetivando as aspirações sociais e refletindo os anseios da sociedade.

Possibilitar o estudo e a reflexão sobre a questão do idoso é possibilitar o exame e a reflexão sobre um tema vivo palpitante e extremamente atual pela realidade do envelhecimento da população mundial a demandar novos regramentos e novos programas de atuação estatal.

Sobre esta nova realidade social os números e a estatística são bastante expressivos.

Ana Amélia Camarano<sup>4</sup> afirma por exemplo que

“...o final do século XX foi marcado em quase todo o mundo pelo envelhecimento de suas populações, o que significa um crescimento significativamente mais elevado do segmento populacional em idade consideravelmente idosa. Isto se dá pela redução da mortalidade e por uma fecundidade mais elevada no passado relativamente à fecundidade atual, ou seja, uma fecundidade também em decréscimo. A queda da fecundidade leva a que esse segmento populacional, que passou a viver mais pela queda da mortalidade, tenha um peso maior no total da população pela redução relativa do número de nascimentos.

No caso brasileiro, o envelhecimento populacional pode ser traduzido pelo aumento da proporção da população de 60 anos e mais no total da população brasileira: 4% em 1940 para 8% em 1996. Espera-se que esse contingente atinja a magnitude de 28,5 milhões de pessoas no ano de 2020, vindo a constituir 13% da população brasileira, e ainda continue a crescer a taxas elevadas, pelo chamado momentum demográfico. Ou seja, uma proporção importante do seu crescimento já está determinado pela estrutura etária atual; os idosos do futuro próximo já nasceram. A comparação do perfil por causas de morte da população brasileira com o de outros países sugere a existência de um grande espaço para continuação da queda da mortalidade da população idosa brasileira.

Apesar dos dois processos responsáveis pelo aumento da longevidade terem sido muito bem-vindos na sociedade – pois resultam de políticas e incentivos

4. CAMARANO, Ana Amélia. Envelhecimento da População Brasileira: Problema Para Quem? Bahia Análise & Dados. Salvador. V10. no. 4. Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia-SEI. março 2001.



promovidos pela própria sociedade e pelo Estado, aliados ao progresso tecnológico – as suas consequências têm sido, em geral, vistas com preocupação. A preocupação é resultado das mudanças no perfil das demandas por políticas públicas, o que coloca desafios para o Estado, a sociedade e a família.”

Assim no restante do trabalho citado trata sua autora preponderantemente da relação entre envelhecimento e dependência e das consequências daí resultantes e suas razões servem de subsistente justificativa ao aperfeiçoamento da estrutura normativa de proteção do idoso na medida em que conclui que o envelhecimento populacional é um fenômeno de mudança na estrutura etária populacional que pode não ser um problema em si mesmo desde que a sociedade saiba lidar com a questão.

E, neste sentido é justamente através de uma disciplina jurídica específica e eficaz que a sociedade poderá administrar esta mudança de perfil populacional, atendendo às novas demandas sociais e necessidades públicas em sintonia com a aspiração maior de valorização da dignidade da pessoa humana.

Por tudo quanto exposto, poder-se-ia mesmo já se falar em um Direito dos Idosos pela sua importância destacada ainda que como veremos a legislação respectiva encontra-se pulverizada em diversas áreas do conhecimento e mesmo no campo do direito encontra-se disseminada em vários campos seja do público e do privado.

A lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994, regulamentada pelo decreto no. 1.948, de 03 de julho de 1996, por exemplo, já consagra a Política Nacional do Idoso, criando inclusive o Conselho Nacional do Idoso, tendo como finalidade assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Sendo que, para os efeitos desta lei, é considerado idoso a pessoa maior de sessenta anos de idade.

Nossa modesta intenção é estimular a reflexão sobre o tema e a busca de novas posturas tanto na confecção da norma, na sua interpretação e aplicação mas principalmente na sua assimilação social na medida em que hoje muito se disciplina porque muito pouco da importância do idoso e sua valorização e respeito está socialmente assimilado e entronizado.

Desta forma registramos, por tudo quanto apresentado, o agradecimento à Professora Nilza Reis em permitir o despertar para um tema de importância tão destacada e cuja análise reflexiva representam uma grande oportunidade de aprimoramento não apenas profissional mas acima de tudo de aprimoramento humano.

Revela-se, assim extremamente fácil a construção da justificativa do trabalho pela inquestionável importância do tema na atualidade quando os dados estatísticos comprovam o que já se percebia nas ruas.

A população mundial e no nosso caso a população brasileira, como já dito anteriormente, está em processo de envelhecimento. Cada vez torna-se mais significativo o percentual da população composto de pessoas com mais de sessenta e cinco anos.

Segundo dados do IBGE, de acordo com o censo demográfico de 2000 de uma população total de 169.799.170 habitantes, o Brasil tem um total de 14.536.029 habitantes com mais de sessenta anos, num percentual de 8,6%, portanto do todo populacional. Na Bahia, segundo a mesma fonte, 8,2% de sua população total de 13.070.250 é composta de pessoas maiores de sessenta anos, representando, assim, um total de 1.077.901 habitantes com mais de sessenta anos.

O Brasil, por exemplo, passará de décimo sexto lugar, em 1950, para o sexto lugar em 2025 em número absoluto de pessoas idosas no mundo segundo projeções de FRIAS, 1998.

O crescimento da população idosa torna-se cada vez mais relevante porque já supera o crescimento da população total.

Por todos estes dados a questão do idoso no Brasil deve merecer cada vez mais o interesse dos órgãos públicos, dos formuladores de políticas sociais e da sociedade em geral, tendo em vista o número crescente de idosos na população total, seu ritmo de crescimento, suas características demográficas, econômicas e sociais.

Na conclusão de Elza Berquó<sup>5</sup> em seu artigo, *Considerações Sobre o Envelhecimento da População no Brasil*, por exemplo,

“se, por um lado a longevidade dos indivíduos decorre do sucesso de conquistas no campo social e de saúde, o envelhecimento, como processo, representa novas demandas por serviços, benefícios e atenções que se constituem em desafios para os governantes e sociedade do presente e do futuro.”

Por outro lado, é justamente este grupo social que demanda uma disciplina normativa específica com vistas ao atendimento de suas necessidade e à paz e ao desenvolvimento social. O idoso precisa de apoio familiar, social e estatal. Necessita de uma política específica de saúde pública e de atendimento médico especializado. Por suas peculiaridades necessita da uma previdência social forte e equilibrada. Precisa de um planejamento urbanístico para superar e amenizar suas eventuais limitações físicas, e também par lhes permitir maior conforto e

5. BERQUÓ, Elza. *Considerações Sobre o Envelhecimento da População no Brasil*. NÉRI, Anita Liberalesso e DEBERT Guita Grin (orgs.). *Velhice e Sociedade*, Campinas, São Paulo: Papirus, 1999.

comodidade nesta etapa em que deve ser retribuído pela sociedade com a qual colaborou por tanto tempo com sua força de trabalho. Deve ter incentivos fiscais que possibilitem uma maior disponibilidade financeira. Enfim, demanda o idoso não apenas uma proteção legal e uma postura paternalista e assistencialista do Estado mas sim a construção de uma nova realidade social que o valorize e acolha, que o recompense e o prestigie e que acima de tudo observe e promova sua dignidade como pessoa humana, fundamento maior de nossa sociedade insculpido em nosso texto constitucional.

Para tudo isso, contudo é pressuposto a definição legal do idoso, ou seja daquele que será o titular dos direitos mencionados, das políticas e programas públicos. Assim, a conceituação do idoso assume importância destacada especialmente pelas peculiaridades decorrentes de sua situação econômica, social e mesmo territorial (idoso urbano ou idoso rural).

A conceituação do idoso, contudo não pode desprezar incursões sobre questões afetas à sua identidade seja enquanto imagem e consciência individual e social seja como o próprio direito à identidade em si como direito de personalidade a ser protegido de utilização abusiva até porque qualquer norma legal que o disciplina constrói a partir de uma definição prévia de quem legalmente será considerado idoso e, para o que não se pode desconhecer o chamado senso comum. Afinal o Direito é o reflexo de uma sociedade.

### **3. IDOSO: IMAGEM E CONSCIÊNCIA SOCIAL**

A busca da dignidade da pessoa humana como finalidade social torna clara a importância do tema.

Estaria a sociedade brasileira preparada para o envelhecimento de sua população? Tem o Brasil uma política clara e efetiva para seu idoso? Está a sociedade aparelhada para propiciar ao idoso condição adequada de vida com dignidade?

Uma disciplina jurídica adequada e efetiva é o grande instrumento na resposta a estas indagações uma vez que poderá propiciar a desejada mudança na imagem do idoso.

A questão da necessidade de mudança na imagem negativa associada ao processo natural de envelhecimento exige uma correta intervenção estatal através da implementação de um programa de planejamento e preparação para o envelhecimento bem assim de assistência e proteção aqueles que já se encontram nesta fase da vida.

ZALLY PINTO VASCONCELLOS DE QUEIROZ<sup>6</sup> tratou bem do tema. No seu texto afirma que:

“...as considerações feitas em relação à atual estrutura familiar brasileira de meio urbano, à barreira entre as gerações e às formas de relacionamento entre os mais jovens e os mais velhos, permitem a formulação da hipótese de que existe, para a sociedade brasileira, uma representação negativa da velhice, à qual corresponde uma imagem de pessoa idosa com as seguintes características:

- desgaste físico;
- prejuízo ou ausência de saúde;
- negligência pessoal;
- desatualização;
- inatividade;
- incompetência;
- inutilidade;
- implicância.”

E prossegue a mencionada autora afirmando que:

“Não conhecemos nenhum estudo ou pesquisa a esse respeito. No entanto, a partir do pressuposto de veracidade da hipótese levantada, isto é, da existência de uma imagem negativa da velhice, esta fase da vida passa a ser rejeitada. É por esta razão, talvez, que se costuma dizer que o brasileiro não sabe envelhecer, não quer pensar na sua velhice, não quer se preparar para terceira fase da vida.

Ao sentir a passagem do tempo, a chegada do momento da aposentadoria, a partida dos filhos e os efeitos das alterações físicas que acompanham o processo do envelhecimento, as atitudes mais frequentes entre os idosos brasileiros variam da aceitação à revolta, menos frequentes, passando pela rejeição e a resignação. Estas atitudes dos próprios idosos, que são produto das suas histórias de vida e da sua condição de pioneiros de uma nova categoria etária, agravam a imagem que a seu respeito a sociedade faz. Por sua vez, a sociedade responde a esse comportamento dos idosos com duas atitudes: rejeição e superproteção, atitudes estas que nada alteram a imagem da velhice, que fica perpetuada como a fase de um imenso vazio, de uma grande solidão e de uma ausência total de objetivos de vida.

A mudança de imagem da velhice parece-nos ser fundamental para o estabelecimento de um espaço social para esta nova categoria etária. E este movimento de mudança parece-nos que somente será eficiente e efetivo se acontecer simultaneamente nos dois sentidos; idoso-sociedade.

A tomada de consciência de que a população idosa brasileira aumenta cada vez mais e que dentro de 20 anos existirá um contingente populacional de mais

6. DE QUEIROZ, Zally Pinto Vasconcellos. OS IDOSOS: UMA NOVA CATEGORIA ETÁRIA NO BRASIL. Cadernos da Terceira Idade. Publicação do Centro de Estudo da Terceira Idade – CETI. São Paulo: SESC, 1982.

de 13 milhões de pessoas de 60 anos e mais, exige que a sociedade brasileira se posicione de tal maneira a oferecer aos idosos as condições de vida desejáveis que lhe permitam a adaptação a esta nova fase da vida, a descoberta de novas formas de participação social e a definição do espaço social que cabe a velhice no mundo de amanhã.”

#### **4. SITUAÇÃO JURÍDICA DO IDOSO: EXAME E REFLEXÃO**

Para saber se temos ou não uma disciplina jurídica adequada e efetiva para o idoso, temos que examinar e refletir sobre a situação atual a partir da legislação existente ainda que bastante pulverizada em confronto com dados estatísticos e pesquisa.

Iremos encontrar uma legislação avançada e progressista em algumas áreas e deficientes em outras. Outras vezes encontraremos um vazio legislativo e em muitos casos encontraremos normas que não foram implementadas e que não correspondem a ações concretas, quando deveriam, já que a desigualdade real do idoso em relação ao não idoso tem que ser compensada na norma jurídica eficaz.

Também não podemos deixar de registrar a existência de significativos desvios da implementação das normas relativas ao idoso, no Brasil, hoje, o que se verifica, por exemplo em matéria previdenciária.

Da análise efetivada Constroem-se algumas conclusões, especialmente na necessidade de prevenção dos desvios da implementação das normas relativas ao idoso sem prejuízo da construção de um sistema legal de compensação normativa da desigualdade real do idoso na atual sociedade

#### **5. O PROBLEMA DA DELIMITAÇÃO DO OBJETO DO ESTUDO: O CONCEITO DE IDOSO**

Grande importância assume neste trabalho o desenvolvimento ou melhor a construção do conceito de idoso por envolver tal conceito o próprio objeto deste estudo.

A conceituação do idoso envolve várias questões. Sobre este tema bastante oportunas revelam-se as considerações do Centro de Estatísticas e Informações da Bahia<sup>7</sup> segundo as quais o “*envelhecimento cronológico vem muitas vezes acompanhado de uma impossibilidade biológica para continuar ativo, produtivo*

7. CENTRO DE ESTATÍSTICA E INFORMAÇÕES(BA). A Questão do Idoso na Bahia: problema emergente. Salvador, 1993.

*e na gerência de sua vida e de seus recursos. Outras vezes não. Há indivíduos cuja capacidade produtiva e de manutenção de sua vida ultrapassa os limites que a sociedade usa para chamar alguém de velho.”*

De fato as dificuldades encontradas na construção do conceito jurídico do idoso resultam da variedade de critérios existentes para sua definição. Assim temos o critério cronológico, o psicobiológico e econômico-social e ainda a possibilidade de construção de um conceito a partir da combinação de todos estes critérios.

Por fim não se pode deixar de registrar a contribuição das discussões e idéias apresentadas em classe<sup>8</sup> quanto aos símbolos “idoso”, “velho” e “antigo” no sentido de que “velho” tem a ver com o sentido de cronologia, desgaste e depreciação; “antigo”, com o velho que não apresenta o desgaste e que oferece um aspecto agradável e finalmente o “idoso” como um conceito relativo ao contexto (exemplo: muita idade relativamente a determinada atividade).

### **5.1. Critérios para definição do idoso: cronológico, psicobiológico, econômico-social e misto**

Neste ponto, revelam bastante precisas e objetivas as ponderações apresentadas por Wladimir Novaes Martinez<sup>9</sup> ao tratar do conceito de idoso nos seguintes termos:

“Respeitáveis obstáculos enfrentam os estudiosos quando tratam do tema. Devem responder a algumas indagações elementares sobre o critério de definição do tipo: a) cronológico? b) psicobiológico? ou c) econômico-social? Ou, ainda uma combinação deles?”

Na primeira hipótese, está a pessoa com tantos ou mais anos de vida. Critério objetivo, de fácil demonstração fática, geralmente adotado pelas legislações básicas (aposentadoria por idade, imunidade fiscal, políticas governamentais etc.) e assistenciárias (renda mensal vitalícia e amparo assistencial). Mas com embaraços, pois, dos 60 até os 100 anos, são diferentes os estágios do longo.

Sob o segundo enfoque aventado, a noção é personalizada, diz respeito às condições psicológicas e fisiológicas do indivíduo e, destarte, não importaria sua faixa etária, mas as aptidões físicas do organismo e da mente. Seu aspecto negativo é a subjetividade, ascendência, naturalidade e dados pessoais, dificultando a configuração.

8. Idéias apresentadas nas aulas do curso de Mestrado em Direito Econômico da Universidade Federal da Bahia, na disciplina Novos Quadros Jurídicos da Economia I, ministrada pela Professora Nilza Reis, especialmente pela contribuição do então Mestrando Ronald Amorim.
9. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito dos Idosos*. - São Paulo: LTr, 1997.

Na última admissão, o importante é o patamar socioeconômico da pessoa, a priori pressupondo-se o hipossuficiente necessitar de maior proteção em comparação com o auto-suficiente. A legislação securitária cumula com a exigência desse critério. Porque de mensuração fácil e linear.

Aparentemente, não teria muita densidade o sexo ou o habitat do destinatário, embora as mulheres consigam viver sozinhas em melhores condições e perdurem mais.

De igual maneira não haveria diferença entre ser cidadão ou rurícola. Seriam idosos quando alcançassem determinada faixa etária, com diagnóstico clínico ou social assemelhado, mas zona rural é tradicionalmente mais pródiga em atenção. A legislação previdenciária tem feito distinção, quando da definição da aposentadoria por idade, deferida cinco anos antes para a mulher e para o(a) rurícola.

Tanto quanto a faceta econômica, o dado cronológico há de ser avaliado pelo cientista social, pois as diferentes faixas etárias distinguem os seres humanos. Não terá expressão no direito ao trabalho ou ao lazer do ancião (compreendido aquele na idade mais avançada possível), convindo sobrelevarem, então, apenas as soluções relativas à ascendência à saúde. Tem relevância na descrição se o idoso está doente, senil ou decrépito. A combinação com enfermidades ou deficiências agrava o quadro determinante da proteção.”

## **5.2. Critério escolhido pela legislação brasileira**

Refletindo as dificuldades doutrinárias na adoção de um critério único para a definição do idoso. A legislação brasileira apresenta certa diversidade na definição do idoso, ainda que predominante adote o critério cronológico-etário, caso em que, no entanto, também apresenta diversidade quanto ao parâmetro cronológico exato. Por exemplo, para fins eleitorais, definiu-se o idoso como aquele de setenta anos ou mais com o objetivo de tornar o voto facultativo (art. 14, parágrafo primeiro, II, b da constituição Federal) já para fins previdenciários, tem-se utilizado o limite de sessenta e cinco anos.

Neste ponto deve-se registrar que a organização Internacional do Trabalho – OIT, através da convenção n.102, adota o critério cronológico e tem como idoso o maior de sessenta e cinco anos, procedendo de igual forma a Organização Mundial de Saúde.

Contudo, deve-se registrar, em conclusão, que a legislação brasileira adota preponderantemente o critério cronológico-etário ainda que verifique-se certa variação quanto a idade limite.

## **6. O IDOSO E O DIREITO A IDENTIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Deve-se aproveitar a oportunidade deste trabalho para examinar, ainda que brevemente, da questão do direito a identidade relativamente ao idoso. Ou seja,

para examinar, ainda que brevemente, a questão da legitimidade da implementação de um sistema de identificação próprio e específico para o idoso com fins cadastrais como condicionante para a fruição de serviços e benefícios até porque o desenvolvimento tecnológico tem promovido a ampliação dos meios de identificação e dos instrumentos de sua utilização na atividade econômica.

Para tanto importante definirmos antes o direito à identidade incluído entre os direitos da personalidade, denominação sob a qual<sup>10</sup>

“...compreende-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade. A necessidade de protegê-la contra práticas e abusos atentatório tornou-se premente em razão assim da tendência política para desprestigiá-la, como dos progressos científicos e técnicos”.

O Direito à Identidade, enquanto direito da personalidade, segundo Carlos Alberto Bittar<sup>11</sup> constitui direito fundamental da pessoa que

“...inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral.

Com efeito, o nome e outros sinais identificadores da pessoa são os elementos básicos de associação de que dispõe o público em geral para o relacionamento normal, nos diversos núcleos possíveis: familiar; sucessório; negocial; comercial e outros. Cumpre, aliás, duas funções essenciais: a de permitir a individualização da pessoa e a de evitar confusão com outra. Possibilita seja a pessoa imediatamente lembrada, mesmo em sua ausência e a longas distancias. Nesse sentido, aliás, a imagem e a voz também cumprem, a par de outros caracteres pessoais, a missão exposta, sob âmbito mais restrito, exigindo a prévia fixação e maior esforço associativo; mas, de qualquer sorte, nesse passo, atestam a contínua interpenetração dos direitos da personalidade já referida.

Os elementos de identificação facilitam a localização, desde logo, da pessoa, em si, ou na família, possibilitando a percepção de seu estado, ou de sua condição, tanto pessoal, quanto patrimonial. Da mesma forma, no mundo negocial, asseguram a imediata individualização da empresa perante seus consumidores e o público em geral.

O bem jurídico tutelado é a identidade, que se considera como atributo ínsito à personalidade humana. O direito essencial é ao nome, mas também recebe proteção os acessórios (como o pseudônimo, a alcunha e o hipocorístico, este a denominação, geralmente pelos íntimos). Envolve, ainda, a doutrina do nome a defesa da pessoa jurídica, exatamente para distingui-la no imenso universo empresarial”

10. GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

11. BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade- 5 ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.



O direito a identidade tem realce internacional e muitos países o inseriram em seu texto constitucional, seguindo a linha adotada pela atual constituição brasileira de constitucionalização dos direitos da personalidade, como expressamente fez a constituição portuguesa que em seu artigo vinte e seis reconhece o direito à identidade pessoal, chegando a garantir a identidade genética,<sup>12</sup> “*nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização de tecnologias e na experimentação científica*”.

De fato os sistemas gerais de identificação permitem perfeitamente a conferência do enquadramento ou não de determinado indivíduo na condição de idoso segundo o critério cronológico preferencialmente adotado pelas legislações. De qual quer forma defendemos a idéia da possibilidade de adesão voluntária a sistemas alternativos e específicos de identificação possibilitados pela evolução tecnológica como a identificação eletrônica, óssea, genética etc.

Tal possibilidade, no entanto deverá respeitar sempre, para a validade de sua implementação o princípio da dignidade da pessoa humana, e da validade de sua fundamentação ou seja desde traga benefícios coletivos preponderantes e ou individuais, mas observando sempre a autonomia da vontade do indivíduo titular do direito à identidade, no caso do direito à identidade do idoso.

Até porque, a questão da identidade, para o idoso, envolve toda uma série de questões psicológicas e sociais, onde na maioria dos casos há uma resistência interna a sua própria identificação como idoso, o que se reflete, inclusive na diversidade na conceituação do idoso em si, como tratado anteriormente.

De fato, na prática, o que se verifica, relativamente a construção de uma identidade individual é que o idoso é sempre o outro. Inclusive neste sentido convém repetir as observações colhidas do Centro de Estatísticas e Informações Sociais da Bahia<sup>13</sup> segundo as quais o

“...envelhecimento cronológico vem muitas vezes acompanhado de uma impossibilidade biológica para continuar ativo, produtivo e na gerencia de sua vida e de seus recursos. Outras vezes não. Há indivíduos cuja capacidade produtiva e de manutenção de sua vida ultrapassa os limites que a sociedade usa para chamar alguém de velho.”

De forma geral ninguém pretende se reconhecer como velho porque a isto se associa sempre a idéia de decadência física e ou mental, dependência de outros,

12. CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. Honra, imagem, vida privada e intimidade, em colisão com outros direitos. Ed. Renovar. Rio de Janeiro, 2002.

13. Vide nota 5

enfim uma série de características não positivas, principalmente numa sociedade que se pretende jovem e em que se valoriza enormemente os atributos da juventude.

DEBERT, G.G., em seu trabalho, *Envelhecimento e Representações sobre a Velhice*, mostra que: “*a velhice não é uma identidade permanente e constante. Para os indivíduos de idade avançada o velho é sempre o outro*”.

Assim, o reconhecimento de quem é ou não velho depende do outro. É social. E este reconhecimento é feito centrado geralmente nas características acima citadas de decadência e dependência.

Ainda segundo DEBERT, nas entrevistas por ela realizadas,

“Tanto as mulheres quanto os homens, ao tratar da velhice, procuravam em primeiro lugar estabelecer uma separação ente o velho, e o velho doente e sem recursos. A velhice é especialmente dramática na situação de doença e pobreza. Uma vez operada essa distinção existe uma nova separação entre a velhice em geral e sua (do entrevistado) situação particular, que não pode ser vista como de velho”.

Verifica-se, então, que o conceito de velhice ou de idoso varia, social e individualmente de acordo com particularidades sociais, econômicas, políticas, psicológicas etc, pelo que para fins de estudo adota-se prioritariamente a convenção internacional de identificar como idosos todas as pessoas de sessenta anos ou mais.

Por outro lado, preservada a observância irrestrita do princípio da dignidade da pessoa humana, e havendo um interesse social cuja importância e prevalência seja de grande realce, poderá ser admitido o redimensionamento da amplitude da liberdade individual na adesão a determinado modo de identificação que se torne necessário.

Há de se observar contudo que o sistema tradicional e geral de identificação prioriza o nome enquanto elemento de identidade, garantindo-se assim em consequência a lei, o direito ao nome enquanto elemento de localização da pessoa, sendo que:<sup>14</sup>

“No plano pessoal, o nome compreende: o patronímico, o apelido de família, ou, ainda, o sobrenome (que designa o núcleo a que pertence o ser); o prenome (o nome propriamente dito da pessoa); o pseudônimo (nome convencional fictício,

14. BITTAR, Carlos Alberto. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 5 ed. Atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

sob o qual oculta a sua identidade o interessado, para fins artísticos, literários, políticos, desportivos); e a alcunha (ou, na linguagem comum, o apelido: designação dada por terceiro, que compreende algum aspecto ou faceta especial do ser).”

Logicamente definido o nome como atributo da personalidade, agrega-se a ele outros elementos de distinção como data de nascimento e filiação com o que inclusive aperfeiçoa-se a distinção em relação aos casos de homonímia.

Em relação aos idosos, como a legislação brasileira prioriza o critério etário para a definição do idoso, este será o atributo prioritário, tendo o nome e seus acessórios uso geral e comum, por ser de fácil aferição ainda que em casos específicos não tenha a precisão necessária e possa, mais facilmente sofrer utilização abusiva cuja repressão há de ser sempre perseguida para que o instrumento de identificação como manifestação de um direito não se torne um instrumento de lesão deste mesmo direito em detrimento do seu titular e dos interesses que deve proteger.

De qualquer forma a questão do nome constitui campo amplo de estudo a ser tratado em trabalho específico, sendo que na oportunidade não se poderia deixar de registrar o tema.

A hipótese, enquanto resposta conjuntural ao problema proposto do reflexo na atividade econômica da ampliação dos meios de identificação da pessoa física e, assim, do idoso em conflito com a proteção jurídica dos direitos da identidade enquanto direito da personalidade como limite de aplicação, já que<sup>15</sup> “*a personalidade define-se por particularidades que, em conjunto, identificam a pessoa*”.

Inegavelmente o desenvolvimento tecnológico promoveu a ampliação dos meios de identificação da pessoa física e dos instrumentos de sua aferição com crescente aplicação na atividade econômica em suas mais diversas manifestações. Esta aplicação crescente dos novos meios de identificação e dos instrumentos de sua aferição deve estar submetida a um regramento normativo específico, e ainda não disponível, como forma de conciliar a proteção aos direitos da personalidade especialmente o direito à identidade e o princípio da dignidade da pessoa humana com a promoção do desenvolvimento social e tecnológico e do bem-estar social através de uma atuação estatal dirigente à promoção do interesse público pautada, no entanto, pela prevalência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, atenta ao direito à privacidade (“right of privacy”).

15. GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 7.ed. Editora Forense.

## 7. O IDOSO NA LEGISLAÇÃO: VISÃO PANORÂMICA

O presente trabalho não comporta por sua proposta e limitações uma análise panorâmica da disciplina jurídica do idoso no Brasil hoje analisando área por área. De qualquer forma não se pode deixar de registrar esquematicamente sua presença nas mais diversos ramos do direito, que de forma geral utilizam-se do critério etário para definição do idoso e mesmo este símbolo.

De fato, a diversidade conceitual existente reflete as dificuldades doutrinárias na adoção de um critério único para a definição do idoso, contudo, como dito, a diversidade encontrada na legislação brasileira quanto a definição do idoso não afasta a conclusão quanto a predominância da adoção do critério cronológico etário, sendo que, no entanto, também neste sentido, encontramos certa diversidade quanto ao parâmetro cronológico utilizado. Por exemplo, para fins eleitorais, definiu-se o idoso como aquele de setenta anos ou mais como o objetivo de tornar o voto facultativo (art. 14, parágrafo 1º, II, b, da Constituição Federal). Já para fins previdenciários, utiliza-se algumas vezes do limite de sessenta e cinco anos.

Deve-se registrar, nesta linha que a Organização Internacional do Trabalho, através da convenção nº. 102 adota o critério cronológico e tem como idoso o maior de sessenta e cinco anos, procedendo de igual forma a Organização Mundial da Saúde.

Deve-se voltar, contudo, à necessidade de apresentação esquemática das áreas do Direito que tratam do idoso, como reflexo da preocupação legislativa quanto ao tema e da necessidade de exame quanto à deficiência ou não das normas já existentes, sua efetividade e da necessidade de novos instrumentos, quais sejam: Direito constitucional: princípios e normas programáticas; Direito previdenciário; Direito do Trabalho; Direito administrativo e urbanístico; Direito Civil; Direito penal; Direito Tributário; Direito processual e Direito internacional.

A apresentação das disciplinas acima tem apenas finalidade de realçar a amplitude do tratamento legislativo do idoso no Brasil de hoje o que revela sua importância social crescente, induzindo ainda a uma reflexão sobre a sua atual disciplina jurídica, seus sucessos e seus fracassos, sobre sua efetividade ou não. Ou seja, cada vez mais a sociedade demanda a intervenção estatal através da produção legislativa para tutelar este segmento populacional que cresce a cada dia como reflexo do desenvolvimento social, mas, também acima de tudo demanda a efetividade da atuação estatal que não pode se resumir a simples previsões legislativas.

## 8. CONCLUSÃO

A atualidade e riqueza do tema permitiram um elevado grau de motivação no seu exame e na sua pesquisa possibilitando a descoberta de diversas fontes de conhecimento sem prejuízo de oferecer elementos e subsídios para uma reflexão sobre a questão do idoso no Brasil de hoje onde em termos numéricos já envolve percentual significativo da população total (segundo o IBGE, os brasileiros com mais de sessenta anos de idade representam 10% da sociedade), em termos legislativos, já possui um conjunto variado e esparso de normas nos mais diversos ramos do direito, incluindo-se aí uma grande quantidade de normas programáticas, mas que em termos reais padecem de sistematização, efetividade e principalmente de conscientização social.

De fato, a conscientização constitui a grande resposta para muitas das questões advindas da nova realidade social de aumento da expectativa de vida e do percentual populacional de idosos.

Em reportagem de Sheila Grecco<sup>16</sup>, por exemplo, a conclusão é construída a partir da apresentação da opinião do sociólogo paulista José Pastore que

...escreveu certa vez um artigo relatando a conversa que teve com amigos em torno das maiores conquistas do século XX. Entre as respostas, citaram-se o automóvel, o avião, a penicilina, a televisão, a Internet. ‘Na minha vez de falar, disse que considerava o alongamento da vida humana a mais fantástica conquista’, escreveu. A conquista é fantástica, sem dúvida. E os mais velhos estão agora aprendendo que ela tem um preço.

Aliás, foi justamente o fracasso da família, como núcleo social primário, em cuidar do seu idoso, talvez pela própria mudança do seu perfil decorrente do desenvolvimento social e tecnológico, o chamado progresso, que diminuiu o número de filhos, colocou a mulher no mercado de trabalho, diminuiu o tamanho das casas, alterou as prioridades e os costumes que passou a exigir uma forte atuação estatal tanto através da elaboração de uma estrutura normativa como na criação de uma estrutura de apoio, amparo, assistência, incentivo mas principalmente de preparação social e individual para que a realidade humana do envelhecimento não traduza situações negativas, de decadência, enfraquecimento, doença, desamparo, abandono, inaptidão, inutilidade, pobreza e tristeza mas, ao contrário, reflita saúde, experiência, reconhecimento, sabedoria, respeito, conhecimento, adaptação, utilidade, prestígio, amparo e acima de tudo dignidade, a dignidade da pessoa

16. GRECCO, Sheila. Reportagem publicada na revista semanal Veja de 3 de abril de 2002, na seção Família sob o título “O Vovô Virou Papai”.

humana, princípio jurídico fundamental estabelecido no texto constitucional de forma a impregnar todos os demais e mesmo conduzir a interpretação de aparentes conflitos de normas e de preencher os chamados vazios normativos.

Afinal, a dignidade da pessoa humana é fundamento destacado da República Federativa do Brasil conforme instituído já no artigo primeiro da constituição Federal publicada no Diário Oficial da União n.191-A, de 5 de outubro de 1988.

Afigura-se, no entanto, de fácil constatação que o sistema jurídico atualmente vigente no país não tem atendido de forma adequada e eficaz às necessidades e às aspirações de sua população idosa. Não só pela falta de consciência do setor público da importância do tema, o que se percebe na insuficiência de alocação de recursos e na escassez de planejamento para investimentos públicos nos setores relacionados, como pela ausência de uma rede normativa adequada à realidade social e principalmente dotada de efetividade, encontrando-se uma grande pulverização na disciplina jurídica do idoso o que tem dificultado mesmo a conscientização social sobre a questão, com a incorporação de uma nova imagem do idoso.

De fato, a falta de uma política pública de preparação para a chamada “aposentação” faz com que a velhice alcance cada vez um número maior de pessoas completamente despreparadas para esta fase da vida de grandes peculiaridades físicas e psíquicas.

E, mais grave, o próprio Estado é alcançado pelo crescente envelhecimento de sua população despido dos recursos necessários ao atendimento das necessidades e aspirações deste crescente segmento populacional. Ou seja, ao sistema previdenciário ineficiente e a um sistema de saúde inadequado aliam-se uma estrutura urbanística deficiente e a carência geral da população em cuidar dos seus próprios idosos.

Claro que as normas por si só não são a solução para todo o quadro apresentado. Mas, uma estrutura normativa adequada e eficaz representa o passo mais importante e significativo para o caminho da mudança do quadro atual como veículo de políticas e programas de atuação pública, de promoção de novas e positivas atitudes com relação ao idoso e de mudança de hábitos para que, em um futuro próximo a velhice seja uma fase natural e esperada da vida para qual a preparação comece na infância, com investimento na saúde na educação. Se prolongue na fase adulta com o investimento na previdência e se estenda na maturidade com a promoção de programas e atividades voltados para a valorização do idoso e sua convivência social como real depositário da sabedoria e do conhecimento humano, valor aliás há muito reconhecido no mundo oriental que sempre se curvou ao valor daqueles que construíram com o correr de suas vidas muitas linhas

da História da humanidade, História aliás que é construída até o último suspiro. Ou talvez, em melhor expressão, permaneça sempre sendo escrita pelas mãos daqueles nos quais de uma certa forma sempre vive muito das pessoas que com eles compartilharam a existência.

## 9. BIBLIOGRAFIA

ABDALA, Gina Andrade. **Condições de Vida e Saúde dos Idosos de Cachoeira – BA.** Feira de Santana( S/M), 2001. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva). Universidade Estadual de Feira de Santana.

BITTAR, Carlos Alberto. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 5 ed. atualizado por Eduardo Carlos Bianca Bittar.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CAMARANO, Ana Amélia. **Envelhecimento da população brasileira: problema para quem?** Bahia Análise & Dados, Salvador-Ba, SEI, março, 2001.

CASTRO, Mônica Neves Aguiar da Silva. **Honra, Imagem, Vida privada e Intimidade, em Colisão com outros Direitos.** Rio de Janeiro, RENOVAR, 2002.

CENTRO DE ESTATÍSTICAS E INFORMAÇÕES (BA). **A Questão do Idoso na Bahia: problema emergente.** Salvador, 1993. Série Especiais CEI,8.

**Constituição da República Federativa Do Brasil**, 35 ed. Saraiva, 2005.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 23 ed, Malheiros Editores, 2003.

DE QUEIROZ, Zally Pinto Vasconcelos. **Os idosos: uma nova categoria etária no Brasil.** Cadernos da Terceira idade. Publicação do Centro de Estudos da Terceira Idade – CETI. São Paulo: SESC, 1982.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** 7 ed. Forense, 1983.

GRECCO, Sheila. Reportagem publicada na revista semanal Veja de 3 de abril de 2002, na seção Família sob o título “O Vovô Virou Papai”.

IBGE, **Censo Demográfico 2000.**

**Lei n. 8.842**, de 4 de janeiro de 1994 e Decreto n,1948, de 3 de julho de 1996. Secretaria Nacional dos Direitos Humanos. Brasília,1998.

**Lei de Registros Públicos**, Lei N. 6.015, de 31 de dezembro de 1973

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito dos Idosos.** São Paulo: LTr,1997

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Nilton. Reportagem publicada no jornal A Tarde de 10/03/2002 sob o título “AUMENTO DO NÚMERO DE IDOSOS PREOCUPA”.

NÉRI, Anita Liberalesso e Debert. Guita Grin (Orgs). **Velhice e Sociedade**. Campinas, SP: papyrus, 1999.

WALD, Arnold. **Introdução ao Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.



# **Doutrina Internacional**

---

Juan José Monroy Palácios  
Oswaldo Alfredo Gozaín

# XIV

## RECHAZO DE LA DEMANDA E INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

*Juan José Monroy Palacios*

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal y  
del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

**SUMARIO:** 1. La interrupción de la prescripción extintiva por emplazamiento. Régimen general; 2. Exclusión de algunas hipótesis afines al tema analizado; 3. Esbozo de un parámetro interpretativo inicial; 4. Una tipología que elimina la posibilidad de aplicar una regla general; 5. Casos atípicos de supervivencia de la eficacia interruptiva del emplazamiento; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía utilizada e recomendada.

### 1. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA POR EMPLAZAMIENTO. RÉGIMEN GENERAL

Enfocando el análisis exclusivamente sobre los aspectos procesales de la prescripción extintiva, advertimos que según nuestro ordenamiento jurídico, ésta se interrumpe por “citación de la demanda (...) aún cuando se haya acudido a un Juez o autoridad incompetente” (art. 1996.3 CC). Por su parte, el art. 1997 del mismo cuerpo legal establece los supuestos en que dicha interrupción es ineficaz: inciso 1) cuando no fue “citado con la demanda”; inciso 2) por desistimiento “de la demanda” e inciso 3) si el proceso “fenece por abandono”.

Como podemos apreciar, el art. 1997.1 innecesariamente repite, sólo que *contrario sensu*, aquello que el 1996.3 ya regulaba: si la prescripción se interrumpe con la notificación de la demanda, resulta evidente que la ausencia de ésta impide que opere la interrupción (¡!). Sin embargo, en su redacción, al igual también que el art. 1996.3, se comete el error –probablemente por una mala importación normativa– de llamar “citación” a aquello que nosotros conocemos como notificación de la demanda. A diferencia del sistema italiano, por ejemplo, donde la demanda se propone mediante citación para que la contraparte comparezca a una audiencia (*citazione*), en nuestro ordenamiento el actor la interpone directamente ante la autoridad jurisdiccional (*ricorso*), la cual se encarga de su notificación al demandado. Ya nuestra práctica forense, con la venia del Código Procesal Civil

(art. 431), se ha encargado de ponerle nombre específico a la notificación de la demanda (diferenciándola así de otras que se producen a lo largo del procedimiento): emplazamiento (expresión que, por economía, utilizaremos a lo largo del presente escrito). Por ello, a pesar que no han existido mayores problemas interpretativos (todos entendemos que “citación de la demanda” se refiere a su notificación, es decir, al emplazamiento), sería oportuno que en una futura reforma se corrija la deficiencia terminológica.

Por su parte, el art. 1997.2, antes que “de la demanda”, se refiere a lo que, con propiedad, nuestro principal ordenamiento procesal denomina “desistimiento de la pretensión”. El fundamento de este dispositivo es fácilmente deducible: si tal desistimiento “produce los efectos de una demanda infundada con la autoridad de cosa juzgada” (art. 344<sup>1</sup>), concluido el proceso por dicho motivo, no tendrá mayor sentido hablar de interrupción, prescripción o siquiera de pretensión, pues se trata de conceptos dependientes de un derecho cuyo reconocimiento, precisamente por los efectos del desistimiento, ha sido denegado en definitiva por parte de la jurisdicción y, por medio de ésta, por el ordenamiento jurídico en general.

Finalmente, en el caso de la disposición contenida en el art. 1997.3, la opción legislativa marcha en la misma dirección que la del legislador procesal, en el sentido de establecer una sanción especial a los casos de extinción del proceso por abandono. Así, mientras el 351 “impide al demandante iniciar otro proceso con la misma pretensión durante un año”, en el plano del derecho material la norma en cuestión elimina los efectos de la interrupción, es decir, se continúa contabilizando el plazo prescriptorio originario como si el proceso (particularmente, la “citación de la demanda”) no hubiera existido. Nótese que a diferencia de los incisos 1 y 2, en el presente caso hablamos de sanción en tanto no se trata de una consecuencia jurídica que se desprenda directamente del contenido y función de la *fattispecie* originaria, sino que obedece a factores extrínsecos de política legislativa.

## 2. EXCLUSIÓN DE ALGUNAS HIPÓTESIS AFINES AL TEMA ANALIZADO

Éste es, en líneas generales, el marco trazado por nuestro ordenamiento en materia de interrupción de la prescripción por medio del emplazamiento. Hemos dejado de lado lo previsto por el art. 19 de la Ley 26872 (conciliación extrajudicial) por tratarse de un supuesto de suspensión antes que de interrupción. Tampoco es parte de nuestro análisis la hipótesis de la “oposición judicial de la compensación”

---

1. Salvo indicación expresa, todas las normas citadas corresponden al Código Procesal Civil peruano.

(art. 1996.4 CC), aunque podemos adelantar que, desde nuestro punto de vista, constituiría un caso de típico de sustracción de la materia, es decir, antes que interruptivo, tendría un efecto extintivo de la prescripción, toda vez que, operada la compensación (a menos que sea parcial), la acreencia habrá desaparecido del plano material. Sin perjuicio de ello, de insistirse con la literalidad de la norma, se trataría, en estricto, de un supuesto de interrupción sucesivo a uno ya producido, toda vez que, por obvias razones, el demandado sólo podrá “oponer judicialmente” la compensación, luego de haber sido notificado con la demanda.

Es pertinente señalar, aunque pudiera parecer innecesario, que el inicio del proceso no impide que, en el plano negocial, se interrumpa la prescripción tanto por vía del “reconocimiento de la obligación” (1996.1 CC), como a través de la “intimación para constituir en mora al deudor” (1996.2 CC). BONSIGNORI (cuyo texto citamos líneas abajo) señala, inclusive, que tales supuestos se pueden producir a través de actos procesales posteriores y (naturalmente) distintos al emplazamiento y, más importante aún, que en tales casos la conclusión del proceso por improcedencia de la demanda o su extinción por abandono no eliminan el efecto interruptivo del acto procesal.

Por razones de espacio y orden, no es el caso abordar en esta sede el tema referido a la eficacia negocial de los actos procesales. Por el contrario, continuando con la línea trazada al inicio del texto, consideramos relevante analizar qué sucede con la interrupción de la prescripción a través del emplazamiento en aquellos casos, no previstos por la norma, donde ésta es rechazada definitivamente por el Juez sea por improcedente o por infundada.

### 3. ESBOZO DE UN PARÁMETRO INTERPRETATIVO INICIAL

Partiendo del supuesto menos problemático, encontramos que en el caso de rechazo de la demanda por infundabilidad la respuesta es similar a lo señalado para el desistimiento de la pretensión (art. 1997.2 CC). En efecto, una demanda que, por medio de sentencia firme, es declarada infundada más que neutralizar el efecto interruptivo producido por el emplazamiento, elimina del ordenamiento jurídico cualquier posibilidad de considerar que siquiera, en algún momento, existió plazo prescriptorio alguno. GALEANO dice que todos somos profetas del pasado y, en este caso, la frase resulta plenamente aplicable toda vez que una sentencia de infundabilidad, en estricto, está declarando que el actor no ostentaba el derecho cuyo reconocimiento judicial demandó al inicio del proceso.

En el caso del rechazo de la demanda por improcedencia la cuestión podría tornarse más compleja si advertimos que en nuestro ordenamiento (como, con

ciertas variantes, ocurre en el derecho comparado) existe una multiplicidad de motivos por los cuales es posible una declaración semejante.

En primer lugar, de una mirada de conjunto a las normas sobre la materia (arts. 321, 427 y 451), encontramos que nuestro ordenamiento procesal sanciona con la improcedencia de la demanda al proceso – algunos prefieren referirse a la relación procesal contenida en éste – que contiene un defecto en la configuración de un presupuesto procesal (competencia, capacidad o requisito de la demanda) o de una condición de la acción (caso justiciable, legitimidad para obrar e interés para obrar). En algunos casos, es necesario reconocerlo, antes que la improcedencia, el Código Procesal Civil prevé la declaración de inadmisibilidad, lo cual es correcto pues obedece a circunstancias en las que el defecto identificado resulta subsanable. Sin embargo, se trata de una particularidad que no es relevante para el presente análisis, en tanto nos estamos enfocando únicamente en los casos de rechazo definitivo de la demanda y ello, dejando de lado el tema ya abordado de la infundabilidad, sólo es posible a través de la declaración de improcedencia, sea que se efectúe en modo directo o sucesivamente a una inadmisibilidad no subsanada, según lo prevén los arts. 321.4 y 426, último párrafo (en un escrito que se publicará en simultáneo con éste abordo el tema de la distinción entre admisibilidad, procedencia y fundabilidad).

Volviendo al tema, encontramos entonces que, según nuestro ordenamiento, toda declaración de improcedencia de la demanda contiene, explícita o implícitamente, la identificación de un defecto en un presupuesto procesal o en una condición de la acción. En este contexto, repasando nuestro análisis desarrollado líneas atrás respecto de las normas pertinentes del Código Civil, se advierte que en materia de interrupción de la prescripción sólo existe una alusión expresa a la hipótesis de la (in)competencia. Ciertamente, en esta específica materia la norma no admite dudas (art. 1996.3): el emplazamiento interrumpe la prescripción así se verifique, *a posteriori*, que el Juez ante el que se desarrolló el proceso era incompetente. En otras palabras, la interrupción habrá surtido efectos así se declare fundada la excepción de incompetencia y, consecuentemente, se disponga la improcedencia de la demanda, anulándose todo lo actuado y dándose por concluido el proceso (art. 451.5). Nótese además que la norma no hace distingo entre los distintos tipos de competencia, razón por la cual, es necesario apuntar que inclusive en los casos de incompetencia absoluta (materia, grado, cuantía y turno), la interrupción provocada por el emplazamiento continuará desplegando sus efectos sin menoscabo alguno.

Ahora bien, frente a lo expuesto, podría surgir el siguiente cuestionamiento: ¿no existe una antinomia entre la norma que le otorga eficacia al emplazamiento,

a pesar de que luego se verifique la incompetencia del Juez (art. 1996.3 CC) y aquélla que exige que, declarada la incompetencia, se concluya el proceso anulándose todo lo actuado (art. 451.5)? (por no constituir un caso de nulidad dejamos fuera de la cuestión el nuevo inciso 6 del mismo artículo, el cual ha agregado una disposición muy valiosa en materia de competencia relativa). Consideramos que si bien la declaración de nulidad de todo lo actuado que prevé la norma procesal es innecesaria (porque es suficiente que se concluya el proceso con declaración de improcedencia de la demanda), no se configura la antinomia, pues no se debe identificar la nulidad de un acto procesal con una eficacia necesariamente *ex tunc* de su declaración judicial. En realidad, salvo excepciones, la norma positiva no prevé las consecuencias de la nulidad para cada situación en concreto, de ahí que se trate de una tarea que corresponde al intérprete y que debe ser realizada en base a los principios previstos por los arts. 171, 172 y 173. Por ejemplo, en el caso de la sentencia que declara fundada una demanda de revisión civil por fraude procesal (art. 178), se anulará todo lo actuado en el proceso originario hasta el momento inmediatamente anterior a la comisión del fraude, de manera que en este particular supuesto la eficacia nulificante de la sentencia de revisión será *ex tunc*: todo lo que se anulará se tendrá como si nunca hubiera existido. Sin embargo, también hay hipótesis, como la nulidad sin reenvío, en donde el Juez, a pesar de verificar un defecto formal en la decisión de uno inferior y de deducir su nulidad, no devuelve el caso, sino que la sustituye por una propia, evitando así dilaciones excesivas y, ciertamente, innecesarias. Se trata evidentemente de un caso de eficacia *ex nunc* de la nulidad declarada. Por último, existen situaciones mixtas donde a la eficacia *ex tunc* que posee la nulidad, como principio, se le añaden supuestos específicos de conservación de actos procesales, es decir, rasgos propios de una eficacia *ex nunc*. Es el caso de la extinción del proceso por abandono donde, por un lado, la interrupción generada por el emplazamiento se considera como si “no se hubiese producido” (art. 354) y, por el otro, el legislador permite que las pruebas actuadas en un proceso caído en abandono “puedan ser ofrecidas en otro” (art. 352).

Así, en el caso en cuestión, el hecho de que la nulidad de todo lo actuado en un proceso concluido por incompetencia no neutralice la eficacia interruptiva del emplazamiento no debe llamarnos la atención, si advertimos que la nulidad posee un ámbito de incidencia limitado a un nivel endoprocesal. De este modo, si reparamos que la interrupción de la prescripción extintiva es expresión, sin lugar a dudas, de una eficacia extraprocesal de un acto realizado al interior del proceso (el emplazamiento), encontramos que la disposición prevista por el 1996.3 está plenamente justificada también desde el punto de vista teórico. Como vemos, y esto no sólo opera en el ámbito procesal, que la nulidad constituya un fenómeno cuya incidencia sea siempre similar en el plano de la validez, no significa, en absoluto, que ocurra lo mismo en el plano de la eficacia.

Finalmente, resta por analizar la eficacia de la interrupción en aquellos supuestos de rechazo por improcedencia distintos a la incompetencia. Al respecto, dado que, por un lado, no existen previsiones normativas expresas que regulen tales situaciones y que, por el otro, teniendo en cuenta la distinta estructura y función que cumplen cada uno de los presupuestos procesales y de las condiciones de la acción, no toda declaración de improcedencia equivale a una nulidad de todo lo actuado (p.e. cuando el objeto del proceso deja de ser un caso justiciable, según lo previsto por el art. 321.2), no es posible dar una respuesta unitaria.

A pesar de ello, a partir de un razonamiento análogo al utilizado para justificar la supervivencia de la interrupción en los procesos concluidos por incompetencia, creemos posible ensayar un razonamiento inicial que nos permita identificar las premisas con las que podemos solucionar cada situación en particular. Veamos. Si encontramos, en primer lugar, que el Código Civil le otorga al emplazamiento (art. 1996.3) la misma eficacia interruptiva de la prescripción que posee la intimación para constituir en mora al deudor (art. 1996.2), es decir, *le reconoce eficacia material (negocial) a un acto típicamente procesal* y, en segundo lugar, atendiendo a que, como ya dijimos, resulta pacíficamente aceptado por la doctrina y práctica forense que *las nulidades procesales y, dentro de ellas, las “de todo lo actuado” poseen una eficacia estrictamente endoprosesal*, la conclusión segura será que, salvo norma expresa (como el caso ya comentando del abandono), *los procesos que concluyen con rechazo de la demanda por improcedencia y, además, anulando “todo lo actuado”, no eliminan la interrupción de la prescripción que produce el emplazamiento, en tanto aquélla constituye una eficacia material que, por tal motivo, resulta absolutamente ajena a los alcances siempre internos de la nulidad procesal. A fortiori*, las improcedencias sin “nulidad de todo lo actuado” tampoco neutralizan los alcances de la eficacia interruptiva bajo análisis.

#### **4. UNA TIPOLOGÍA QUE ELIMINA LA POSIBILIDAD DE APLICAR UNA REGLA GENERAL**

El razonamiento esbozado es válido en sí mismo, sin embargo, tal aserto no nos puede llevar a generalizaciones entusiastas e irreflexivas que, como bien sabemos, en materia procesal (aunque también en otras disciplinas) poseen una particular predisposición al fracaso. Hay una premisa oculta que, tal vez por obvia, suele pasar desapercibida en la doctrina, pero no así en la práctica: *para que el emplazamiento produzca la interrupción es necesario que las partes procesales, demandante y demandado, coincidan con las partes materiales, acreedor y deudor*. Nótese que no se trata de volver sobre lo dispuesto por la simplona norma comentada al inicio del trabajo (contenida en el art. 1997.1 CC), sino de constatar que en la experiencia cotidiana se verifican emplazamientos formalmente

válidos, pero ineficaces respecto de su carácter interruptivo. Así, al igual que con la intimación en mora, no es posible que la interrupción de la prescripción por el emplazamiento se produzca por iniciativa de un sujeto que no es el acreedor ni, menos aún, respecto de uno que no es el deudor. *Ergo*, el razonamiento con el que concluimos el acápite anterior es válido, a excepción de los casos de improcedencia de la demanda por falta de legitimidad para obrar, sea ésta activa o pasiva (esta última, naturalmente, en caso no se produzca la subsanación que ordena el 451.4). Sin embargo, bajo la “premisa oculta”, las consecuencias también se extienden al campo de la capacidad para ser parte (hipótesis marciana en la práctica, debemos reconocerlo) y al, nada infrecuente, supuesto de la falta (“defectuosa”, según el art. 446.3) de representación. En cambio, en el caso de improcedencia de la demanda por la consolidación (por obra del art. 321.4) del vicio de representación insuficiente, el resultado, a primera vista, es más bien el inverso: el efecto interruptivo de la prescripción se mantiene, en tanto se requiere poder especial para demandar o contestar la demanda, mas no así para lograr dicha interrupción a través del emplazamiento.

Por otra parte, suponen también una eliminación de la eficacia interruptiva producida con el emplazamiento, aquellas hipótesis de rechazo de la demanda por improcedencia que, pese a no pronunciarse sobre la fundabilidad de la pretensión, poseen efectos extraprocesales que precluyen la posibilidad de que se interponga la demanda en los mismos términos, bajo pena de invocarse, de oficio o a pedido de parte, la autoridad de la cosa juzgada. Nos referimos a los casos de improcedencia de la demanda por caducidad (arts. 321.5 y 446.11), prescripción extintiva (446.12), ausencia de caso justiciable o por petitorio jurídicamente imposible (arts. 321.2 y 427.6), cosa juzgada (arts. 123 y 446.8) y, finalmente, cuando se declaran fundadas las excepciones de conciliación y transacción (art. 446.10). Más allá de verificar en cuáles casos se anula o no todo lo actuado (lo que, para los efectos, es irrelevante), es necesario advertir que en cada uno de los supuestos enumerados, cuando adquiere firmeza el auto que contiene tal rechazo, el derecho contenido en la demanda no podrá nuevamente ser materia de un proceso judicial, por haberse configurado un hecho impeditivo, modificativo o extintivo sobre aquél. Por esta misma razón, carece de sentido hacer referencia a la eficacia interruptiva o a la existencia misma de la prescripción extintiva si, en concreto, ya no existe ningún derecho que pueda ser objeto de reclamación. Y es que, en puridad, con los rechazos por improcedencia atrás indicados, el Juez está declarando que es innecesario realizar un análisis fondal de la demanda pues, respectivamente, el derecho cuyo reconocimiento se demandó *ha caducado*, *ha prescrito*, *no constituye un caso justiciable* (es decir, ni siquiera calificaba como “derecho”), *fue objeto de un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada*, *fue materia de conciliación* o, por último, *de transacción*.



## 5. CASOS ATÍPICOS DE SUPERVIVENCIA DE LA EFICACIA INTERRUPTIVA DEL EMPLAZAMIENTO

Delineado el cuadro de las excepciones a la regla trazada líneas atrás, encontramos que su margen de aplicación se limita, severamente, a los casos de improcedencia de la demanda por razones estrictamente procesales, es decir, los que, al menos directamente, no comprometen el derecho reclamado en la demanda. De esta manera, podemos afirmar que no eliminan la eficacia interruptiva del emplazamiento las hipótesis en donde se declara improcedente la demanda por: 1) *falta de interés para obrar*: aquí, a la previsión expresa del art. 427.2, hay que agregar los supuestos de *litispendencia*, *continencia* y *convenio arbitral*, institutos íntimamente ligados a la referida condición de la acción; 2) *defecto en los requisitos o anexos de la demanda*: se trata de hipótesis clásicas de inadmisibilidad (arts. 424, 425 y 426.1) que, por obra del último párrafo del art. 426, dan lugar a la improcedencia de la demanda en caso no se subsanen oportunamente y, por último, 3) *por oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda* (se trata de la excepción prevista por el art. 446.4 que, originalmente, da lugar a la suspensión del proceso, pero que puede ocasionar la improcedencia de la demanda en caso no se realice la subsanación que ordena el 451.3), *falta de conexidad lógica entre los hechos y el petitorio* (art. 427.5) e *indebida acumulación de pretensiones* (art. 427.7). Los descritos son supuestos aún poco estudiados por la doctrina nacional y, tal vez por ello, hasta ahora no adscritos a ningún presupuesto procesal o condición de la acción. Sin embargo, nosotros los citamos conjuntamente, en tanto cada uno, manteniendo su autonomía conceptual, bien podría ser considerado como un requisito de la demanda adicional a los previstos por el art. 424. En efecto, si bien con distintas consecuencias jurídicas (la primera conduce, *prima facie*, a la suspensión del proceso, las dos últimas a la improcedencia de la demanda), los tres institutos poseen un común denominador: al igual que los previstos por el citado art. 424, salvaguardan la idoneidad de la demanda. Más aún, valiéndonos de lo que aquellos reflejan de la práctica judicial cotidiana, se podría sostener que tutelan, respectivamente, la claridad, la corrección lógica y la coherencia interna (de las pretensiones) de la demanda.

## 6. CONCLUSIONES

En conclusión, el rechazo de la demanda por improcedencia, al igual que el supuesto de la incompetencia, no elimina el efecto interruptivo de la prescripción producido por el emplazamiento, a menos que, como sucede con las hipótesis específicamente señaladas: 1) no se haya producido, efectivamente, un emplazamiento entre demandante/acreedor y demandado/deudor o 2) que aquel pronunciamiento contenga la declaración de un hecho impeditivo, modificativo o

extintivo del derecho reclamado a través de la demanda. En el primer supuesto, el plazo prescriptorio originario se entenderá como no interrumpido; en el segundo, carecerá de sentido hablar siquiera de interrupción, pues la prescripción, corriendo la misma suerte del derecho sobre el cual actuaba, se habrá extinguido.

Al igual que lo sucedido en España y Colombia, una futura y saludable reforma deberá trasladar el supuesto de hecho de la interrupción de la prescripción a la interposición de la demanda, dejando de lado al emplazamiento. Sin embargo, también en aquella eventual hipótesis – salvo pequeñas variantes– los problemas interpretativos a enfrentarse serán equivalentes a los que hemos intentado dar respuesta en esta oportunidad.

## 7. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA E RECOMENDADA

ALBALADEJO, Manuel. **La prescripción extintiva**, Madrid, 2004, pp. 223-301

ALLORIO, Enrico. “Rigetto della domanda e reviviscenza della prescrizione”, en **Rivista di diritto processuale civile**, 1935, II, pp. 225 ss

ANDRIOLI, Virgilio. “Sulla interruzione sospensione della prescrizione del diritto controverso”, en **Rivista di diritto processuale**, 1964, pp. 618 ss.; Angelo BONSIGNORI, “Interruzione della prescrizione e estinzione del processo”, en **Rivista di diritto processuale**, 1966, pp. 701 ss.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando, “Interrupción de la prescripción y la caducidad por la sola presentación de la demanda”, en **Estudios de Derecho Procesal**, II, Bogotá, 1980, pp. 513-515

MARELLI, Fabio. **La conservazione degli atti invalidi nel processo civile**, Padova, 2000, pp. 243 ss.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico. Plano da eficácia** <sup>2</sup>, São Paulo, 2004, pp. 270.

# XV

## LA VERDAD Y LA PRUEBA

*Oswaldo Alfredo Gozaini*

Profesor titular de derecho procesal civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro titular de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. Miembro titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Dirección: [osvaldo@gozaini.com](mailto:osvaldo@gozaini.com)

**ABSTRACT:** Con la ponencia nos proponemos formular una teoría sobre la función del Juez frente al descubrimiento de la verdad en el proceso.

No nos conforma la certidumbre, y propiciamos que la lectura comience desde el principio de buena fe en el proceso, a cuyo fin, la exposición de los hechos debe ser cierta sin exculpar la versión que oculta circunstancias desfavorables.

**SUMARIO:** 1. Introducción; 2. Prueba y debido proceso; 3. La verdad en el proceso, 3.1. Verdad real y verdad formal, 3.2. La prueba como fijación de los hechos, 3.3. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial, 3.4. Síntesis de las tendencias; 4. La verdad en el proceso, en realidad, es la verdad de los hechos, 4.1. Historia breve de la verdad en la prueba, 4.2. La obligación de decir verdad sin texto legal que obligue, 4.3. Alcance del deber de veracidad, 4.4. Sujetos obligados a decir verdad. 5. Bibliografía.

### 1. INTRODUCCIÓN

El conflicto entre la verdad y la prueba es un debate abierto desde los orígenes de la ciencia. El interrogante persigue esclarecer cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad? ¿confirmar una versión? ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos.

En realidad, la necesidad de saber si la verdad es un fin para el proceso, resulta necesario e ineludible, porque la afirmación lleva a obligaciones consecuentes, tanto de las partes como del Juez que interviene; mientras que relativizar dicha finalidad con explicaciones tangenciales, supone afinar el objeto en otra dimensión, más técnica o apegada a principios más formales, en los que la verdad se desplaza por la necesidad de resultados.

Nos referimos, en concreto, a la posición de quienes interpretan que el proceso está para resolver controversias y si ello se consigue, no importa como se logra ni con que medios se alcanza.

En cambio, si la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, habrá que encontrar los que están obligados a conseguirla.

Podrán ser únicamente las partes, quienes tienen el deber o la carga de afirmar (alegar) y probar los hechos expuestos; y en su caso, analizar si las circunstancias que se exponen están perentoriamente expuestas a ser reveladas con toda realidad, sea o no favorable, a quien las relata; o en su caso, verificar si se pueden denunciar únicamente los hechos que benefician una determinada posición jurídica.

Cuando se sostiene que los hechos deben ser expuestos con la verdad, no se quiere decir más de lo que ello significa. Ahora, si la versión que se entrega es completa o sucinta, dependerá de la estrategia forense; pero como sea, se tendrá que resolver si la técnica dispuesta concilia con los principios de lealtad y buena fe en el proceso, porque algunos doctrinarios son proclives a sostener que se viola el debido proceso cuando los hechos no son presentados en toda su dimensión y autenticidad.

En cambio, si al proceso se lo convierte en una lucha entre pretensiones opuestas, donde las versiones se imponen a las verdades, el problema que se plantea deriva en dar un valor a la sentencia que justifica hechos que pueden no ser reales. En su caso, es la cuestión que otros han considerado como la necesidad de disculpar un tipo de “verdad jurídica”, que se contrapone con la certeza propia del derecho.

Siendo así, o visto el planteo en la perspectiva de las necesidades que exige el debido proceso, la crisis se produce porque de sostener la verdad jurídica, como distinta de la verdad real, significa tanto como reconocer que los jueces no pueden alcanzar éste último objetivo. Por eso, la sentencia que se obtiene tras un procedimiento entre versiones solo justifica la falibilidad del sistema por no ser auténtico<sup>1</sup>.

---

1. Sostiene Ferrer Beltrán que, si bien es cierto que la noción de verdad jurídica (o judicial o formal) se introduce en la teoría procesal como una respuesta al problema de la falibilidad del juez en el conocimiento de los hechos ocurridos, también lo es que la asunción posterior de la verdad jurídica como única finalidad de la determinación judicial de los hechos y, por otro lado, la tesis de la constitutividad de la decisión del juez en la determinación de la verdad judicial, convierte a esa decisión es incontrolable racionalmente (*Prueba y verdad en el derecho*, p. 22, Marcial Pons, Madrid, 2002).

## 2. PRUEBA Y DEBIDO PROCESO

Efectivamente, la prueba puede tener lecturas y enfoques diversos, pero cuando se relaciona con las reglas del debido proceso, el tiempo que nos interesa es el de la actividad, propiamente dicha. Desde ella tendremos que dar nuestra posición respecto a qué deberes y obligaciones existen para deducir la verdad o aplicar solamente el derecho; es obvio además, que los instrumentos (medios de prueba) tienen que evaluarse para saber si todos se podrán utilizar para resolver los objetivos, o si alguno de ellos puede quedar limitado o directamente prohibido cuando se viola una garantía esencial (v.gr.: el problema de las pruebas ilícitas).

Pero también, el último eslabón de la cadena probatoria, que finaliza en la valoración o apreciación de los medios y del esfuerzo de demostración, no puede quedar solapado, toda vez que depende de la regla o principio que se aplique, para iluminar el campo de probabilidades que lleva a los resultados.

Esto es, que la verdad sea una realidad a probar; o que se use a la verdad como excusa o justificación de un convencimiento particular logrado tras la persuasión de las partes.

En síntesis, cuando se quieren explicar reglas probatorias para todo tipo de procesos habrá que estudiar:

- a) ¿Qué tipo de verdad se quiere en el proceso?
- b) ¿Tiene reglas para la fase probatoria el debido proceso?
- c) ¿Qué actividad concreta la actividad? ¿es reconstructiva, confirmatoria de las versiones, fija los hechos alegados? ¿Qué obligaciones tienen las partes y el Juez de la causa?
- d) La valoración de la prueba ¿tiene reglas y principios que se acomoden a las nuevas consignas del debido proceso?.

## 3. LA VERDAD EN EL PROCESO

Dijo Genuzio Bentini:

La verdad, la legítima, jamás es aquella que se conoce...Me he convencido de que la verdad no entra en la Sala del tribunal ni tampoco en pleito célebre alguno. Ella se ha quedado siempre en las escaleras o en la calle.

La introducción que luce en el libro de Luigi Battistelli sobre “*La mentira ante los Tribunales*”, es elocuente y marca la desventura y desilusión de quien

lo expresa; si bien es cierto que en la obra se explican las penurias psicológicas y circunstanciales que llevan a mentir como argumento exculpatorio, antes que desarrollar los hechos que las partes proponen en sus escritos postulatorios.

La cuestión de la verdad en el proceso tiene larga tradición en las tribunas de la polémica, que orientada únicamente en los límites del debido proceso, procura resolver si es ésta una finalidad o apenas un medio que intercede en la justificación de las sentencias judiciales.

Cuando se afirma lo primero, y se confronta el lugar y el material de trabajo, comienzan a mostrarse las dificultades para alcanzar el objetivo.

Las alegaciones son la única fuente para conocer los sucesos; no se pueden incorporar otros hechos que no sean los afirmados por las partes; tampoco se pueden llevar a demostración las cuestiones que no son objeto de prueba, como los acontecimientos reconocidos, admitidos, los que gozan de una presunción, o son notorios, etc. etc. Es decir, los hechos objeto de la prueba se relacionan solamente con las afirmaciones efectuadas en los escritos de demanda y contestación.

Por otra parte, si el demandado se allana al proceso, o el actor desiste del mismo, no hay nada que probar, y se dictará sentencia resolviendo el caso sin necesidad de saber qué pasó, ni por qué sucedió que se motivara la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Además, la prueba tiene límites de espacio y de tiempo. La actividad principal se cumple y desarrolla en el expediente y ante los estrados del Tribunal; y en un plazo breve y acotado por los principios de concentración y celeridad.

Con esta argamasa se tendrá que modelar una verdad, posiblemente relativa o difusa, la que ha llevado a la ciencia tradicional a dividir entre una verdad jurídica o formal y una verdad auténtica o real.

La primera sería la que se obtiene y consigue para el proceso; la restante es la que luce en el mundo de los fenómenos reales<sup>2</sup>.

---

2. Dice Taruffo que hay al menos dos tipos de razones por las que el concepto de verdad de los hechos en el proceso es altamente problemático y produce relevantes complicaciones e incertidumbres en el plano de la definición del papel de la prueba en el proceso. El primer tipo de razones hace referencia a la relación que se establece entre la idea de una verdad “judicial” o “procesal” especial, y la idea o las ideas que se tienen fuera del proceso. Esencialmente se trata de saber si hay identidad o analogía entre estas concepciones de la verdad o bien si la verdad en el proceso es realmente particular o especial y, en tal caso, cuáles son las razones de ello y las formas en que aquélla es particular o especial. La cuestión se complica ulteriormente por el hecho de que no es fácil en absoluto establecer qué se entiende por “verdad judicial” y menos aún establecer qué se entiende por “verdad” *tout court*.

Con esta explicación se quedan quienes afirman que la verdad en el proceso no es lo importante, porque en definitiva, si la controversia supone una lucha entre pasiones encontradas, la función del Juez será pacificar esos ánimos en diferencia, o bien, resolver el conflicto entre ambos aplicando el derecho sobre las declaraciones de los hechos.

En definitiva, la sentencia es la máxima expresión de la voluntad del Estado a través de sus Jueces, y el convencimiento sobre la justicia del caso trasciende la verdad encontrada<sup>3</sup>.

### 3.1. Verdad real y verdad formal

A veces, la diferencia trazada entre los tipos de verdades, se reforzó mostrando las realidades del proceso penal, donde era evidente la necesidad de encontrar la verdad sobre la ocurrencia de los hechos, porque el Juez debía estar íntimamente convencido para condenar al procesado; mientras que el proceso civil se conformaba con una verdad más liviana, menos exigente, en la que bastaba persuadir sobre la fundamentación de los hechos y la certidumbre que de ellos surgía. Antes que una cuestión de verdades se trataba se solucionar con verosimilitudes<sup>4</sup>.

En la primera, la verdad sería una realidad a probar; en la otra, la verdad actuaba como simple convencimiento o persuasión. En uno, es un principio, en el otro, apenas un argumento.

La distinción no es útil en la doctrina actual del debido proceso, porque estas ambivalencias trabajan sobre la resignación y no sobre el “derecho a la verdad”, que es la proyección más novedosa del derecho constitucional – o fundamental – a la prueba<sup>5</sup>.

3. Sostiene Carnelutti, firme defensor de ésta teoría, que en cuanto a la posición de la situación de hecho, el Juez en lugar de tener que ajustarse estrictamente a la realidad, ha de acomodarse a las “afirmaciones de las partes”. La afirmación de un hecho es la posición de éste como presupuesto de la demanda dirigida al Juez. Cuando el acto cuya realización se pida al Juez presuponga la existencia de determinado hecho, la petición del propio acto implica la afirmación del mismo: afirmación, se entiende, de su existencia material...Se trata en definitiva, de una búsqueda de la verdad en el caso particular, bajo las reglas que el propio proceso le impone (prueba legal).
4. Calamandrei fue un acérrimo sostenedor de esta idea según la cual se tiene por verdadero aquello que tiene apariencia de serlo, y que probablemente haya sucedido, mientras la actividad desenvuelta por las partes consigan demostrar tales hipótesis.
5. La distinción entre verdad formal y verdad material –agrega Taruffo– es inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de una verdad judicial que sea completamente distinta y autónoma de la verdad *tout court* por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por medio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de límites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtener verdades

Por otra parte, el objetivo de encontrar la verdad difiere cuando se considera con relación al proceso donde se requiere; no tiene igual entidad ni significado buscarla en los procesos inquisitivos, respecto a los sociales o netamente privados. Por eso, la naturaleza del entuerto condiciona el fin probatorio<sup>6</sup>.

Desde otra perspectiva, la *verdad material* se puede reflejar como uno de los objetivos esenciales de cualquier proceso, porque la determinación de los hechos deben ser reales, al ser jurídicamente intolerable que se debata un proceso entre ficciones. Mientras que la *verdad formal* reducida a los hechos probados en la causa, sostiene una justificación de la sentencia que solamente se apoya en la convicción adquirida por la habilidad o la persuasión lograda con los medios y la actividad probatoria.

Para compulsar el valor de este dualismo de la verdad, cabe reflexionar que la ciencia jurídica como tal, es precisamente el conocimiento creado con la investigación. Un proceso recrea el aspecto cognoscitivo de la ciencia, por eso, la verdad no puede resultar un sofisma, y menos aun convalidar que sea un esfuerzo estéril.

El proceso tiene que encontrar la verdad, no “su verdad”, simplemente porque la actividad probatoria no consagra supersticiones, ni bendice ideologías. Como todo trabajo intelectual persigue la exactitud, en eso difiere de las artes, en razón que a éstas no les importa la fidelidad con la realidad.

Con tal vara de medición, podemos razonar una primera lectura, acompañados de la guía jurisprudencial de nuestra Corte Suprema de Justicia: *El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales, pues no se trata de cumplir ritos caprichosos, sino desarrollos de procedimientos destinados al esclarecimiento de la verdad que es su norte*, “Colalillo, Domingo c. España y Río de la Plata Cía. de Seguros”, La Ley, 89-412).

---

absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo. Por otra parte, precisamente la tendencia a reducir la regulación jurídica de la prueba y, en especial, a eliminarla respecto de la valoración que termina directamente con la determinación de los hechos, implica claramente la imposibilidad de individualizar una verdad procesal distinta e independiente de la verdad extraprocesal.

6. Sutil, pero muy precisa, es la distinción que propone Falcón, para quien la prueba debe definir sus objetivos de acuerdo con distintas consideraciones. Hay un *objetivo general* que persigue afianzar la justicia y tener a ésta como un valor absoluto. Aquí la verdad es una meta. Existen, también, *objetivos más abstractos*, que se pueden fraccionar en *realizables*, por ejemplo, sostener que el fin de la prueba es establecer un grado de convicción suficiente para juzgar; *operativos*, o solución específica que esperamos que la sentencia exprese sobre la base de las pruebas producidas. De este encuadre surge, conforme el autor, distintas fases en la búsqueda de la verdad: una puede suceder con la *verosimilitud*, propia de las medidas cautelares; sigue con la *certeza* que normalmente da lugar a la sentencia; y está la fase de la *evidencia* que aparece, claramente, para fundamentar soluciones sin necesidad de usar medios probatorios.



### 3.2. La prueba como fijación de los hechos

El volumen de la verdad es demasiado grande para ubicarlo entre los objetivos de un litigio, tradicionalmente centrado a una lucha entre pretensiones, egoísta en sus exposiciones, acotado en sus posibilidades, y demasiado volátil a sostener la realidad sin que cada parte quiera darle un color preferente.

Además, como la verdad no puede ser un “objeto” al ser antes que ello, una “cualidad”, los hechos que se afirman, y las negaciones que se proponen, trabajan justamente en esa dimensión de lo versátil.

Cuando se afirma que la verdad no es posible se justifica diciendo que al juez se le proporcionan *juicios verdaderos*, esto es, que concuerden con la realidad.

Ese conocimiento de la realidad es lo que Carnelutti define como “fijación de los hechos”<sup>7</sup>.

Con esta tendencia se concreta la idea de una sola versión para la verdad. Carnelutti elimina el mito de la verdad formal, para centrarla en los hechos que con la prueba se determinan. No se refiere al tipo de circunstancias que deben probarse, ni a la apreciación que sobre ellas se ha de realizar, porque estas cuestiones dependen del sistema legal imperante. Con esta regla, el objeto de la prueba persigue la seguridad de encontrar en los relatos y afirmaciones una verdad única que permita llegar a la sentencia componiendo la litis con justicia y razón.

Es evidente que la línea doctrinaria apunta a confirmar que el “juez debe fallar según lo alegado y probado por las partes”, y conforme a ello, a la prueba no le interesa demostrar la verdad de los hechos controvertidos sino “determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos”.

Localizada esta función en la dinámica de un proceso cualquiera, surge rápidamente una conclusión irritante. La fijación de los hechos supondría tanto como

---

7. En el lenguaje común – dice Carnelutti-, *prueba* se usa como *comprobación de la verdad de una proposición*; solo se habla de prueba a propósito de alguna cosa que ha sido afirmada y cuya exactitud se trata de comprobar; no pertenece a la prueba el procedimiento mediante el cual se descubre una verdad no afirmada sino, por el contrario, aquel mediante el cual se demuestra o se halla una verdad afirmada [...] En rigor, pues, la *prueba* debe diferenciarse del *procedimiento empleado* para la verificación de la proposición (afirmada) [...] En este sentido, justo es reconocer que el objeto de la prueba no son los hechos sino las afirmaciones, las cuales no se conocen pero se comprueban, mientras que aquellos no se comprueban, sino que se conocen...Por eso, hay una obligación primera para el Juez: la *obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos queridos por la ley.*

afirmar que la verdad del proceso sería aquella que el Juez establece y que luego constituye con la sentencia<sup>8</sup>.

De manera que la diferencia entre los sistemas de adquisición probatoria pueden cambiar las reglas para la determinación de los hechos, alterando inmediatamente el curso racional de la verdad que se pretende encontrar. La prueba sería el medio para verificar una verdad transformada por la propia inestabilidad de las reglas jurídicas.

En la actualidad, y a pesar de las críticas que Carnelutti recibió, son muchos los autores que basan el objeto de la prueba en la determinación de los hechos. Una de las obras de Montero Aroca afirma que la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a éstas la determinación de los elementos que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esa determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes. La posición se integra al sostener que, la prueba como actividad procesal, tiende a alcanzar la certeza del juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos.

### 3.3. La prueba como actividad destinada a la certidumbre judicial

Esta teoría no se detiene en saber si la verdad es o no un fin del proceso, porque se preocupa más en resolver la seguridad en el tramo final de la actividad probatoria. Se habla aquí de la importancia de “convencer probando”, o de persuadir sobre la verdad de las afirmaciones (*confirmación*, en sentido lato). La finalidad de las partes sería, únicamente, lograr la convicción del Juez<sup>9</sup>.

---

8. Con agudeza había observado Sentís Melendo que la denominada *prueba legal* puede ser una institución distinta, pero nunca afirmar que sea ella *probatoria* propiamente dicho. Si el juez ha de dar a un elemento del proceso, aunque aparezca como probatorio, un valor fijo, determinado, indiscutible, estaremos ante un fenómeno de construcción de la sentencia, de elaboración de la premisa menor del silogismo, pero no estaremos ante un fenómeno probatorio; podrá ser un *sucedáneo de prueba*, pero jamás una prueba; y si el juez puede contemplar los elementos probatorios sin sujeción a ninguna regla de lógica, entonces tampoco estaremos ante un fenómeno de valoración, sino de prescindencia de ella.

9. Jaime Guasp, inspirador – entre otros – de esta tendencia, sostiene que la consideración de la prueba como aquel conjunto de operaciones que tratan de obtener la convicción psicológica del juzgador respecto a un dato procesal determinado, no solamente proporciona una primera idea general sobre el concepto de prueba, sino que permite que nos adentremos con paso relativamente firme en el problema de la naturaleza jurídica de esta institución.

Furno, criticando a Carnelutti, había dicho que si el Estado no tiene interés en que se planteen los juicios, y menos aun que la pacificación del conflicto se consiga a través del proceso, porque el interés superior está en que la desavenencia se elimine de modo y conforme al derecho, el Estado (y por el Estado, sus órganos), cuando la controversia se lleve ante la autoridad judicial, no tiene por qué conocer de la situación preprocesal

La doctrina se puede dividir en dos direcciones: un camino indica que al juez se lo debe persuadir para que se convenza con la prueba arrimada; y otro, se conforma con alcanzar certeza suficiente en el ánimo del juzgador.

De todos modos ambos senderos van unidos, porque se encuentran al tiempo de la valoración. La sentencia que se obtenga determinará los derechos de las partes después de haber logrado suficiente convicción sobre ellos. Certeza sería igual a convicción.

La verdad queda relegada porque en la dinámica del proceso aparece como más trascendente la argumentación desarrollada, donde la versión de los hechos tiene como fin, persuadir al magistrado de las razones que se invocan y defienden. Es una cuestión retórica que, como dice Taruffo, agota completamente el campo del razonamiento jurídico.

En los hechos, la sentencia se convierte en una justificación de la verdad encontrada, aunque ésta no sea cierta; pero como ha logrado inclinar la balanza de la justicia hacia un lado, es suficiente para garantizar la finalidad del proceso, y afianzar la seguridad jurídica<sup>10</sup>.

Adoptar esta teoría como útil a los fines de resolver la actividad probatoria amoldada a las reglas actuales del debido proceso, es por demás riesgoso.

Es cierto que las versiones deben relatar desde una perspectiva propia los hechos tal como sucedieron. Se puede ocultar lo desfavorable, pero no se puede cambiar la circunstancia para darle un significado apropiado a la pretensión propuesta. Con esta mirada, la versión traduce una parte de la verdad: aquella que conviene exponer.

---

de hecho sino en la parte que sea indispensable y suficiente para los fines de la decisión definitiva de fondo. Entra, pues, en juego un criterio elemental de economía, de aplicación universal: el principio del mínimo medio. Ahora bien, en la economía procesal, el medio está representado por la certidumbre histórica. El Juez necesita solamente la *cantidad suficiente* de certidumbre histórica que le permita descubrir la voluntad legal concreta aplicable al caso litigioso. Este concepto puede expresarse sintéticamente con la fórmula: *verdad suficiente*.

10. En un contexto metodológico de este tipo – dice Taruffo –, que parte de una exasperada extensión aplicada al proceso, el problema del juicio de hecho en el proceso asume una formulación peculiar. El elemento más importante está representado por las narraciones (*stories*) de los hechos del caso que los abogados presentan al Juez. Estas narraciones son las referidas a las formas, es decir, a la claridad, la coherencia, la completud, la concordancia con el sentido común. Esto se explica en la medida en que la finalidad de estas *stories* es la de persuadir al juez: en efecto, tiene razón el abogado que persuade al juez para que adopte su *story* como fundamento de la decisión. Por ello, los aspectos más relevantes del proceso son los referidos a las tácticas persuasivas con las que los defensores intentan atraer hacia sus posiciones la decisión final del juez influenciando o condicionando su adhesión a una u otra *story*.

La razón por la que el problema de la verdad de los hechos resulta irrelevante en un contexto como éste es muy clara y se remonta a la característica peculiar de la retórica como arte de la persuasión.

Pero no se pueden eludir otros inconvenientes: uno es el *lenguaje jurídico*, que determina significados confusos al sentimiento y percepción del hombre común. Hay una dimensión del discurso que pone en la narración adaptaciones lingüistas propias del mundo jurídico (v.gr.: la exposición de una demanda afirma hechos que pueden ser negados, produciendo una confusión entre la realidad y sus efectos. Si afirmo que conducía atento al tránsito y no obstante se produce una colisión entre automotores; el relato de quien sostenga la atención, podrá diferir respecto del que diga o sostenga la culpa, a pesar de referirse ambos al mismo hecho).

El segundo problema está en que *los medios* para llevar al Juez a que adopte una línea argumental, padece de las propias limitaciones del sistema, de manera que una sentencia puede sostener que no logró la convicción necesaria y rechazar la pretensión por falta de prueba; o aducir que los hechos probados no son esenciales ni trascendentes para persuadirlo sobre la verdad de lo afirmado; o bien, aceptar una versión y darla como probada sobre la base de ficciones procesales como la rebeldía, la convalidación de actos irregulares, la admisión tácita de traslados no contestados, etc. En suma, el realismo del proceso se difumina totalmente y hasta se podría sostener sin equívocos que, con esta línea, se consagra la imposibilidad de lograr del proceso conocimientos verdaderos<sup>11</sup>.

El tercer obstáculo se encuentra en las proyecciones de la *prueba legal*, en el sentido de producir razonamientos impuestos por aplicación de presunciones legales o judiciales que tiene suficiente fuerza prescriptiva para determinar una consecuencia de derecho (v.gr.: no se puede discutir sobre la paternidad del hijo habido en el matrimonio).

No obstante, no todo es desechable, porque la teoría sirve para dejar centrado que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes que resultando controvertidos en sus versiones, necesitan encontrar la verdad para aplicar a ella los efectos jurídicos correspondientes.

En este territorio, la relación entre prueba y verdad se confunde con el resultado. Mientras que, en la consideración de las reglas a establecer en la etapa probatoria, la verdad que nos interesa encontrar se posiciona como actividad oportuna de las partes y, ocasionalmente, del Juez.

---

11. Ferrer Beltrán dice que puede ocurrir que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos.

Por eso, el método de debate no se discute, pero queda latente hasta donde las partes están compelidas a decir la verdad en sus narrativas, punto que veremos más adelante.

### 3.4. Síntesis de las tendencias

Si fuera posible recapitular cada tendencia, se podrán encontrar utilidades en ellas como despojos inmediatos. Es evidente que en todas persiste la confusión sobre el destino de la verdad; unos entienden que no tiene sentido buscarla cuando el proceso trabaja sobre versiones que, por la sistemática, se han de confirmar o descartar. Otros, aun afirmando la necesidad de laborar con verdades como un fin tuitivo de la justicia, aceptan que ella tiene explicaciones poco científicas, para culminar en sentencias que se justifican por la certidumbre alcanzada<sup>12</sup>.

Si nosotros pretendemos marcar hipótesis que orienten reglas en la etapa probatoria, solamente podremos referirnos a la actividad de las partes y a la función judicial, porque el problema de los medios se traza únicamente respecto a la disponibilidad (al no poder aplicarse las pruebas ilegítimamente adquiridas; o las viciadas por cuestiones conexas; etc.), y el aspecto de la valoración concilia mejor con el capítulo de la fundamentación de las resoluciones judiciales.

De este modo, determinar si la verdad es un objetivo parece ineludible porque de ello dependen las reglas y principios a bosquejar para el debido proceso. Con distinto enfoque se podrá afirmar que, siendo el proceso en sí mismo un conjunto de reglas que disponen un método para el debate; como juego que es tiene fórmulas que parten de ser conocidas y aceptadas por las partes, de manera que cambiarlas por fines puristas, puede resultar un contrasentido y hasta inconstitucional por naturaleza.

Sin embargo, no es ésta última nuestra opinión.

Vamos a reconocer que el planteo dialéctico se presenta sinuoso al tolerar que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; también

---

12. Debe observarse – dice Taruffo – que la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición jurídica de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto, y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presenta de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es necesaria de cualquier solución justa de un conflicto. Desde este punto de vista se puede decir que el principio de verdad de los hechos no identifica una ideología específica del proceso y, en cambio, representa una suerte de dato constante que resurge en todas las ideologías que conciben algún tipo de decisión justa como finalidad del proceso.

podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema (aporte de los hechos por las partes; congruencia del Juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (v.gr.: las presunciones *juris et de jure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (v.gr.: cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia<sup>13</sup>.

Superadas estas consignas sostenidas por paradigmas afianzados y sin rebatir, pareciera que luce cierta hipocresía en la lucha por conseguir la verdad, pero sin poner esfuerzo en la técnica para alcanzarla. “*Quiero que el Juez haga justicia y determine la verdad de los hechos, siempre y cuando no hostigue con su pretensión las reglas inalterables del discurso y el método*”.

Ahora bien, ¿cómo imponer la verdad si el proceso comienza con retaceos provocados por la disponibilidad de los hechos? ¿porqué sostener que solamente algunos hechos deben probarse, si se pretende saber todo lo ocurrido, para poder dictar sobre ello una sentencia justa? ¿porqué establecer que el esfuerzo probatorio depende solo de quien afirma, cuando el debate necesita de coincidencias?.

---

13. En el fondo del planteo no deja de ser cierta la advertencia que formula Ferrer Beltrán, cuando dice que la distinción entre “ser verdadero” y “ser tenido por verdadero”, permite dar cuenta de los problemas que llevaron a la distinción entre verdad material y verdad formal, sin presentar los inconvenientes que suscita esta última y, especialmente, sin multiplicar las nociones de verdad. Además, se pone el acento en que no se trata de que “existan” distintas verdades, sino más bien de la diferencia entre la verdad de una proposición, que no es dependiente de ningún sujeto que la exprese, y la actitud mental de un sujeto, en este caso, el juez respecto de la verdad de la proposición.

Para todo ello es necesario encontrar respuestas previas a dos consignas:

- 1) ¿Existe un deber de decir verdad en el proceso?
- 2) Si existe, ¿cuáles son los hechos que se deben probar? Para saber en definitiva, cuál es la actividad que disponen partes y jueces, aplicando para el objetivo, principios y reglas que delimitan un nuevo sentido y encuadre al debido proceso.

#### **4. LA VERDAD EN EL PROCESO, EN REALIDAD, ES LA VERDAD DE LOS HECHOS**

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, solamente ese proceder significaría actuar de buena fe; a *contrario sensu*, todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad<sup>14</sup>.

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de ataque como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como una aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

---

14. Según Furno, las cuestiones principales de este tema son dos: la primera se refiere a la “verdad”; la segunda al “deber”. Decir la verdad. Bien. Pero ¿qué verdad?. Establecer un deber. Bien. Pero ¿qué deber?. Ambas cuestiones se han presentado en la mente de numerosos escritores, y la rica literatura que sobre el tema se ha formado, rápida y recientemente, ofrece tal cosecha de observaciones que produce múltiples facetas.

#### 4.1. Historia breve de la verdad en la prueba

En materia probatoria, la exigencia de decir verdad fue severa y en las fórmulas de juramento, se daban a conocer las consecuencias según la clase de personas y según fuera su religión o estado.

La Ley XIX, título II, Partida 3, decía:

Los cristianos así juraban: Vos me jurades, por Dios padre, que fizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesú Christo, su fijo, que nació de la Virgen Gloriosa Santa María, e por el Espíritu Santo, que son tres personas e un verdadero Dios, e por todos los Santos Evangelios que cuentan las palabras e los fechos de Nuestro Señor Jesú Christo diga que jura por aquella Cruz...

Los judíos debían prestarlo en la sinagoga poniendo la mano sobre la Tora

[...] en que fazen la oración y esta forma: Juras tu Fulam judío, por aquel Dios que es todopoderoso sobre todos e que creo el cielo y la tierra e todas las otras cosas. E que dizo no jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que fizo Adam el primero ome, el le puso en el parayso e la mando que non comiese de aquella fruta, que el le vedó, e porque comio della, ben responder Juro e de si, devele decir, que si falta a la verdad – en nondice en aquella razón, lo que jura que vengán sobre él todas las llagas que vinieron sobre los de Egipto e todas las maldiciones de la Ley que son puestas contra los que desprecian los mandamientos de Dios. E todo esto deve responder de una vez, amen, sin refrecta ninguna así como diximos en la ley antes desta.

También las Leyes de Partida requerían que en la demanda se introdujera un párrafo que dijera: “*Juro lo necesario...*” por el que se entendía prestado el juramento de calumnia, aquí conocido como juramento de “mancuadra”.

José de Vicente y Caravantes agrega que:

llamóse este juramento de calumnia, porque calumnia en las causas civiles no es otra cosa que vejar o molestar a otro con pleitos infundados o fraudulentos, y en los criminales, con la imputación de delitos supuestos, pues la palabra calumnia viene de calvendo o cavilando y significa fraude e inutilidad en los pleitos, como nota Cayo en la Ley si Calvitur, 233, al Princ.. Dig. De V.S. llamóse en España juramento de la mancuadra, esto es, de la mano cuadrada por prestarse sobre cinco artículos; así como la mano que es cuadrada o acabada, dice la Ley 23, tít. II Part. 3, ha en sí cinco dedos.

La promesa versaba sobre cinco puntos: 1º) la creencia de encontrarse asistido de derecho; 2º) que cada afirmación sería expresión concreta de verdad; 3º) que no se utilizarían en el proceso falsas prueba ni excepciones maliciosas; 4º) que no se valdría de actitudes de soborno, promesa o garantía hacia el juez para ganar



el pleito; 5º) que la demanda no perderá en términos maliciosos en perjuicio de su contrario.

La misma exigencia reposaba en el demandado, pero si éste se negaba a cumplirlo, se le daba por perdido el pleito<sup>15</sup>.

La Ley de Enjuiciamiento española nada dijo respecto de la obligación de decir verdad en el proceso; tampoco se refirió a la prestación de juramento como requisito introductorio a la instancia judicial.

Sin embargo, la práctica llevó a dejar subsistentes las disposiciones de las Leyes de Partidas, interpretación que puede afirmarse en la reformulación que se le da al juramento para ciertos actos jurídicos que debían cumplirse en el proceso.

Del mismo modo, como se mantuvo la costumbre de sostener la fórmula de prestar declaración en la prueba de confesión, el juramento, como medio de prueba tendiente a provocar la verdad real en el proceso, se consideró presente a pesar de la omisión legal<sup>16</sup>.

A fines del siglo XIX, el Código de Procedimiento Alemán (1877) regla un expreso deber de veracidad, que se incorpora al Código de Procedimientos Civil en octubre de 1933.

Por entonces, el Código Austriaco había llegado a convulsionar el ambiente de morigeración que iba ganando la época. El art. 178 dispone:

“Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones; pronunciarse con claridad sobre las observaciones y pruebas

15. Agrega Caravantes, que podía solicitarse en el curso del proceso, respecto de un acto procesal específico, pero si las partes no pedían el juramento no se anulaba por su defecto en el proceso. Y en la práctica rara vez se pedía ni se prestaba con la solemnidad referida, entendiéndose hecho en virtud de la cláusula que se ponía en la demanda: juro lo necesario.
16. Couture, entiende que el origen de nuestros antecedentes está en la Real Cédula de Aranjuez, de 1794 que, al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases del procedimiento civil y comercial, consignó que era deber actuar en el proceso “a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”. Agrega más adelante que:

*...cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos textos. Podría decirse que no existió una sola fuente de la codificación de nuestros países que se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir verdad.*

ofrecidas por el adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario<sup>17</sup>.

La sanción del Código Italiano en 1940 ofreció una novedad revolucionaria. La figura inerte del Juez cobraba vida y fuerza propia para dirigir el proceso e investigar la verdad real procurando que las partes, en el debate de sus respectivas afirmaciones, conservaran el buen comportamiento y se respetaran sobre la base del principio de lealtad y probidad.

La moralidad procesal desplazaba el deber de veracidad o, al menos, no lo exigía como obligación.

Nuestro país, con la ley 14.237 y las dictadas sucesivamente siguieron esta tendencia, que es la que rige actualmente.

#### **4.2. La obligación de decir verdad sin texto que obligue**

Si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede colegirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas.

Sin embargo, parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto.

Veamos por qué.

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

---

17. Grossmann sostiene que la influencia de esta disposición se hizo sentir en otros códigos europeos como el húngaro de 1911; los Códigos Cantonales Suizos; el yugoslavo de 1929; la nueva ley procesal polaca de 1930; el Código Procesal Soviético de 1923; etc.

Las instituciones nacionales, en cambio, mantuvieron los principios comentados en la ley de enjuiciamiento Civil española, si bien los Proyectos de Lascano y García tomaban partido sancionando el deber de veracidad como disposición a cumplir.

El proyecto del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (1935), decía en el art. 25: "Es deber de las partes, sea que interpongan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad". El Proyecto García, en su art. 14 dispuso: "Es deber de las partes, sea que intervengan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad".

Si ahora el Juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con arteria, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: *el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad.*

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptarían la mentira en el pleito.

Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas<sup>18</sup>.

18. Al respecto decía Carnelutti:

*“La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción...”*

*El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la “machinatio” y, los franceses, a propósito de la estafa, la “mise en scène”*

Ideas que reitera en su famoso estudio “*Contra el proceso fraudulento*”, donde destacó que:

*“...bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero”.*

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el Juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique los entendimientos de la verdad o de la mentira.

Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of court* previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el Juzgado.

### 4.3. Alcance del deber de veracidad

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones <sup>19</sup>.

---

19. Con relación a los primeros – dice Peyrano –, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente. Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad – agrega

La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo.

Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austriaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos<sup>20</sup>.

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.

La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales.

Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad – que a veces se constituye en un estado ideal – al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al Juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

---

– “se exige no solamente con respecto a los hechos controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno”, estableciendo solo una restricción: “La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio”.

20. Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba.

Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

#### 4.4. Sujetos obligados a decir verdad

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad?

Casi de inmediato se respondería que: todo los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad.

Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado “deber” *debe ser* plenamente satisfecho por todos quienes concurren al proceso.

Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas<sup>21</sup>.

---

21. Si varios declarantes afirman un mismo suceso que pasó por sus sentidos, ello permite atribuirles veracidad, máxime cuando aducen el acontecimiento esencial como directamente conocido. De ahí que la aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal por falso testimonio (art. 275, Cód. Penal y 449, Cód. Procesal), la que les fue impuesta al declarar y al jurar decir la verdad (art. 440, Cód. Procesal), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442, Cód. cit.), pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiere incurrir el testigo, o su falta de comprensión de los hechos (CNCiv., Sala C, abril 16/991, DJ, 1992-1-64).

Del juego de los arts. 163 y 280 del Cód. de Proced. en Materia Penal no puede deducirse un permiso al cónyuge para mentir en una declaración testimonial, sino que teniendo incólume el bien jurídico de la buena administración de justicia, se trata de que sus dichos veraces o su silencio no puedan en ningún caso ser valorados por el juez en contra del esposo. (Del voto en disidencia del doctor Cattani) (CNFed. Crim. Correc., Sala II, agosto 30/989, in re: *Dunayevich de Martínez*, Ana M, DJ, 1990-2-567).

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que “diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad”. Pueden existir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como, si la declaración lo implica personalmente, corriese el riesgo de someterlo a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismo, o esté amparado por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tiene una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos.

A ellos no les exige decir verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empece a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración <sup>22</sup>.

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (v.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente – con la intención de perjudicar los intereses del peticionante –, existirá responsabilidad objetiva – civil – por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

---

22. Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés.

En general la situación se presentan como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Por una parte – dice Grossmann –, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicionalmente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión.

Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada. Es cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiera un serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterara el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones<sup>23</sup>.

---

23. Es profunda la reflexión que medita Lega en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral.



## 5. BIBLIOGRAFÍA

- CARNELUTTI, Francesco, **La prueba civil**, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Sistema de derecho procesal civil**, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.
- Cappelletti, Mauro, **La oralidad y las pruebas en el proceso civil**, editorial Ejea, Buenos Aires, 1972.
- Couture, Eduardo J. **Estudios de derecho procesal**, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (tomo III).
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, **Teoría General de la prueba judicial**, editorial ABC (5ª), dos volúmenes, Bogotá, 1995.
- DE VICENTE Y CARAVANTES, José, **Tratado histórico, crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española**, tomo II, editorial Gaspar y Roig, Madrid, 1856.
- FALCÓN, Enrique Manuel, **Tratado de la prueba**, editorial Astrea, dos volúmenes, Buenos Aires, 2003.
- FURNO, Carlo, **Teoría de la prueba legal**, traducción de Sergio González Collado, editorial Obregón y Heredia, México, 1983.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, **Prueba y verdad en el derecho**, editorial Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.
- KIELMANOVICH, Jorge L., **Teoría de la prueba y medios probatorios**, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.
- GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo, **Derecho Procesal Constitucional – Amparo**, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Procesal Constitucional – Corpus Data. Protección de Datos Personales**, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Procesal Transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992.
- \_\_\_\_\_. **La conducta en el proceso**, editorial Platense, La Plata, 1988.
- \_\_\_\_\_. **La prueba de confesión por el Estado**, en Rev. La Ley, 1984-D, 626
- \_\_\_\_\_. **Temeridad y malicia en el proceso**, editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2002.
- GROSSMANN, Kaethe, **El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles**, Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina.

GUASP, Jaime, **Estudios jurídicos**, edición al cuidado de Pedro Aragoneses, editorial Cívitas, Madrid, 1996.

MONTERO AROCA, Juan, **La prueba en el proceso civil**, editorial Cívitas, Madrid, 1996.

PEYRANO, Jorge Walter, **El proceso civil**, editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

PICO I JUNOY, Joan, **El derecho a la prueba en el proceso civil**, editorial Bosch, Barcelona, 1996

RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto – Rodríguez, María Carolina, **Derecho probatorio**, editorial Ciencia y Derecho (7ª), Bogotá, 1997.

SENTÍS MELENDO, Santiago, **La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio**, editorial Ejea, Buenos Aires, 1990.

TARUFFO, Michele, **La prueba de los hechos**, editorial Trotta, Madrid, 2002.

## DISSERTAÇÕES E TESES DEFENDIDAS (1980-2006)

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	Juízo 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 Uso 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 Menezes 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 (1980-2006)

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 Recurso 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 (1980-2006)

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 <i>Jus Postulandi</i> 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 e L. 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	Leonardo 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
127	Julio Cezar Lemos Travessa	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia	11.01.2006
128	Lízea Magnavita Ma.	O Lado Oculto da Compreensão Jurídica: um Estudo sobre os Pressupostos Teóricos da Hermenêutica Filosófica e sua Influência na Interpretação dos Direitos Sociais.	Saulo Casali Bahia	26.01.2006



Dissertações e teses defendidas (1980-2006)

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
129	Nilson Roberto da Silva Gimenes	O Direito de Objeção de Consciência às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia	03.02.2006
130	Clodoaldo Silva da Anunção	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Trindade	06.02.2006
131	Jaime Barreiros Neto	A Importância da Fidelidade Partidária para a Consolidação da Democracia Brasileira	Saulo Casali Bahia	17.02.2006
132	Mauricio Souza Sampaio	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia	17.02.2006
133	Pedro Leonardo Summers Caymmi	As Concepções de Segurança Jurídica e suas Implicações na Delimitação da Tipicidade da Norma Tributária	Edvaldo Brito	13.03.2006
134	Perpetua Leal Ivo Valadão	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahim	12.05.2006
135	Sara de Almeida Borges	Relação Jurídico Constitucional dos Valores Antropológicos e dos Valores Ecológicos na CF/88.	Maria Auxiliadora Minahim	12.05.2006
136	Pedro Pessoa Lepikson	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier	17.05.2006
137	Ivana Carla C. de Macedo Senna	O Dever de Informar na Relação Médico-Paciente – Reflexões acerca da Humanização das Práticas Médica, num Contexto Brasileiro à Luz da Bioética	Monica Neves Aguiar	25.05.2006
138	Belmiro Vivaldo Santana Fernandes	O Dano Moral por Discriminação a Pessoas em decorrência de Orientação Sexual.	Monica Neves Aguiar	25.05.2006
139	Erica Vericia de Oliveira Canuto	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves	30.05.2006
140	Mauricio Dantas Góes e Góes	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e seu Déficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	21.06.2006
141	Carlos Martheo C. Guanaes Gomes	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia	30.06.2006
142	Ludmyla Franca	Entre o Nihilismo e a Utopia: a Busca Pela Dignidade da Política em um Diálogo com as Idéias de Hannah Arendt	Saulo Casali Bahia	05.07.2006
143	Rodrigo Moraes	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura	06.07.2006
144	Antonio Adonias Aguiar Bastos	Natureza Jurídica da Decisão Lastreada no Art.273,& 6º, do CPC: Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurídica ou Resolução Parcial do Mérito?	Rodolfo Pamplona Filho	19.07.2006
145	Jose Amando Júnior	Efeito Reflexo Constitucional: Estudo de Caso Sobre a Racionalidade e o Sistema Jurídico na Pós-Modernidade	Saulo Casali Bahia	21.09.2006
146	Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira	06.10.2006
147	Soraya Santos Lopes	Dimensão Coletiva da Moradia: uma Proposta Dogmática Visando a Efetividade de suas Políticas Públicas	Edvaldo Brito	13.11.2006

<b>Nº</b>	<b>AUTOR</b>	<b>DISSERTAÇÃO</b>	<b>ORIENTADOR</b>	<b>DATA DA DEFESA</b>
148	Livia Maria e Sant'ana	Ações Afirmativas: Aplicação às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito	13.11.2006
149	Joseane Suzart Lopes da Silva	Aumentos Abusivos das Mensalidades dos Planos de Saúde: Transgressão à Boa Fé e à Função Social do Contrato	Monica Neves Aguiar	14.11.2006
150	Antonio Carlos Paula de Oliveira	O Exercício Abusivo do Direito à Intimidade pelo Empregado no Caso de Revista Pessoal	Jonhson Meira	16.11.2006
151	Wagner Mota Alves de Souza	A Teoria dos Atos Próprios: Esboço de uma Teoria do Comportamento Contraditório Aplicada ao Direito	Washington Trindade	16.11.2006