

**Revista do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal da Bahia**
Homenagem ao Prof. Edvaldo Brito



**Revista do Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal da Bahia**
Homenagem ao Prof. Edvaldo Brito

Nº 14 • Ano: 2007.1
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), Jainaina 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 Marioni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Paulo Cesar Santos Bezerra (UUU); 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 Palácios (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 JUNHO DE 2007

COLEGIADO DO CURSO – 2007

01. *Coordenadora*: Mônica Neves Aguiar da Silva
02. *Vice-Coordenador*: Paulo Roberto Lyrio Pimenta
03. *Representantes Estudantis do Mestrado*: Jailson de Souza Correa e João Alves de Almeida Neto
04. *Representante Estudantil do Doutorado*: Sebastian B. de Albuquerque Mello

PROFESSORES DO PROGRAMA – 2007

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. Jonhson Meira dos Santos
09. Heron José de Santana
10. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
11. Manoel Jorge e Silva Neto
12. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
13. Marília Muricy Machado Pinto
14. Mário Figueiredo Barbosa
15. Mônica Neves Aguiar da Silva
16. Mário Rodrigues Barbosa
17. Nelson Cerqueira
18. Paulo César Santos Bezerra
19. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
20. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
21. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
22. Saulo José Casali Bahia
23. Washington Luiz Trindade
24. Wilson Alves de Souza

LISTA GERAL DOS ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – 2007

1. Ademar Arlindo Gume Tembe
2. Adilson Cunha Silva
3. Adrianne Monica Oliveira Souza
4. Adriano Carvalho Ahringsmann
5. Agenor de Souza Santos Sampaio Neto
6. Alexandre Gentil de Corte-Real Araújo
7. Ana Maria Maciel Bittencourt Passos
8. Atila Djawara Moreira Ferreira
9. Bianca da Silva Alves
10. Carlos Frederico Guerra Andrade
11. César Cintra Fonseca
12. Claudio dos Passos Souza
13. Cristiano Miranda Santana
14. Daniel Nicory do Prado
15. Deivid Carvalho Lorenzo
16. Durval Carneiro Neto
17. Elayne Leal de Oliveira
18. Elke Braid Petersen Fraga
19. Emmanuela Vilar Lins

20. Erica Rusch Daltro Pinto
21. Eugenio de Souza Kruschewsky
22. Flávio França Daltro
23. Geder Luiz Rocha Gomes
24. Gustavo Cunha Prazeres
25. Ilzver de Matos Oliveira
26. Irena Carneiro Martins
27. Jailson de Souza Correa
28. João Alves de Almeida Neto
29. João Glicerio de Oliveira Filho
30. Jose Antonio Ferreira Garrido
31. José Reis Neto
32. Juvenal José Duarte Neto
33. Kaline Ferreira Davi
34. Laura Vasconcelos Neves da Silva
35. Leandro Lopes Pontes Paraense
36. Luciano Lima Figueiredo
37. Manoel Carlos de Almeida Neto
38. Maurício de Melo Teixeira Branco
39. Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz
40. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
41. Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho
42. Nestor Nêrton Fernandes Távola
43. Patricia da Costa Santana
44. Paula Sarno Braga
45. Priscila da Mata Cavalcante
46. Renata Figueirêdo Brandão
47. Ricardo Brito Ávila
48. Roberto Lima Figueiredo
49. Rodrigo Andres Jopia Salazar
50. Roseli Rego Santos
51. Rosmar Antonni R. Cavalcanti de Alencar
52. Salomao Resedá
53. Samuel Santana Vida
54. Sérgio Neeser Nogueira Reis
55. Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves
56. Tangre Paranhos Leite Oliveira
57. Tiago Batista Freitas
58. Urbano Félix do Bomfim Neto
59. Valdir Ferreira de Oliveira Junior
60. Vinicius Cardona Franca

LISTA DOS ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2007

1. Deraldo Dias de Moraes
2. Flavia Moreira Pessoa
3. Johnson Barbosa Nogueira
4. Marco Aurélio de Castro Júnior
5. Ricardo Maurício Freire Soares
6. Sebastián B. de Albuquerque Mello
7. Yuri Carneiro Coelho
8. Cesar de Faria Junior
9. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
10. Leonardo Touchetto Pauperio
11. Maria Elisa Villas-Boas P. de Lemos

SUMÁRIO

Apresentação: Algumas palavras em homenagem ao Professor Edvaldo Brito	13
<i>Dirley da Cunha Júnior</i>	
Homenagem ao Prof. Dr. Edvaldo Brito	17
<i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
Discurso de posse da Profa. Mônica Aguiar na função de Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia	23
Artigos do Corpo Docente	
I CLONAGEM: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A SOBREVIVER?	29
<i>Maria Auxiliadora Minahim</i>	
1. Clonagem como alternativa para superação da fragilidade humana	30
2. Clonagem terapêutica e estado de necessidade	32
3. Clonagem reprodutiva, dignidade humana e autonomia	38
4. Tratamento jurídico	42
5. Considerações finais	46
II O ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA. UM DIREITO FUNDAMENTAL	49
<i>Paulo César Santos Bezerra</i>	
1. Introdução	49
2. Considerações iniciais sobre o acesso aos direitos e à Justiça	50
2.1. Origem das discussões sobre o acesso aos direitos e à justiça	51
3. O acesso aos direitos e à Justiça no mundo contemporâneo (algumas amostragens)	53
3.1. Dimensão parcial do fenômeno (ou do problema) e soluções reducionistas	59
4. O acesso aos direitos e à Justiça como direito fundamental	60
5. Considerações finais	66
6. Referências bibliográficas	67
III JUSTIÇA DO TRABALHO E COMPETÊNCIA PENAL DE LEGE LATA E DE LEGE FERENDA	71
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	
<i>Sérgio Waly Pirajá Bispo</i>	
1. Introdução	72
2. Origem, evolução e vocação da Justiça do Trabalho	73
3. Uma questão de adequação e efetividade	83
4. O juiz do trabalho e a ação penal	86
5. Operacionalização da nova competência	88
5.1. Modificações legislativas necessárias	88
5.2. Processo penal x processo do trabalho	89
5.3. Aumento de competência e estrutura da Justiça do Trabalho	91
5.4. O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria da União	92
6. Considerações finais	93
Referências	94

IV RECONSTRUINDO O DIREITO CIVIL A PARTIR DO DIREITO AMBIENTAL: CONTRATO, BENS, SUJEITO	97
<i>Roxana Cardoso Brasileiro Borges</i>	
Introdução	97
1. O contrato	100
1.1. O contrato no Direito Civil	100
1.2. O contrato no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental	108
2. Os bens	113
2.1. Os bens no Direito Civil.....	113
2.2. Os bens no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental	115
3. O sujeito.....	119
3.1. O sujeito no Direito Civil.....	119
3.2. O sujeito no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental	121
Conclusão.....	126
Referências.....	127

Artigos do Corpo Discente

V O EMBATE DOS ANSEIOS FUNDAMENTAIS DE JUSTIÇA E SEGURANÇA NO RACIOCÍNIO JURÍDICO	131
<i>Flávia Moreira Guimarães Pessoa</i>	
1. Introdução	131
2. Evolução da idéia de justiça	132
2.1. A Idéia de Justiça na Filosofia Grega.....	132
2.2. A Idéia de Justiça na Idade Média: O Pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino.....	134
2.3. A Justiça na Idade Moderna: Hobbes, Rousseau e Kant	135
2.4. A Idéia de Justiça em Autores Contemporâneos	138
2.5. A amplitude da Idéia de Justiça: As Sistematizações de Alf Ross e Perelman	141
2.6. Afinal, o que é justiça?	142
3. A Segurança Jurídica e o confronto com a idéia de Justiça.....	143
3.1. O Embate entre os Valores Justiça e Segurança Jurídica nas discussões atuais.....	144
4. Conclusão	146
5. Referências bibliográficas.....	147

VI LICITAÇÕES PÚBLICAS: A LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRABALHO EM CERTAMES	151
<i>Francisco Bertino Bezerra de Carvalho</i>	
1. Introdução	151
2. Os conceitos.....	152
2.1. A sociedade cooperativa de trabalho.....	152
2.2. A licitação pública.....	154
2.2.1. Princípios que norteiam a Administração Pública	155
3. As cooperativas e o princípio da isonomia	159
4. As cooperativas e o princípio da legalidade	163
5. Conclusão	168
Referências.....	169

VII O DECLÍNIO DA LEI E A ASCENSÃO DOS PRINCÍPIOS NA DOCTRINA DAS FONTES DO DIREITO	171
<i>Sebástian Borges de Albuquerque Mello</i>	

Sumário

1. O surgimento histórico da doutrina das fontes do Direito.....	171
2. O primado da legalidade. O constitucionalismo escrito. As grandes codificações.....	174
2.1. O jusracionalismo e a primazia da lei	174
2.2. O constitucionalismo escrito	179
2.3. A legitimidade da lei	181
3. Crise normativa na sociedade contemporânea. Novos paradigmas. Lei em declínio?.....	183
3.1. A descodificação e o “big bang” legislativo	186
3.2. As interferências do Executivo na esfera legislativa	188
4. A “era dos princípios”. Novo paradigma normativo	191
4.1. O Papel do Poder Judiciário. Modelo tridimensional	191
4.2. Os Princípios Jurídicos como fontes normativas	194
4.3. Princípios e regras	197
5. Conclusão	199
6. Referências	202

VIII A TÓPICA DE VIEHWEG E A NOVA RETÓRICA DE PERELMAN: CONTRIBUIÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO E APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL.....

<i>Elayne Leal de Oliveira</i>	
1. Introdução	207
2. A tópica de Viehweg.....	209
2.1. Breves comentários da tópica de Vico, Aristóteles e Cícero.....	210
2.2. Viehweg e sua definição de tópica	212
3. A teoria da argumentação e Chaïm Perelman.....	217
3.1. A argumentação e a adesão dos espíritos	218
3.2. O acordo, a escolha dos dados e sua apresentação como pontos de partida da argumentação	221
3.3. As técnicas argumentativas	224
4. A argumentação jurídica: o uso da tópica e da argumentação na prática jurídica	229
4.1. Exemplo de aplicação pelo STF da Argumentação jurídica e da tópica	231
5. Conclusão	234
6. Referências	236

IX UM DIÁLOGO ENTRE GADAMER E ROSS.....

<i>Eugênio Kruschewsky</i>	
<i>TOMO I: PARA CONHECER ALF ROSS.....</i>	238
1. O corte epistemológico.....	238
2. Teoria da norma	240
3. A interpretação do direito	241
3.1. Caracterização da interpretação	244
3.2. O papel contributivo do intérprete – a natureza de sua atividade	244
<i>TOMO II: PARA CONHECER AS PRINCIPAIS IDÉIAS DE GADAMER QUE AFETAM O PENSAMENTO DE ROSS</i>	247
1. Introdução e Metodologia.....	247
2. Síntese Biográfica	247
3. Principais idéias de Hans-Georg Gadamer, com ênfase nas que possam relacionar-se com os ensinamentos de Alf Ross.....	248
3.1. A valorização da pré-compreensão e a reabilitação do preconceito	248
3.1.1. Paralelo com Ross	250
3.2. O problema do método.....	250

3.2.1. Paralelo com Ross	251
3.3. A história efetual como princípio	252
3.3.1. Posição de Ross	254
3.4. A reconquista do problema fundamental da hermenêutica: a aplicação	254
3.4.1. Cotejo com o pensamento de Ross	256
3.5. O papel do intérprete jurídico: criação e praticidade	256
3.5.1. Comparação com Ross	257
3.6. O conceito de experiência e a essência da experiência hermenêutica	258
3.6.1. Cotejo com o magistério de Ross	260
3.7. A linguagem	260
3.7.1. Paralelo com Ross	262
3.8. Universalidade da hermenêutica	263
3.8.1. Cotejo com o magistério de Ross	263
4. Conclusão	263
Referências	264
X FLEXIBILIZAÇÃO DAS BASES CLÁSSICAS DO DIREITO PENAL NA CRIMINALIDADE ECONÔMICO FINANCEIRA	265
<i>Juliana Pinheiro Damasceno e Santos</i>	
1. Introdução	266
2. A Precipitação do Legislador Penal <i>versus</i> O Princípio da Intervenção Mínima (<i>Ultima Ratio</i>)	268
3. A Vulneração dos Princípios da Legalidade e da Taxatividade	270
4. A Conformação da Tipicidade Penal na Criminalidade Econômica: Tipos Abertos; Normas Penais em Branco e a Questão da Técnica do Reenvio	271
5. A Antecipação da Punibilidade e a Questão dos Crimes de Perigo Abstrato	275
6. A Proteção Penal conferida a Bem-Jurídico Difuso e a Problemática da Vitimização	278
7. O Problema da Imputação Individual, O Princípio da Culpabilidade e a Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica	285
8. Conclusão	292
9. Referências	293
XI BREVE ANÁLISE ACERCA DO NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL	297
<i>Lauricio Alves Carvalho Pedrosa</i>	
1. Introdução	297
2. Peculiaridades da responsabilidade civil ambiental	298
3. Nexo de causalidade. Noções gerais	300
4. As dificuldades existentes na fixação do nexo de causalidade no dano ambiental e a necessidade de criação de um novo critério jurídico	303
5. O problema das excludentes do nexo causal no Direito Ambiental	307
5.1. O caso fortuito e a força maior	308
5.2. Fato exclusivo da vítima	311
5.3. Fato de terceiro	312
6. Conclusão	314
Referências	315
XII POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO	317
<i>Leandro Lopes Pontes Paraense</i>	

Sumário

1. Considerações Preambulares	317
2. Dimensões da Sexualidade Humana.....	321
3. Orientação Sexual.....	324
4. Origem e Panorama Atual do Casamento.....	325
5. Casamento Homoafetivo	327
6. Conclusão	332
Referências	333

XIII O PAPEL DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL: UM ESTUDO ACERCA DO BEM JURÍDICO

Luciano L. Figueiredo

1. Breve Intróito.....	336
2. O Contexto Pós-Industrial: O Papel do Direito Penal Pós-Moderno	338
3. O Bem Jurídico Penal	342
3.1. Abordagem Histórica	343
3.2. Definição, Importância, Finalidade, Funcionalidade e Valoração.....	343
3.3. Bem Jurídico Individual e Supra-Individual	346
3.4. O Bem Jurídico é Imprescindível para o Direito Penal?.....	347
4. Conclusão	350
Referências	352

XIV A EVOLUÇÃO CONCEPTUAL DO CONTRATO NA SOCIEDADE PLURAL INCIDÊNCIA DAS REGRAS DO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DE DEFESA DO CONSUMIDOR À DISCIPLINA DOS CONTRATOS DE ADESAO

Michelline Bittencourt

Introdução	356
1. Noções gerais de contratos	358
2. Concepção histórica do contrato: do início dos tempos ao Contrato de Adesão.....	359
3. Contrato de Adesão.....	363
3.1. As novas feições da Escravidão	363
3.2. Conceito e características.....	364
3.3. Condições gerais do contrato X contrato de Adesão; Contrato de Adesão X Contrato por Adesão: O problema da terminologia.....	366
4. O Código de Defesa do Consumidor e os Contratos de Adesão	367
5. A interpretação dos Contratos de Adesão	371
6. Cláusulas Abusivas	373
Síntese Crítica	375
Referências	376

XV O DIREITO À MORADIA: CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE NO ESPAÇO URBANO

Priscila Cavalcante

Introdução	380
1. Os fundamentos jurídicos do direito à moradia.....	385
1.1. Os parâmetros da Positivção Internacional	385
1.2. A previsão constitucional	388
1.3. A moradia como direito social	393
1.4. A natureza metaindividual do direito à moradia	394
2. Os instrumentos jurídicos infra-constitucionais	397
2.1. As diretrizes do Estatuto da Cidade	397

2.2. Usucapião especial urbano.....	401
2.3. Concessão de uso especial para fins de moradia.....	405
2.4. A constitucionalidade das normas infra-constitucionais.....	407
3. A atuação do Poder Judiciário.....	410
3.1. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.....	410
Considerações finais.....	414
Referências.....	415
XVI LINGUAGEM, INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL	419
<i>Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar</i>	
1. Introdução.....	419
2. Linguagem e interpretação: dificuldades hermenêuticas no processo e a linguagem como fio condutor da compreensão.....	420
3. Interpretação e decisão judicial: interpretação, erro e importância da atividade interpretativa para a aplicação do direito.....	426
4. Decisão judicial e fundamentação: motivação suficiente dos julgados e implicações da interpretação da fundamentação da decisão judicial.....	432
5. Conclusão.....	433
6. Bibliografia.....	434
XVII NEM TUDO QUE RELUZ É OURO: DO MERO ABORRECIMENTO AO DANO MORAL	437
<i>Salomão Resedá</i>	
1. Aspectos introdutórios.....	437
2. Breves noções sobre as espécies de dano.....	439
3. A evolução social e a “indústria do dano moral”.....	442
4. Do mero aborrecimento ao dano moral.....	445
5. Conclusão.....	449
6. Referências.....	450
XVIII CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL – CONTRIBUIÇÃO PARA COMPREENSÃO DA INTERCONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL	453
<i>Valdir Ferreira de Oliveira Junior</i>	
1. Introdução.....	454
2. Conceito de soberania e fundamentação constitucional.....	455
3. A globalização econômica como fator de relativização da soberania.....	459
4. A interconstitucionalidade como reflexo da globalização.....	462
5. O Estado Constitucional.....	463
6. Considerações finais.....	465
Referências Bibliográficas.....	466
Artigo de Convidados	
XIX DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA: UMA AVALIAÇÃO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA	471
<i>Nelson Saldanha</i>	
Dissertações e teses defendidas (1980-2007)	479
Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA	489

APRESENTAÇÃO

Algumas palavras em homenagem ao Professor Edvaldo Brito

Dirley da Cunha Júnior

Professor-Doutor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA.

A **Revista nº 14** do *Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia* tem um sentido e uma importância especial para todos os professores, alunos e ex-alunos do Programa.

Ela é dedicada ao Professor **Edvaldo Brito**, que coordenou o Programa no biênio 2005-2007.

Talvez essa referência já fosse suficiente para explicitar o tamanho carinho e gratidão que todos nós temos pelo Mestre. Todavia, em momento de alegria, como o presente, em que uma importante Revista tem um de seus números amavelmente oferecido ao grande Professor, algumas palavras de homenagem precisam driblar o processo de asfixia que por vezes domina o meio acadêmico.

Para mim, em particular, não é difícil homenagear o Professor Edvaldo Brito, pois faço isso todos os dias, quando ensino para os meus alunos o Direito Constitucional tal como aprendi com o Mestre dos Mestres.

O Professor Edvaldo Brito é uma pessoa ímpar; um vencedor nato. Superou obstáculos, aparentemente intransponíveis, como a pobreza, a marginalização social e o preconceito. É oriundo de família humilde, escassa de recursos materiais, porém rica de afeto e moral. Sua mãe, D. Edite, era lavadeira (“lavava roupas de ganho”, como se dizia em Muritiba/Ba, terra natal do Mestre) e semi-alfabetizada, mas dotada de uma cultura ética invejável. Seu pai, S. João, era pedreiro, dono de um caráter reto e de personalidade forte.

S. João, pai do Professor Edvaldo, desejava que ele fosse Engenheiro Civil. Com esse propósito, matriculou-o no Colégio Estadual da Bahia (Colégio CENTRAL), onde fez o curso *Científico*. Contudo, o Professor Edvaldo conseguiu o seu primeiro emprego, aos 16 anos de idade, no Escritório de Advocacia do Professor Catedrático de Processo Civil, Albérico Fraga, onde foi *office-boy* no período de 1954 a 1962. Como *office-boy* e mensageiro do Escritório, teve a singular

oportunidade de várias vezes visitar o Escritório do Professor Orlando Gomes, de onde se iniciou uma relação de profunda amizade e afeto entre os dois.

Todo esse ambiente fez com que o Professor Edvaldo Brito se afastasse do desejo de seu pai que queria vê-lo formado Engenheiro Civil e o levou, sob os protestos do pai e para a felicidade nossa, a fazer Direito. Aprovado no vestibular, cursou Direito na tradicional Faculdade de Direito da UFBA, de onde se graduou em 1962.

Na Faculdade, foi Presidente do Centro Acadêmico (Centro Acadêmico Ruy Barbosa – CARB) e Orador Oficial de sua turma de bacharéis em Direito, que teve como paraninfo o Professor Orlando Gomes.

A partir daí o Professor Edvaldo, em árdua luta e com esmero e competência incomparáveis, vencendo preconceitos em uma sociedade ainda dividida, foi vencendo e conquistando o seu espaço. Fez-se um dos mais renomados e brilhantes advogados do país, com escritório na Bahia e em São Paulo; fez-se professor e jurista. É Mestre (UFBA); é Doutor (USP); é Livre-Docente (USP). Foi político, e um dos melhores. Foi Prefeito de Salvador. Foi Secretário de Estado na Bahia em diversas pastas (de Justiça; da Educação e Cultura; da Saúde Pública e Assistência Social). Por último, e mais recentemente, foi Secretário dos Negócios Jurídicos do Município de São Paulo.

De 1975 a 2006 foi Professor Concursado da Faculdade de Direito da UFBA, onde, a partir de 2006, passou a ser Professor Associado Nível 1. Na UFBA sempre lecionou Direito Constitucional e Direito Tributário. Desde 1992 até a presente data é Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana MACKENZIE (SP), da qual recebeu, em 2003, o título de Professor Emérito. Na MACKENZIE sempre lecionou a disciplina Direito das Obrigações.

Dono de um cabedal intelectual admirável, de uma lista de prêmios e homenagens jamais vista e de uma relação de conferências ministradas incomparável, o Professor Edvaldo fez e continua fazendo inúmeros discípulos e seguidores, entre os quais eu me incluo. Suas idéias são paradigmáticas e contagiam a todos. Em toda a sua vida foi um entusiasta da Constituição. Em sua trajetória triunfante foi um garantista e sempre defendeu e lutou por uma Constituição livre e legítima e continua difundindo sua mensagem pela *efetividade* dos valores constitucionais.

Foi convidado para ser o primeiro Ministro negro do Supremo Tribunal Federal; porém, sua idade não lhe permitiu, pois já havia passado, na época, dos bem vividos 65 anos, que é a idade-limite para o acesso à Suprema Corte. Todos nós perdemos com isso. Às vezes eu fico imaginando o Professor Edvaldo Brito no

Apresentação: Algumas palavras em homenagem ao Professor Edvaldo Brito

Supremo Tribunal; quem o conhece bem, como eu, sabe o que ele faria na Corte. Nada de mais, diria ele; apenas concretizaria *tudo* o que está na Constituição e redirecionava a interpretação constitucional a instrumento de efetivação dos valores fundamentais mais caros à pessoa humana. Só isso, concluiria ele, na sua simplicidade e maestria.

Mas mesmo fora do Supremo Tribunal, o Professor Edvaldo muito influenciou a Corte, especialmente com a sua inédita e pioneira obra intitulada “*Limites da Revisão Constitucional*”, publicada em 1993, e citada por quase todos os Ministros da Suprema Corte.

O Professor Edvaldo me faz lembrar o adorável verso de BERTOLD BRECHT, que abaixo transcrevo:

“Há homens que lutam um dia e são bons;
Há outros que lutam um ano e são melhores;
Há aqueles que lutam muitos anos e são muito bons;
Mas, há os que lutam durante toda a vida: Esses são imprescindíveis.”

O Professor Edvaldo é um homem imprescindível. Foi imprescindível para a nossa Faculdade e para o nosso Programa de Pós-Graduação. Continua imprescindível para todos nós e especialmente para mim, querido Mestre, pois sabes a tamanha admiração que tenho por sua pessoa, a quem considero um pai intelectual e de quem serei um eterno aluno.

Receba esta singela homenagem dos professores e alunos do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFBA. Esta Revista é sua, pois

“Edvaldo é meu,
é seu, é de nós,
é de Deus”¹.

1. Trecho da música da campanha eleitoral do Professor Edvaldo a Prefeito de Salvador.



HOMENAGEM AO PROF. DR. EDVALDO BRITO

Ricardo Maurício Freire Soares

Doutorando em Direito Público – UFBA.

Neste momento em que o Prof. Edvaldo Brito completa mais um importante ciclo de sua trajetória acadêmica, torna-se natural que os seus inúmeros alunos venham exprimir a gratidão pelos seus perenes ensinamentos, ministrados por um homem cuja vida oferece valiosas lições existenciais.

Nascido em 03 de outubro de 1937, na cidade de Muritiba, filho do Sr. João Pereira Sobrinho e da Sra. Edite Pereira de Brito, Edvaldo Brito inicia a sua saga, marcada pela permanente superação de obstáculos. Morte e vida Severina andam lado-a-lado, como o trágico épico daqueles que teimam em lutar pela própria sobrevivência.

Em artigo publicado no Jornal A Tarde, intitulado de “E o poder do negro”, em 3/3/2006, referiu Edvaldo Brito como Dona Edite e suas duas tias, Bida e Maria das Dores, ganhavam, nas cozinhas alheias, o alimento com o qual matavam a sua fome e a de suas quatro irmãs, assim como ele estudou nos livros usados e frequentou o ginásio particular, pela inexistência do oficial, com o também apoio inestimável de sua madrinha de batismo, Adalgisa Grisi, que inclusive pagava as mensalidades para evitar o seu afastamento do ensino fundamental.

Aprovado em concorrido vestibular, ingressou na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, onde sempre destacou como brilhante e dedicado aluno, tendo a honra de ser o dileto discípulo do Prof. Orlando Gomes, seu eterno pai intelectual, que lecionou Direito Civil durante todo o curso de graduação, até ser escolhido como Parainfo da formatura de sua turma. Com o desaparecimento do inesquecível Orlando Gomes, Vossa Senhoria se tornou o seu herdeiro acadêmico, estando ainda hoje incumbido da ingente tarefa de preservar e atualizar as obras de um dos maiores juristas que a Bahia e o Brasil já conheceram.

Seguiu-se o concurso para professor da Faculdade de Direito da UFBA. Aprovado em concurso público de provas e títulos, pela excelência acadêmica já demonstrada, enfrentou o Prof. Edvaldo Brito o jugo do preconceito racial, motivo oculto que explica a injustificada demora na sua realização, fruto da omissão do Reitor da época, ao alegar falta de recursos para o deslocamento dos

professores de fora. Depois, teve Edvaldo Brito que lidar com a sucessão de empates e desempates em favor de outrem, até que o pulso firme do saudoso Prof. Sylvio Faria e a postura corajosa do insigne Prof. Calmon de Passos evitassem a cristalização de uma injustiça. Eis uma Faculdade de Direito da UFBA, elitista e excludente, tradicionalmente fechada para ascensão dos negros, das mulheres e dos mais pobres.

Sua trajetória acadêmica continuaria a pulsar, iluminando tanto a graduação como a pós-graduação da Bahia e do Brasil: Mestre em Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia, Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo, Livre Docente pela Universidade de São Paulo e Professor da Universidade de Mackenzie em São Paulo.

Teu compromisso com a educação é louvável. Fizeste do magistério mais do que uma profissão, mas um exercício profundo de uma vocação. Como diria Rubem Alves, vocação provém do latim *vocare*, designando um chamamento interior que brota do fundo de nossas almas. A vocação nasce com a gente, misteriosamente, pois ela é o nosso caso de amor com algo que se faz. És um homem vocacionado para a docência, Prof. Edvaldo, com o teu estilo inconfundível, que reúne um certo distanciamento simbólico, uma aura de mistério, o compromisso com o saber, a disciplina intelectual, o incentivo à pesquisa e a reflexão crítica sobre o mundo. Das tuas aulas propositadamente litúrgicas, pude, no entanto, sempre perceber o imenso carinho que nutres pelos teus discípulos e discípulas, bem como a satisfação silenciosa a cada sinal de progresso dos discentes que orientas. Mais um traço da tua personalidade: econômica nos gestos, abundante nos sentimentos.

Autor de diversos artigos científicos e de variadas obras que perpassam os campos do Direito Tributário, Direito Civil, Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Econômico, podendo ser destacadas as seguintes: Problemas jurídicos do ICM; O desenvolvimento econômico e os sistemas tributários e fiscal; O conceito de tributo; Decadência e prescrição tributárias no direito brasileiro; Tributos sinalagmáticos e contribuições na legislação brasileira; Direito civil; A teoria do contrato e o contrato com pessoa a declarar no projeto de código civil; A licitação no serviço público; Limites da revisão constitucional; Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social.

Quis o destino, Mestre, que, cinquenta anos após o funcionamento do primeiro Doutorado em Direito da nossa Faculdade de Direito, coordenado pelo Prof. Orlando Gomes, seu Pai intelectual, Vossa Senhoria se tornasse o primeiro Coordenador de um pleno Programa de Pós-Graduação em Direito, composto de

um Mestrado, de um Doutorado e das especializações mantidas em parceria com a Fundação Faculdade de Direito, sob a presidência do Prof. Celso Castro.

Sem olvidar o esforço conjunto de todos os coordenadores que passaram por este Programa de Pós-Graduação em Direito, tais como Orlando Gomes, Josaphat Marinho, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado, Maria Auxiliadora Minahim, Wilson Alves e Saulo Casali, pode-se dizer que a instalação do Doutorado só se tornou possível pela contribuição inestimável de Vossa Senhoria, cujo prestígio nacional e seriedade acadêmica certamente avalizaram a reabertura deste importante curso na Bahia, lutando, novamente, contra mais uma modalidade de preconceito, a saber, aquele que, infelizmente, o Sul-Sudeste ainda manifesta diante das demandas do Nordeste brasileiro. A propósito, mais um obstáculo – repita-se – que coube a Vossa Senhoria superar com o denodo e a perseverança habituais.

Esta singela solenidade se ajunta, humildemente, a um vasto conjunto de refulzentes homenagens que te foram rendidas, tais como: Medalha da Universidade Federal da Bahia, concedida pelo Magnífico Reitor Edgar Santos, um dos fundadores da UFBA; Medalha ao mérito, outorgada pelo TCM/SP; Medalha Santos Dummont, outorgada pelo Ministério da Aeronáutica; Medalha Thomé de Souza, maior comenda do Município de Salvador; Medalha do mérito de Castro Alves, outorgada pela Secretaria de Educação e Cultura do Estado da Bahia; Mérito Municipalista, outorgado pela União das Prefeituras da Bahia; Homenagem da Assembléia Constituinte do Estado da Bahia; Colaborador emérito do exército; Cidadão da Cidade de Salvador; Cavaleiro da Ordem Nacional da Nigéria; Cavaleiro da Ordem Nacional do Mérito da República da Costa do Marfim; Distinção da Alcaldia de Maracaibo – Venezuela; Prêmio Rubens Gomes de Sousa, outorgado pela Academia Brasileira de Direito Tributário; Prêmio tributarista do ano de 1998; Comenda do Poder Legislativo Municipal, outorgada pela União dos Vereadores do Brasil; Medalha do pacificador; Medalha ao Mérito, outorgada em Guadalupe/França; Comenda “Cruz do Mérito do Empreendedor Juscelino Kubitschek, outorgada pelo Superior Tribunal de Justiça Arbitral do Brasil; Medalha Edgar Santos, recentemente outorgada nas comemorações dos 60 anos da UFBA, pelo Magnífico Reitor Naomar Monteiro, após escolha unânime pela Congregação da Faculdade de Direito da UFBA.

Outras distinções honoríficas serão, certamente, acrescidas a este diversificado painel de justas reverências, já tendo inclusive o Prof. Johnson Meira, Diretor da Faculdade de Direito da UFBA, manifestado o desejo, em reunião do Colegiado de Pós-Graduação em Direito, da nossa Escola de conferir a Vossa Senhoria o título de Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, justo coroamento de uma carreira acadêmica.

O professor Edvaldo Brito é também um palestrante incomparável, capaz de hipnotizar uma platéia por sua oratória eloqüente, que combina as doses certas de razão e, sobretudo, de emoção. No ano passado, em Congresso de Direito Público em Ilhéus-Bahia, convidado como palestrante e presidente de honra, testemunhei uma das suas grandiosas exibições como orador, tendo sucedido fato raro: Edvaldo foi aplaudido, freneticamente, por espectadores de pé, em todos os momentos: antes de subir ao palco, durante a exposição e após o discurso. Seguiram-se inúmeros pedidos de autógrafos e fotos, que traduziam uma veneração só reservada para os mitos.

Eis a paixão, como matéria-prima do processo de ensino-aprendizagem, o que leva George Steiner a afirmar que é preciso um certo fogo, ou a transmissão do saber não se dará plenamente. Segundo ele, o ensino burocrático, tedioso e desprovido de entusiasmo destrói as esperanças dos alunos. Daí por que ensinar seriamente é pôr as mãos no que há de mais vital no ser humano, pois um verdadeiro Mestre invade, força a abertura, sendo capaz de devastar a fim de purificar e reconstruir. Ele toca no que concebemos como alma ou as raízes do saber. Este é Edvaldo Brito, um Mestre apaixonado, cuja oratória reflete esta expansão avassaladora do processo de conhecimento.

No exercício de funções públicas, merecem destaque duas passagens importantes: a primeira como prefeito da cidade de Salvador, em 1979; a segunda como Secretário de Negócios Jurídicos da Prefeitura da cidade de São Paulo, na década de 90. Dois marcos que simbolizam sua competência pessoal aliada a sua capacidade de administrador, como também a possibilidade de uma ascensão social do negro, lastreada no mérito e no labor diuturno, como foi, inclusive, bem percebido pelo Bloco Ilê Ayê no carnaval de 2006, ao homenagear 25 (vinte e cinco) negros que exerceram o poder formal.

Se não bastassem todas essas facetas existenciais, Edvaldo Brito é também o advogado renomado, que produz pareceres e peças processuais com a mesma erudição e rigor metodológico do acadêmico. Daí por que não causa espanto que o seu escritório tenha se convertido num verdadeiro centro de excelência de estudos jurídicos, fato que também atesta o seu evidente pioneirismo, ao trazer para Salvador um novo modelo de advocacia contenciosa e consultiva.

Eis um dia especial, professor Edvaldo. Além de todos nós aqui presentes – alunos, colegas, funcionários, como estão agora também felizes Dona Edite, Orlando Gomes, Mãe Menininha e todos aqueles que, em algum momento de tua vida, acreditaram no teu caráter, no teu talento, na sua obstinação e na tua fé inquebrantável, suplantando as inúmeras dificuldades desta via sinuosa que é a existência humana.

Homenagem ao Prof. Dr. Edvaldo Brito

Prof. Edvaldo, o teu destino foi e continua a ser cumprido. As cicatrizes são as marcas que demonstram a sua vitória, especialmente aquelas causadas por homens pequenos, em estatura moral e espiritual, que tentaram arranhar os calcanhares de um gigante que continua a se mover, porque a vida, como permanente projeto, é sempre uma obra aberta e inconclusa.

Parabéns, professor!!! Diria Ortega Y Gasset que a realidade é o maior pedagogo do homem. Daí por que a maior lição que ofereceste aos seus alunos não pode ser encontrada nos livros de Direito nem no mundo espectral das leis, mas na própria compreensão do sentido concreto da sua singular existência, cujo exemplo se projetará para além de nós mesmos, alcançando as gerações vindouras da Bahia e do Brasil, para demonstrar que nenhuma luta é vã, especialmente quando o contendor a ela se entrega com amor e dignidade.

Salvador, 12 de março de 2007.

DISCURSO DE POSSE DA PROFA. MÔNICA AGUIAR NA FUNÇÃO DE COORDENADORA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

Assumir uma função acadêmico-administrativa nesta Faculdade é uma honra para qualquer de seus professores.

Assumir a Coordenação da Pós-graduação em direito é para mim, não somente uma honra, mas também um grande desafio.

Desafio, não apenas em função da necessidade de consolidação do Programa, em especial, do Doutorado, em face das regras da CAPES, mas, principalmente, pelo fato de substituir este a quem eu chamaria de insubstituível, o Professor Edvaldo Brito.

Ele que, modelo de perseverança, disciplina e trabalho, mostrou a todos nós que as adversidades sofridas em razão de sua origem humilde não constituíram empecilhos para torná-lo um profissional de sucesso retumbante, não somente nessas paragens, mas em todo o Brasil e particularmente em São Paulo.

Como então suceder a este que entre tantos prêmios e condecorações, já foi agraciado pela Universidade Federal da Bahia com medalha concedida ainda na gestão do Reitor EDGARD SANTOS. Recebeu **Medalha ao Mérito**, outorgada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, **Medalha Santos Dummont**, pelo Ministério da Aeronáutica Brasília/DF, **Medalha Thomé De Souza**, a maior Comenda do Município da Cidade do Salvador, Capital do Estado da Bahia. **Medalha do Mérito de Castro Alves** concedida pela Secretaria de Educação e Cultura do Estado da Bahia. **Mérito Municipalista**, outorgado pela União das Prefeituras da Bahia, além de ter sido HOMENAGEADO PELA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE DO ESTADO DA BAHIA, pela “histórica contribuição à Nova Carta Constitucional da Bahia, **Colaborador Emérito do Exército**, outorgado pelo Ministério do Exército Brasileiro,

Nascido em Muritiba neste Estado foi reconhecido como **Cidadão da Cidade do Salvador**, pela Câmara Municipal de Salvador.

Cavaleiro da Ordem Nacional da Nigéria, da Ordem Nacional do Mérito da República da Costa do Marfim.

Visitante Distinguido da Alcaldia de Maracaibo, Estado de Zulia na República de Venezuela.

Prêmio Rubens Gomes de Sousa, outorgado pela Academia Brasileira de Direito Tributário, **Prêmio Tributarista do Ano de 1998** em Homenagem ao seu Talento e Dedicção.

Comenda do Poder Legislativo Municipal, aprovada pela União de Vereadores do Brasil, “pela valiosa contribuição ao aprimoramento do Processo Democrático Nacional.

Medalha do Pacificador, dada pelo Exército Brasileiro, por assinalados serviços prestados.

Medalha “Prêmio Rafael Barajas”, outorgada pela Associação Brasileira das Empresas de Software – ABES, pelo esforço desenvolvido em prol da expansão do Software brasileiro. **Medalha Ao Mérito**, concedida pela Prefeitura de Pointe-à-Pitre Guadalupe/França.

Comenda “Cruz do Mérito do Empreendedor Juscelino Kubitschek”, outorgada pelo Superior Tribunal de Justiça Arbitral do Brasil.

Como podemos ver, a semente que daria tantos frutos, não poderia passar despercebida pelo grande Mestre Orlando Gomes o qual, tendo lecionado Direito Civil para a turma do Professor Edvaldo Brito, durante todo o curso de Graduação, e tendo sido dela Parainfo, reconheceu o brilhantismo do aluno e o acolheu como a um filho, a orientar-lhe os passos na academia.

A partir daí nada poderia dete-lo. Tendo o grande civilista baiano como seu orientador, tornou-se **Mestre em Direito** por essa Universidade; **Doutor em Direito Tributário**, pela USP; e **Livre Docente**, pela Universidade de São Paulo – USP- Departamento de Direito Econômico e Financeiro.

O desafio poderia ser insuperável.

Tenho, entretanto, ao meu lado, o grande colega, Professor Paulo Pimenta, que ao assumir a Vice-coordenação, que eu prefiro ver como co-coordenação, propoe-se, como eu, a trabalhar diuturnamente pelo sucesso de nosso Programa.

Sucesso esse que somente será possível com a colaboração de todos os seus integrantes: professores, alunos e funcionários e que contará, certamente, com o compromisso de dois valorosos colegas, ambos integrantes do Colegiado da Pós-Graduação: Professores Jonhson Meira e Celso Castro, o primeiro na condição

Discurso de posse da Profa. Mônica Aguiar na função de Coordenadora do Programa de Pós-graduação...

de Diretor desta Faculdade e o segundo como Presidente da Fundação Faculdade de Direito. Não abrirei mão desse apoio relevante e necessário, que não faltou ao meu antecessor e que certamente continuarei a dispor. Assim, como tenho certeza de que terei o apoio do Pró-reitor de pesquisa, Professor Herbert e de toda sua equipe valorosa.

Gostaria, nesse passo, de fazer alguns agradecimentos aos que não mediram esforços para realizar este evento, que não obstante seu caráter solene transforma-se numa agradável confraternização. Refiro-se especialmente, à minha colega Auxiliadora Minahim, que deixa hoje o cargo de vice-coordenadora, mas cujo compromisso com esta escola a mantém sempre fiel aos ideais de grande educadora e com quem tenho certeza poderei contar neste mandato que se inicia; Reginalda Brito, esposa do nosso grande homenageado, mulher de fibra e coragem, companheira de todas as horas, sempre preocupada com os acontecimentos à volta do ambiente acadêmico, ela que também é professora de direito civil. Aos funcionários Jovino, Luiza e Ramanita que se desdobraram para colocar à nossa disposição o que de melhor poderia ser feito para dar brilho a esse evento.

A minha família, aqui presente, em especial aquele que é meu grande fruto, minha maior obra, meu filho, Marcelo, pelo seu incessante apoio.

A todos aqueles que me guiam neste momento e continuarão a guiar-me na trajetória nesta encarnação.

Que Deus e Joana de Angelis me iluminem.

Muito obrigado.



Artigos do Corpo Docente

Maria Auxiliadora Minahim
Paulo César Santos Bezerra
Rodolfo Pamplona Filho
Roxana Cardoso Brasileiro Borges
Sérgio Waly Pirajá Bispo

I

CLONAGEM: CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO A SOBREVIVER?

Maria Auxiliadora Minahim

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestre e doutora em Direito.

RESUMO: O texto trata das inúmeras justificativas e razões invocadas para que se utilize a técnica de clonagem para fins terapêuticos e também reprodutivos. O argumento mais comumente utilizado para a o uso do procedimento tem sido a dignidade humana, compreendida como sendo o exercício de uma autonomia que não encontra limites morais. De outro lado, autores alertam para a auto-instrumentação e a perda da auto-compreensão da espécie com o uso do procedimento que transforma a geração de seres humanos numa forma de produção de filhos ou de tecidos. A clonagem terapêutica (que se vale células-tronco embrionárias) não é uma realidade no mundo científico de forma que o pretendido estado necessitado que se argúi em favor da destruição do jovem embrião é falacioso. O direito penal ao proibir a conduta protege bens jurídicos distintos que afetam a toda a comunidade.

RESUMEN: El texto se ocupa de las innumerables justificaciones y de las razones invocadas para que se utilice la técnica del clonación para

fines terapéuticos y también para los fines reproductivos. La discusión más comúnmente usada para el uso del procedimiento ha sido la dignidad humana, entendida como siendo el ejercicio de una autonomía que no encuentra límites morales. De otro lado, autores alertan para la auto-instrumentación y de la pérdida de auto-comprensión de la especie que se da con el uso del procedimiento que transforma la generación de seres humanos en una forma de producción de niños o de tejidos. La clonación terapéutica (que si valle de célula-tronco embrionaria) no es una realidad en el mundo científico de forma no hay estado de necesidad como si alega para justificar la destrucción del joven embrión. El derecho penal cuando prohíbe el comportamiento visa proteger valores que afectan a toda la comunidad.

PALAVRAS-CHAVE: Clonagem – concretização de direitos (desejos) – bens jurídicos afetados.

PALABRAS-CLAVE: Clonación – concretización de derechos – bienes jurídicos afectados.

SUMÁRIO: 1. Clonagem como alternativa para superação da fragilidade humana – 2. Clonagem terapêutica e estado de necessidade – 3. Clonagem reprodutiva, dignidade humana e autonomia – 4. Tratamento jurídico – 5. Considerações finais.

Trocamos a moral pela ética e o imperativo categórico pelos imperativos da felicidade. (*Juremir Machado da Silva*)

1. CLONAGEM COMO ALTERNATIVA PARA SUPERAÇÃO DA FRAGILIDADE HUMANA

A clonagem, assim como outras técnicas viabilizadas pela biotecnologia, ganhou especial notoriedade não só por seu caráter novidadeiro, mas também em razão das promessas implícitas de imortalidade que carrega em si própria. A técnica, embora esteja circunscrita ao plano do ensaio científico, desde seu anúncio, tem sido objeto de intensos debates para os quais são recrutados os mais diversos argumentos.

Na verdade, o tema remete a diversas indagações que vão, desde a questão ética sobre os limites da intervenção científica na natureza humana e ao poder que se pode dar a uma pessoa para desenhar e determinar as características de outra conforme seu projeto pessoal, até o direito da espécie de buscar a superação de fragilidades que lhe caracterizam. O debate sobre a clonagem – terapêutica ou reprodutiva – envolve, ainda, discussões sobre a dignidade da pessoa humana e o respeito que lhe é devido como ser autônomo para deliberar sobre seus objetivos pessoais, incluindo-se o direito de recorrer e obter da ciência tudo aquilo que ela possa proporcionar para superar as contingências da natureza e satisfazer seus desejos.

Ocorre, todavia que a interpretação de princípios pode ser feita de maneira distinta, havendo, no que tange ao tema, entendimentos diferentes diante da mesma proposição. Assim, é possível encontrar autores que defendem a clonagem em nome da dignidade humana e outros que, em respeito ao mesmo princípio, censuram a auto-instrumentação da espécie. Patrocinam a primeira posição nomes como o de Manuel Atienza¹ e, a segunda, Jurgem Habermas² e Francis Fukuyama³ dentre outros que se referem a um portal intransponível na natureza humana. Até mesmo quanto à máxima kantiana que estabelece que o homem é um fim em si mesmo, não devendo ser instrumento para alcançar qualquer fim, por mais nobre que possa parecer, há os que a compreendem de forma compatível com uma instrumentalização parcial: não se deve usar uma pessoa *unicamente* como meio⁴, sendo possível todavia gerar um ser para a atender a diversas finalidades. Na verdade, diz-se, pais, usualmente, têm filho por diversos motivos – administrar um negócio de família, ter uma alguém para amparar-lhes na velhice, dar

-
1. ATIENZA, Manoel. *Bioética, Derecho y Argumentación*. Lima-Bogotá: Palestra Editores S.A. C., Temis, 2004.
 2. HABERMAS, Jurgem. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. *Passim*.
 3. ZIZEK, Slavoj. A falha da Bioética. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 5-8, 22 jul. 2002. Tradução de Luis Roberto Mendes Gonçalves.
 4. KLOTZKO, Arlene Judith. Um clone de si mesmo? São Paulo: Edições Loyola, 2007. pp. 134-135.

continuidade à família – de forma que a clonagem reprodutiva não seria distinta, quanto aos objetivos, da reprodução convencional.

O direito acautela-se diante do dissenso e, na dúvida, opta pela proibição da clonagem humana e, em muitos países, também da clonagem terapêutica.

Esta posição não impede que movimentos em favor da ciência, da liberdade e da autonomia (e porque não do consumo) reivindiquem o uso de intervenções biogenéticas que possam superar a vulnerabilidade enquanto condição ou característica humana, ampliando as possibilidades de realização de cada indivíduo. Richard Seed⁵, extremando esta posição, afirma que “quando Deus fez o homem a sua imagem e semelhança, pretendia com isto que o homem culminasse por se transformar em Deus”; “a clonagem é o primeiro passo serio para transformação do ser humano em Deus”, conclui.

Este discurso arrojado apóia-se também um dado biológico, qual seja, a natureza do jovem embrião (feito sob encomenda para cultivo de tecido a ser transplantado) julgado, ora em razão de sua dimensão, ora em razão de sua aparência e atributos como pré-embrião humano. A expressão quer denotar que não é ainda humano e, por isto, não merece o respeito devido a um adulto. Suas células, no estado de blastócito, podem, portanto e devem ser utilizadas para pesquisas científicas.

A possibilidade regenerativa das células-tronco embrionárias, (embora o uso não tenha alcançado um estágio que permita seu emprego regular como fármaco) estimula a imaginação de uma espécie animal que tem consciência de sua transitoriedade e, portanto anseia superá-la.

De tal modo o homem repudia a morte que, não podendo superá-la, tenta, ao menos, sua negação. Oscar Findanza⁶ recorre a Enrique Mari para alertar a respeito da chamada *morte invertida*, ou seja, uma série de ações que “tendem a dissimular e expulsar a morte do âmbito da sociedade”. Estas práticas consubstanciam-se no isolamento a que submetido o moribundo, nas Unidades de Tratamento Intensivo, onde o doente é posto para morrer, só, assepticamente manipulado por terceiros. A este fato, somam-se a indiferença ao luto, a cremação, a transformação do aspecto dos cemitérios, tudo com o objetivo de expulsar a morte do âmbito da sociedade contemporânea.

5. ATIENZA, Manoel. Op. cit. p. 107.

6. FIDANZA, Oscar. A Morte Invertida. Disponível em: www.obito.com.br/costumes. Acesso em: 11 mai. 2007. p.2.

Vivendo com o conhecimento de que morre a cada dia, o homem reconhece-se também como ser dotado de inteligência e capacidade de intervir no curso existencial, para alterá-lo em seu favor. Deveria o direito impedir essa interferência, sobre que fundamento? Por que proibir a clonagem? Será que, neste caso, como arguiu Atienza⁷, estar-se-ia, diante de proibição de conduta cuja ilicitude moral não é justificável?

2. CLONAGEM TERAPÊUTICA E ESTADO DE NECESSIDADE

A clonagem como fim e como técnica situa-se em um vértice posto entre o instinto de sobrevivência e a imprescindível compreensão que “toda ação humana tem um aspecto moral, seja ela perfeita (moralidade *solito sensu*) ou imperfeita (imoralidade); nenhuma é amoral”.⁸ O homem, situado entre escolhas, deve eleger aquela que é compatível com a compreensão ética da espécie, “como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”.⁹ A técnica tem recebido, por esta razão, ao lado dos aplausos que lhe saúdam como o um ícone de uma nova era, duas ordens de censura, uma diz respeito à finalidade (reprodutiva), outra ao procedimento em si próprio.

Quando se trata de usá-la para fins terapêuticos, a técnica envolve a criação de um embrião do qual serão retiradas células – em tese capazes de se diferenciar para formar qualquer tecido do corpo humano – o que resulta em sua destruição. Ocorre, porém que o uso de tecido para fins curativos, proveniente de um embrião que não seja absolutamente compatível com o receptor, exige o emprego de drogas imunossupressoras para combater o risco de rejeição. Este procedimento sujeita o paciente ao perigo de óbito por outras infecções e cânceres. Para contornar este problema, se aposta no auto-transplante de células através da geração de um blastócito com material genético do enfermo. O processo permite não só o cultivo do tecido necessário, mas sua compatibilidade com material genético do paciente.

Como já se tem divulgado, a clonagem consiste na criação de um organismo geneticamente igual a outro, por reprodução assexuada. Como afirma Mayana Zatz¹⁰, “é um mecanismo comum de propagação de espécies de plantas, bactérias e protozoários e pode ocorrer de forma natural ou provocada. Em humanos, os

7. ATIENZA, Manoel. Op. cit. p. 128.

8. ENTRALGO, Lain P. *El cuerpo humano*. Teoría actual, 2ª edición, Madrid: Espasa Universidad, 1989. p. 334.

9. HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. p.57.

10. ZATZ, Mayana. *O que é clonagem?* Disponível em: http://drauziovarella.ig.com.br/espaco/espaco.asp?doe_id=24. Acesso em: 5 ago 2007.

clones naturais são os gêmeos univitelinos, que compartilham do mesmo material genético originado pela divisão do óvulo fertilizado”.

O procedimento manipulado pelo homem se realiza com a substituição do núcleo de um ovócito (célula germinativa feminina) pelo de uma célula somática que é colhida da pessoa que deseja imprimir suas características cromossômicas ao clone. O material transferido para o núcleo passa então por uma transformação, como se fora um gameta, dando início a uma multiplicação mitótica. Ou seja, readquirindo suas propriedades pluripotenciais, o núcleo dá ao ovócito – que permanece com material citoplasmático responsável pela reprogramação das células somáticas diferenciadas – a impressão que houve fecundação. Surge, assim, um zigoto que, normalmente, pode desenvolver-se até se transformar em um embrião normal. A remoção das células que serão utilizadas para fins terapêuticos exige, no entanto que se aguarde o processo de segmentação até a formação do blastócito. Neste estágio, o jovem embrião com seis a sete dias contém entre 100 e 150 células, podendo-se distinguir dentre elas as que iriam constituir órgãos e tecidos e as que seriam transformadas em placenta. A massa celular interna do blastócito – chamada MCI – é o local de onde se retira o material que será cultivado para transforma-ser em tecido porque tais células são pluripotentes, i.e., com potencial para transformarem-se em qualquer tecido. A MCI retirada é colocada em uma placa com células nutrízes, às quais se liga, surgindo em alguns dias, colônias. O reconhecimento deste material como células-tronco depende, como ensina Clive Cookson¹¹, de uma série marcadores moleculares e da passagem por várias gerações de divisão celular com as mesmas características. A complexidade do processo permite identificar a existência de apenas 150 linhagens bem caracterizadas.¹²

A clonagem terapêutica constitui um recurso para ampliar a biblioteca de tecidos, oferecendo menores riscos de rejeição para o enfermo conforme referido. Alimenta, assim o sonho de imortalidade conquanto os ensaios clínicos até hoje realizados com algum êxito envolvam células-tronco adultas e não as embrionárias, não se conhecendo experiências, envolvendo o transplante destas para seres humanos. É possível até, como admite Clive Cookson,¹³ que as células embrionárias

11. COOKSON, Clive. Mãe de todas as células. Em: Células-Tronco uma revolução na medicina. Ciência e Saúde. São Paulo: Ediouro, nº 3. Nov 2006. p.52-57.
12. Nos Estados Unidos as linhagens foram derivadas de células embrionárias obtidas de pessoas brancas de forma que a população negra tem menos chance de encontrar material compatível nestas bibliotecas. Conforme Anne Fagot-Largeault em: Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200015 Acesso em: 20.01.07
13. COOKSON, Clive. Mãe de todas as células.... p.57. Além disto, o mesmo autor acrescenta, há constatações de que os embriões produzidos mediante a clonagem por transferência nuclear são anormais, com deficiências

jamais venham a servir como fármacos, por diversos motivos. Dentre estes, destaca o autor: o fato de não se saber ainda como impedir que as células-tronco continuem a se transformar em mais células-embriônicas após serem injetadas, ao invés de continuarem se especializando no tecido desejado o que pode formar teratomas¹⁴ e o risco de introduzir células de embriões anormais nos pacientes. As “células-tronco, basicamente, fazem o que querem” conclui Ricardo Ribeiro dos Santos¹⁵.

Cientistas¹⁶ entendem, nesse passo, que a terapia com CTEHs (células-tronco embriônicas humanas) pode ocorrer em 5, 10 ou 50 anos, não se tendo a menor idéia de quando estará disponível, podendo, por isso, designar-se a clonagem terapêutica como “clonagem para fins de pesquisa”. Alguns pesquisadores¹⁷, aliás, admitem que o uso direto das células-tronco como medicamento pode resultar inviável, mas reconhecem, contudo que elas são uma fonte rica de pesquisas para novos tratamentos porque permitem conhecer os sinais químicos e genéticos que controlam o crescimento e diferenciação das células. Ou seja, elas podem ensinar melhor como a doença se desenvolve, assim, é “... útil usar o embrião como modelo em miniatura do que vai acontecer no futuro”.¹⁸

Tais pesquisas serão orientadas pela necessidade do indivíduo ou por sua capacidade financeira? Sarah Sexton¹⁹ aposta na última hipótese, relatando que a despeito dos custos sociais e humanos provocados pelas doenças tropicais nas nações mais pobres do mundo, em torno apenas de um por cento das novas drogas introduzidas, no mercado entre os anos de 1976 e 1996, eram voltadas para enfermidades como malária, cólera, dengue ou qualquer outra doença letal dos trópicos. A seu ver, o mesmo iria acontecer com as tecnologias genéticas.

em vários dos genes (marcados ou não marcados) necessários para o desenvolvimento das primeiras fases do embrião, havendo risco de transmissão de enfermidades ao pacientes.

14. Massa composta de todos os tecidos de músculos a dentes completamente formado Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência SBPC©2002. Grupos de pesquisa se animam para estudar embrião. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/index2.jsp?id=799> Acesso: 25 mar. 2005
15. Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência SBPC©2002. *Grupos de pesquisa se animam para estudar embrião*. Disponível em: <http://www.jornaldaciencia.org.br/index2.jsp?id=799> Acesso: 25 mar. 2005.
16. Stevens Rehen em entrevista a Reinaldo José Lopes. *Terapia com células-tronco não tem data marcada*. <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL12604-5603-71,00.html>. Acesso em: 27 jul. 2007.
17. COOKSON, Clive. Mãe de todas as células.... p.57.
18. Apud, LEMES Ana Maria Nogueira, CREPALDI Joaquim Donizete. A Lei do Biocrime. Lei nº. 11.105/2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7243&p=2>. Acesso em 27 nov. 2006
19. SEXTON, Sarah. Deceptive Promises of Cures for disease. Em: World.Watch. Vol. 15. nº4. July/August 2002 Washington DC. P.18-20. p19.

Outros cientistas, em razão da resistência que se faz ao extermínio dos jovens embriões, buscam desenvolver técnicas alternativas de obtenção de células-tronco.²⁰ Na verdade, os relatos de experiências que são consideradas promissoras estão sempre ligados ao uso de células-tronco adultas (que não são oriundas de um jovem embrião). De qualquer forma, os riscos de rejeição, embora menores, são grandes, de forma que, mesmo o auto-transplante de células, exige o uso de imunossupressores.

Não obstante as incertezas e os propósitos experimentais, já se construiu um discurso articulado para sustentar a destruição dos jovens embriões em nome de uma possível promessa de sobrevivência, ou como mais um artigo disponível no supermercado genético.

A geração de seres mediante clonagem para servir como material biológico disponível apóia-se, no plano ético, numa situação que se quer fazer aproximar do estado de necessidade e no princípio do respeito à dignidade humana.

Supondo que a técnica já fosse segura e viável, os que defendem seu uso para salvar vidas, sugerem a existência de um verdadeiro estado de necessidade na aniquilação dos embriões. Pretende-se, afinal e como se pode perceber, que a proteção da vida de pacientes (com enfermidades lentamente incapacitantes e dolorosas) seja o direito alheio, que se quer salvar de perigo atual e que só pode ser evitado mediante a lesão de interesses (a existência do jovem embrião).

Este pensamento, embora ofensivo à dignidade da vida humana pré-pessoal, pois como diz Habermas²¹ “a vida humana também desfruta, em suas formas anônimas, de dignidade e exige respeito” reconhece, ao menos, um *status* a ser protegido no embrião. Na maioria das vezes, estes têm sido reduzidos à imagem de uma bola, de tamanho inferior a um alfinete, sem qualquer vestígio de sistema

20. No Brasil, anunciam-se com frequência projetos ligados a tratamento cardíaco, especialmente de chagásicos, ensaios junto a diabéticos, e também em paciente com acidente vascular cerebral, todos dizendo-se alvissareiros. Valem-se células dos próprios pacientes retiradas da medula-óssea. Outros projetos são ligados a cordões umbilicais dos quais é possível retirar células-tronco. Buscam-se, além disso, outros recursos tecnológicos. Nos Estados Unidos, divulga-se que células-tronco adultas do coração dos mamíferos podem ajudar na formação de novas células cardíacas quando o dano é proveniente de um ataque cardíaco. Outro método tem sido experimentado no tratamento de esclerose múltipla, tirando-se as células-tronco da medula do doente que, depois de congeladas são injetadas no próprio paciente. Os experimentos pioneiros foram feitos por Alberto Marmont do Hospital San Martino em Gênova, e Alan Tyndall da Basileia. Vide: As células das mil faces. Revista Fapesp. Disponível em: www.revistafapesp.br. Acesso em: 20 dez. 2004; Experimento aponta que célula adulta pode virar embrionária. Disponível em: www.folha.uol.com.br. Acesso em :27 ago. 2006, *Igreja aplaude células-tronco na bolsa d'água*. Disponível em: globo.com.br. Acesso em: 30 de abr. de 2007 e *Grupo Acha Células-Tronco em Líquido da 'Bolsa D'água'*. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,AA1411366-5603,00.html>. Acesso em: 30 de abr. de 2007.

21.. HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana...* p.52

nervoso, que conseguirá ou não ser implantado no útero, por seleção da própria natureza. A destruição de um ser com tais características não poderia constituir ofensa que ultrapassasse a esfera patrimonial.

A aproximação pretendida entre o tema da clonagem terapêutica e o estado de necessidade falha, como se vê, quanto ao requisito da necessidade que deve estar presente na excludente, vez que a realização do mal deve ser a única alternativa possível para o salvamento do bem que se quer preservar. A possibilidade incerta de que as células-tronco clonadas possam vir a servir como material terapêutico com eficácia para curar pessoas não atende, objetivamente, ao propósito salvador da ação.

A idéia merece outras apreciações e reparos, independentemente de se considerar o instituto como exculpante (excludente de culpabilidade) ou como justificante (excludente de ilicitude) no que diz respeito aos outros pressupostos do estado de necessidade.

Dentre os requisitos objetivos da causa de justificação, tem-se destacado o princípio da proporcionalidade, já que neste caso, como lembra Jescheck²² diferentemente da legítima defesa, não há um ataque injusto ao direito que se quer defender. Ocorre, porém, como alerta Muñoz Conde²³, que não basta a configuração puramente quantitativa do estado de necessidade, baseada apenas no princípio da ponderação de interesses. O uso exclusivo deste critério pode levar a situações injustas porque, se bastasse sua existência para configurar o estado de necessidade, ter-se-ia que considerar como legítimo, o apossamento do guarda-chuva de um operário para evitar que a roupa valiosa de um *play-boy* fosse estragada pela água, como lembra o mesmo autor. Não é por outra razão, acrescenta, que o Código Penal espanhol, no artigo 20, 5º (que trata do estado de necessidade), exige como primeiro requisito a comparação entre os males causados e evitados e não um juízo de comparação entre os bens em conflito. Desta forma, conclui que, embora a proporcionalidade entre os bens constitua um dos elementos da dirimente, é indispensável que sempre exista uma relação de adequação entre o mal causado e aquele que se procura evitar.

A Cerezo Mir²⁴, não satisfaz tão pouco o requisito da ponderação. A propósito da posição da doutrina espanhola sobre os fundamentos do estado de necessidade,

22. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte general*, trad. José Luis Samaniego. Granada: Editoril Comares, 1993. p.437.

23. MUÑOZ CONDE, Francisco. ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal: parte general*. 5ª ed. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

24. CEREZO MIR, J. *El finalismo y la moderna concepción de las causas de justificación*. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia no dia 4 de junho de 2007. O texto encontra-se no prelo para publicação na revista Ciências Penais, n.6. São Paulo: RT.

afirma que, até o ano de 1944, o princípio do interesse preponderante era suficiente, naquele país, para fundamentar o instituto. Quando se incluiu, com a reforma parcial do Código Penal, a possibilidade de admitirem-se, no conceito, conflitos de interesses iguais, Antón Oneca y Rodríguez Muñoz julgaram necessário distinguir-se as situações nas quais os bens postos em conflito eram de igual valor daquelas em que o bem violado fosse de menor valor do que aquele que se queria preservar. O critério teve a acolhida de grande parte da doutrina, embora outra parte dele discordasse.

Com vistas a superar esta divergência, apresenta os argumentos pertinentes à tese que se defende, propondo que a solução satisfatória sobre o fundamento e natureza do estado de necessidade, deve superar o limite do critério quantitativo usualmente proposto. Alguns exemplos esclarecem a tese do autor: o primeiro refere-se ao caso do cirurgião que, para salvar a vida de um paciente, retira o rim de outra pessoa, sem seu consentimento, com o fim de realizar o transplante; o segundo trata da morte causada ao proprietário de uma lancha que se recusara violentamente a cedê-la para o salvamento de um grupo de pessoas que estava se afogando. Nestes casos, destaca, o bem jurídico protegido é superior ao bem sacrificado, a vida humana uma vez que, na Espanha, como no Brasil, Código Penal confere maior proteção à vida do que à saúde, o que se constata com a simples leitura das penas cominadas ao homicídio e à lesão corporal. No caso dos naufragos, o mal causado com a morte do proprietário da lancha é menor do que aquele que se deseja evitar – o salvamento dos naufragos – portanto, mesmo a análise de equiparação dos males causados, como propõe Muñoz Conde, concluiria a favor da licitude das condutas.

Deve-se considerar, todavia que consciência jurídica repudia a inclusão destas situações no rol daquelas se consideram justificadas porque, em ambas, as pessoas são tomadas como meros instrumentos a serviço de outras. A propósito da clonagem e da pertinência existente entre o extermínio dos jovens embriões para geração de tecidos compatíveis com o doador e o interesse protegido pela norma, tem sido frequente a formulação de uma questão: “em caso de naufrágio, se duas caixas estão boiando, uma contendo jovens embriões e outra recém-nascidos, qual deveria ser salva?” Esta indagação despreza a máxima kantiana já referida, permitindo que vidas possam ser pesadas, medidas e exterminadas, sem a consideração de que o homem, por ser um fim em si mesmo, não deve ser objeto de mensuração. A se admitir tal indagação pode-se estendê-la para a formulação de outra: em caso de morte iminente, quem de deve ser salvo, o idoso ou o jovem, o feio ou o belo, o semelhante ou diferente, o maior ou o menor? É Cerezo Mir²⁵

25. CERESO MIR, J. *Curso de derecho penal español*, P.G.I, Madrid:Tecnos, 1998 p. 18e v. II, idem, p. 270.

quem responde, com propriedade, à questão, declarando que o estado de necessidade requer, como limite definitivo, o respeito à dignidade da pessoa humana. Embora a vida embrionária receba, efetivamente, uma proteção menor que a vida já formada, por sua dimensão, a dignidade não constitui mais outro interesse a ser ponderado, trata-se “de um princípio material de justiça, de validade *a priori*, que representa um limite imanente ao direito positivo.” A operacionalização do outro não legitima um ato.

Deve-se, ainda reiterar o fato de que o bem sacrificado, jovem embrião, para criação de tecido compatível para implante, não constitui recurso idôneo para alcançar os fins terapêuticos desejados, mas tão só uma possível promessa.

3. CLONAGEM REPRODUTIVA, DIGNIDADE HUMANA E AUTONOMIA

Tem-se anunciado a existência do direito à procriação que incluiria, como consectário, o direito à escolha das características do filho. Este pensamento está de acordo com aquele que defende a clonagem reprodutiva como meio legítimo de concretização deste possível direito. Se há um direito à procriação, segundo John Robertson,²⁶ também existe o direito a escolher as características dos filhos e o de optar por aquelas que são desejadas, seja por exclusão negativa ou por seleção positiva.

A existência do direito de ter filhos resulta de interpretações feitas de documentos internacionais, a exemplo da Convenção sobre Eliminação da Discriminação contra Mulheres, realizada no ano de 1979, a Conferência do Cairo de 1994 e a Conferência Mundial Sobre Mulheres de Pequim, no mesmo ano, nas quais se delinearão os conteúdos dos direitos reprodutivos. Eles são interpretados sob uma vertente negativa, livre exercício da sexualidade dissociada da função de ter filhos, e uma vertente positiva compreendida como direito de engendrar filhos próprios.

No direito constitucional norte-americano o direito de ter filhos é compreendido como parte do exercício da autonomia reprodutiva, o que não significa, porém que o cidadão tenha o direito de exigir, por meio de uma ação, a prestação de meios para este fim por parte do Estado. A autonomia reprodutiva é entendida, desta forma, como um direito negativo (direito de liberdade sem interferência do estado) e não como direito positivo²⁷.

26. Apud LEVINE, Judith. Lo que la modificacion genética humana significa para la mujer. In: *World Watch*, Vol. nº4. July/August 2002, Washington DC. P.26-29. p. 28.

27. KLOTZKO, Arlene Judith. *Um clone de si mesmo?*... p. 125.

Autores espanhóis afirmam que a Constituição daquele país reconhece o direito à procriação, ainda que não o faça de forma expressa, derivando-o, do direito de liberdade pessoal (mais uma vez a autonomia) intimidade pessoal e familiar. Ou seja, seria um consectário da dignidade, a realização de um direito fundamental, uma vez que as técnicas de reprodução assistida podem atender ao desejo de uma mulher ou de um casal de gerar filhos. Se das técnicas empregadas, resultar o sacrifício de um embrião, não sendo este titular de direitos (embora possa se reconhecer que se trata de um bem jurídico) deve prevalecer o direito à procriação. Quanto aos possíveis atentados ao ser que gerado, diversos argumentos são opostos com vistas a avaliar o emprego da técnica.

No Brasil, a vertente positiva foi convocada pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia que aprovou uma Carta de Princípios Éticos sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos Dirigida à Prática de Ginecologistas e Obstetras.

No artigo segundo do documento, está disposto que: *Todos os recursos científicos, no âmbito público e privado, devem ser garantidos e disponibilizados para que homens e mulheres efetivamente exercitem seus direitos sexuais e reprodutivos.* Isto significaria que todos devem dispor dos recursos tecnológicos existentes – e por existir –, inclusive clonagem, se necessário for, para alcançarem seu objetivo de dar origem a um filho que derive do próprio patrimônio genético. Como disse Ana Rotania ²⁸ “tal posição significar trilhar a estrada do encantamento do tudo é possível ou da cega audácia – que vai da atitude tímida e maravilhada sobre os benefícios até quase o delírio tecnocrático”...

Mas, por que não trilhar este caminho se ele foi possibilitado pela própria inteligência humana e em seu favor? Não consiste a liberdade no maior patrimônio da espécie humana? A capacidade de transcender os próprios limites em busca de novas possibilidades pode, de certo modo, constituir um tributo à dignidade humana. Neste sentido, os transhumanistas têm destacado que é necessário remover o bloqueio que impede que as pessoas vejam o novo mundo aberto pela tecnologia para a espécie, cuja condição não deve ser considerada como inalterável, como uma constante por natureza. Nicholas Broston ²⁹ afirma que, se nossa civilização

28. ROTANIA, Alejandra Ana. Biologia moderna e Feminismo e Ética. In: *Tecnologias Reprodutivas* (org) Lucia Scavone. Unesp, São Paulo, 1996, p. 164. A propósito do direito a ter filhos vide COUTO, Michelle Cristine Assis. *Existe Um Direito de ter filhos?* 2007. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

29. BOSTROM, Nicholas. Transhumanism. Disponível em: <http://www.transhumanism.org/index.php/WTA/more/207>. Acesso em 20 nov. 2007.

continuar a existir, transformar-se-ão em realidade, inteligência sobre-humana, felicidade constante, expectativa de vida ilimitada, transferência da mente para uma realidade virtual, colonização galáctica (introdução), nanotecnologia drexleriana³⁰. Ou seja, quase tudo poderá estar acessível se se conseguir superar os preconceitos contra a ciência, que terá, no futuro, os procedimentos refinados, para atenuar alguns dos efeitos negativos inerentes à condição humana, a exemplo do envelhecimento e a morte. O valor que deve guiar esta evolução – dita dirigida – é a vontade, tomada como valor absoluto; “só o indivíduo pode dispor sobre seu material genético e sobre sua existência em geral, conclui Pedro Fontela.³¹ Segundo o transhumanismo, existe um imperativo ético que impõe o controle da evolução e a luta pelo progresso e melhoramento da humanidade. A clonagem reprodutiva, neste contexto, constitui a resposta por excelência.

Francesca Martí³², com outros argumentos, defende, irrestritamente, a clonagem reprodutiva como forma de respeito às escolhas e planos de vida das pessoas, ou seja, em consideração a sua dignidade. A autora reconhece que a expressão não tem um conteúdo material preciso, mas diz acreditar que está seja, exatamente, uma de suas vantagens porque permite que concepções ideológicas distintas possam usar a mesma noção.

A estrada do encantamento apresenta-se, portanto, não só como aquela que deve ser trilhada, mas que como a que pode, em favor da manutenção de sua rota, fazer soterrar qualquer outra. Por isto mesmo, deve-se cuidar, porém para que a noção de dignidade n/ao seja invocada para justificar a voracidade contemporânea de satisfação de todo e qualquer desejo.

Manule Atienza³³ reforça a opção da autonomia, refutando os argumentos levantados contra a clonagem humana (conseqüências negativas em termos de biodiversidade, saúde, dominação das pessoas – que são predeterminadas desde o nascimento) e, mesmo diante deles, sugere que a técnica não é intrinsecamente mal, não sendo necessária, por isso mesmo, uma norma jurídica que tratasse de sua vedação absoluta.

A compreensão dos benefícios trazidos pela clonagem para resolver problemas de esterilidade sem que se torne necessário recorrer a material genético estranho

30. A Nanotecnologia drexleriana equivale ao que se chama nanotecnologia molecular e que pressupõe a construção, átomo a átomo, de dispositivos úteis à vida humana.

31. FONTELA, Pedro. Transhumanismo. *Diário Ateísta*. Disponível em: <http://www.ateismo.net/diario/2006/07/transhumanismo.php>. Acesso em: 1 mai 2007.

32. MARTÍ, Francesca. Clonación, dignidad humana y constitución. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 42. São Paulo: RT. 2003. pp 37-65. p.

33. ATIENZA, Manoel. Op. cit. p. 140.

àquele que quer procriar, deve superar os possíveis aspectos negativos da questão, conforme Seed³⁴, invocado por Atienza.

Da mesma forma, Klotzko³⁵ acredita é mais razoável usar material genético do pai infértil (através do uso de célula somática como núcleo do óvulo da esposa) do que recorrer a gametas de outro homem, inserindo um estranho genético na família. O recurso à inseminação artificial heteróloga, ademais, segundo a mesma autora, atinge também os interesses da criança gerada, na medida em que, em certos países como a Inglaterra, há leis que asseguram o anonimato do doador. É bem verdade que, nestes casos, o filho seria gêmeo do pai, o que introduz novas instabilidades na constituição da família.

A clonagem de embriões concebidos com material de um mesmo casal ganha especial destaque para os defensores da técnica que recomendam seu uso, também em casos de esposos inférteis que, mesmo após tratamento, conseguem fecundar apenas um embrião. A clonagem deste único embrião gerado visa a obter outros, que seriam mantidos congelados em reserva, no caso do implante fracassar. A oposição à prática com estes fins, diz Atienza³⁶, não encontra suporte a não ser em dogmas religiosos.

É possível, ainda que a clonagem vise a atender outras finalidades (desejos?): replicação e ressurreição. No primeiro caso, o clone pode servir como fármaco, ou seja, como portador de material genético compatível com o da pessoa enferma que necessita de transplante, a quem efetivamente faz a doação de tecido depois de nascido (o que marca a distinção da clonagem terapêutica na qual o jovem embrião é destruído quando blastócito). A segunda alternativa é designada impropriamente uma vez que não é possível ressuscitar a quem morreu, mas apenas criar alguém a sua semelhança.

Não só estes fins podem ser buscados; em sociedades que pretendem elevar todo desejo à categoria de direito e que buscam satisfazer todas as vontades, pode-se vir a clonar por curiosidade, por motivos eugênicos ou porque todas as ambições devem ser atendidas como tributo devido à dignidade e a autonomia do indivíduo. A cultura contemporânea, com traços exacerbadamente individualistas (que pretendem conviver com outros plurais), cultua uma espécie de consumo que se estende a todos os aspectos da vida, incluindo o próprio corpo.

34. Idem, p 111.

35. KLOTZKO, Arlene Judith. *Um clone de si mesmo?*... p. 125.

36. ATIENZA, Manoel. Op. cit. p. 110.

As conquistas da biotecnologia parecem ser reduzidas, muitas vezes, a uma função imediatista, sem que se considerem as conseqüências futuras da ação; parece bastar a idéia de que é possível investir na imortalidade ou no *design* humano desejado. Tudo está acessível e há muitas possibilidades de escolha, seja pela vida ilimitada, seja apenas pelo prazer de concretizar um desejo. Ter filhos gerados com o próprio material genético pode ser uma dessas aquisições. Resta esclarecer, como bem expressa Bertrand Richard que estes acontecimentos, se nos fazem mais responsáveis por nossa felicidade também nos submetem às suas imposições ditadas pelo marketing. O autor adverte, então, para os riscos deste fenômeno e sua importância na *sociedade da decepção* já que “quanto mais amplas e indefinidas são as nossas possibilidades de escolher um futuro individual, mais inimagináveis os recursos para criar novos estilos de vida, mais o ideal de harmonia parece estar ao nosso alcance, e mais a privação desses meios ecoa como algo inadmissível e frustrante.”³⁷ O desencantamento pela perda de referências da própria espécie pode ser o arremate final desta caminhada.

4. TRATAMENTO JURÍDICO

É questionável a força da norma penal para prevenir a clonagem em face aos estímulos de toda ordem para sua concretização. Sabe-se, no entanto, que foram celebrados pactos internacionais para proibir sua prática, o que também ocorreu na legislação de muitos países.

A clonagem de pessoas, com fins reprodutivos, é proibida em protocolos internacionais e na legislação de diversos estados. A Declaração da UNESCO de 1997 sobre o “genoma humano e direitos humanos” tem sido considerada o documento mais importante, dentre os que expressam o compromisso das nações subscritoras na vedação da clonagem reprodutiva (a Declaração foi aprovada pela Conferência Geral da UNESCO de 11.11.1997). Koïchiro Matsuura³⁸, então Diretor-Geral do órgão, afirmou estar convencido de que as diretrizes fixadas no documento teriam o papel de reforçar o compromisso moral assumido pelos Estados-Membros que se alinharam à Declaração, para dar consistência aos valores que defende e para estimular a reflexão de todos sobre questões novas e inconclusas que podem afetar o destino da humanidade. O artigo 11 do Documento está disposto que:

Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais com-

37. RICHARD, Bertrand. Prefácio a: *Sociedade da decepção*. Lipovetsky. São Paulo: Manole, 2007. p.X.

38. *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*. Revisão da Tradução para o português: Volnei Garrafa e Ana Maria Tapajós. Disponível em: www.anvisa.gov.br. Acesso em: 30 ago 2007.

petentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.

O Conselho da Europa, por seu turno, celebrou Protocolo Adicional à Convenção de Direitos do Homem e da Biomedicina sobre a Proibição de Clonagem, aberto à subscrição dos Estados-membros do Conselho da Europa em 1997. No ponto 2, distingue três situações: clonagem de células, uso de células embrionárias em procedimentos de clonagem e clonagem de seres humanos, proibindo apenas esta última e pondo sob moratória a segunda.

Apesar do Protocolo, os Ministros da Indústria e da Educação da União Europeia decidiram financiar, com fundos comuns, investigação usando células-tronco embrionárias desde que estas não implicassem na destruição de embriões humanos. Quanto à clonagem, o acordo levado a cabo pelos mesmos ministros não exclui a terapêutica, deixando-se de financiar apenas a reprodutiva.

Países como a Austrália, a Holanda, a Dinamarca e a Finlândia, embora permitam pesquisas com células embrionárias proíbem a clonagem reprodutiva. A Islândia, a Noruega, e Portugal, por seu turno, vedam tais pesquisas, assim como a Índia. A França aprovou, em 2004, nova legislação que tornou a clonagem humana – terapêutica ou reprodutiva – crime sujeito a pena de prisão de 30 anos e multa de sete milhões e quinhentos mil euros.

A Suécia, por sua vez, sendo líder mundial em investigação sobre células-tronco embrionárias, tenta mudar a legislação para liberar a clonagem com fins de tratamento.

Dentre os países mais liberais, estão Israel e a Grã-Bretanha³⁹ que já fazem pesquisas de clonagem terapêutica disciplinada por lei. Neste último, permite-se mesmo a criação de embrião para fins de pesquisa desde que haja consentimento dos doadores do material genético. A clonagem humana reprodutiva, porém foi proibida em 2001, sancionando-se a conduta daquele que implantar embrião humano clonado no útero de uma mulher com pena de prisão de dez anos.

O Brasil alinhou-se à orientação internacional e criminaliza a conduta no artigo 26 da Lei nº 11.105, no qual se dispôs: *realizar clonagem humana. Pena*

39. Desde 1990, a Lei de Fecundação Humana e Embriologia permite a investigassem com embriões humanos para alguns fins e, em 2001, a lei foi alterada de forma que fosse permitido o uso de embriões para a pesquisa de cura de enfermidades graves. Vide, a propósito da legislação sobre clonagem: http://www.bionetonline.org/castellano/Content/sc_cont4.htm THE CORNERSTONES for a Prohibition of Cloning Human Beings laid down in the European Convention on Human Rights and Biomedicine, *European Journal of Health Law*, Netherlands, n. 4, p.189-193, 1997.

– *reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.* com a seguinte. Deve-se interpretar que estão contidas na norma tanto a clonagem terapêutica como a reprodutiva, vez que ambas se originam de um embrião humano.

Do exame do tipo, um elemento merece especial destaque: o bem jurídico protegido.

Em outro instante⁴⁰, a autora já apontara o direito à identidade pessoal, à individualidade e à singularidade, que são lesadas com o processo de clonagem, como bem jurídicos protegidos. A par do argumento sempre invocado de que a natureza produz seus próprios duplos – os gêmeos univitelinos – sem que o fato seja compreendido de forma negativa, outras reflexões sobre o tema indicaram um interesse mais amplo a ser protegido pelo direito penal.

O paralelo que se busca estabelecer com os monozigóticos, ora enfatiza a naturalidade da identidade entre pessoas, ora ressalta peculiaridades que sempre existem em cada uma delas, distinguindo-as. Klotzko⁴¹, embora reconheça a força dos fatores genéticos na formação da identidade, procura destacar a importância do ambiente no desenvolvimento da personalidade, acentuando a distinção entre a identidade pessoal e a identidade genética. Se o meio ambiente atua de forma tão marcante, apesar da profunda semelhança do tamanho do cérebro e das proporções dos diversos lóbulos, que existe entre os gêmeos monozigóticos, não haveria razão para se proteger a singularidade porque esta não seria atingida com a ação de clonar. Em razão da inidoneidade do meio – clonagem – o resultado desvalorado, a duplicação da própria personalidade, não seria atingido.

A necessidade de proteger a dignidade do feto atingido em sua identidade genética é afastada também por Martí⁴² ao negar que a clonagem possa produzir indivíduos idênticos na medida em que fatores externos se encarregam de produzir suas marcas e moldar outras variáveis. Sustenta, ademais que o essencial à dignidade do ser humano não é a singularidade por si mesma, mas a capacidade de tomar decisões a respeito de sua vida e ter esta autonomia respeitada pelos demais.

Tais posições, portanto, ao negarem a possibilidade de identidade entre clone e clonado, rejeitam o direito à singularidade como bem jurídico a ser protegido, assim como a integridade genética do sujeito.

40. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005.

41. KLOTZKO, Arlene Judith. *Um clone de si mesmo?*... p. 142 e ss.

42. MARTÍ, Francesca. Clonación, dignidad humana y constitución. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, nº. 42. São Paulo: RT. 2003. pp 37-65. p. 58.

O recurso à relatividade da influência genética na formação da personalidade, no entanto é incerto porque, afinal, não há clones humanos, de forma que esta posição não passa de idéia carente de validade já que não pode ser verificada. Outros estudos⁴³ vêm, ao contrário, afirmando o papel decisivo dos genes sobre a personalidade, inclusive apontando as áreas responsáveis por comportamentos específicos.

Hans Jonas⁴⁴ percebe e revela outro tipo de lesão que a clonagem pode produzir ao sujeito clonado e que vai além da impossibilidade de construção da própria identidade: o suposto clone é alguém que sabe demais a seu respeito, o que afeta sua liberdade para vir a ser o que pode ser, ou seja, a forma como foi gerado predetermina sua inserção pessoal e intersubjetiva. O clone seria um eco da vida de outrem, preso às expectativas de outras pessoas que, afinal, já conhecem o roteiro destinado a esta pessoa. “Roubar premeditadamente esta liberdade a um futuro ser humano é um crime que não tem como ser expiado e que não pode ser cometido sequer uma única vez”.

Habermas⁴⁵ afirma que a clonagem reprodutiva significa um controle deliberado de uma vida criada segundo as preferências e desejos de terceiros. Isto constitui “uma programação entre pessoas que sabem que, para elas, por princípio, está excluída a possibilidade de trocarem seus lugares sociais”. A prática distorce a auto-compreensão que a espécie tem de si mesma como uma comunidade moral integrada por pessoas iguais e livres.

A clonagem reprodutiva afeta, portanto, um interesse supra-individual que encontra seu suporte em valor compartilhado pelas pessoas, cuja lesão afeta a humanidade tal como se reconhece hoje.

Não cabe, quanto à clonagem reprodutiva, uma reflexão com foco no embrião que é destruído para a obtenção de células totipotentes, porque a geração de um ser predeterminado por outro, atinge, além deste, outros valores como se viu.

No que tange à clonagem terapêutica, todavia é pertinente que se invoque razões habermasianas, para superar a idéia de que o uso de células do blastócito

43. Vide, a propósito do tema, os estudos do *Kings College* em Londres que vêm identificando genes responsáveis pela depressão e atitudes anti-sociais, embora só se manifestem em situações de stress. Estudos também foram realizados pela universidade de Boston sobre a influência genética no comportamento sexual e as obras de DAWKINS, Richard, *O gene Egoísta*; PINKER, Steven. *Tabula Rasa, a Negação Contemporânea da Natureza Humana*. (tradução portuguesa por Laura Teixeira Motta). RIDLEY, Matt. *O que Nos Faz Humanos: Genes, Natureza e Experiência*.

44. JONAS, Hans. Técnica, medicina y ética. Sobre la practica del principio de la responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997. p 127

45. HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana...* p.90.

se justificam porque, embora seja este um bem jurídico digno de proteção, tem menos valor do que as pessoas já nascidas. Não se deve, como já referido supra, resolver-se a questão da destruição do embrião com base apenas no princípio da proporcionalidade. É evidente que o direito penal confere, mesmo na espécie humana, valor distinto à vida já formada daquele concedido à vida em formação. O aborto tem uma pena menor do que a do homicídio, por exemplo. Com isto, não se está, porém autorizando a instrumentalização da vida humana, em qualquer fase de seu ciclo, para servir como peça de reposição de outra vida. “É indubitável que o ser humano não nascido (o feto ou o embrião) ainda não é uma pessoa, numa perspectiva jurídica, mas trata-se de uma vida humana e sua destruição impede seu desenvolvimento, nascimento e que possa se tornar uma pessoa”⁴⁶.

Arroyo Zapatero⁴⁷, a propósito do crime de aborto, compreende que o bem jurídico protegido pela norma, neste caso, diz respeito a um interesse da própria comunidade que valora positivamente a vida embrionária como um antecedente e pressuposto da vida plena. A comunidade reconhece, pois, no embrião um membro futuro da mesma comunidade com o qual se identifica.

A clonagem terapêutica lesa, desta forma, valor distinto daquele atingido pela clonagem reprodutiva, qual seja, o direito do jovem embrião de participar da vida como ser humano e a compreensão que a espécie tem de si mesma, como sendo integrada por iguais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A biotecnologia não pode ser desacreditada *a priori* em razão dos possíveis usos que possam ser feitos de seus recursos. Graças aos benefícios da ciência, a média de vida aumentou em três anos nas duas últimas décadas. Os meios disponíveis para alívio e cura de muitas enfermidades tem conferido conforto e bem-estar a muitos doentes. Não se alcançou a imortalidade, todavia e o fantasma de morte e da destruição rondam a existência humana.

Apesar do desenvolvimento científico, a fome pode vir a matar vinte milhões na África, enquanto, do outro lado do mundo, a obesidade determina outras tantas mortes. Há guerras, guerrilhas, atentados contra civis, crianças e velhos, tudo a

46. CEREZO MIR, José. Em correspondência pessoal à autora encaminhada via e-mail no dia 6 de set de 2007.

47. ZAPATERO, Luís Arroyo. Prohibición del aborto y constitución, in: S Mir Puig (Coordenador) La despenalización del aborto, Bellaterra: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1983. p. 71

indicar que a tecnologia por si só não significam o alcance de vida eterna em harmonia e justiça.

A busca da satisfação de todos os desejos e o recurso às infindáveis ofertas do mercado que anunciam felicidade não devem ser confundidas com direitos fundamentais embora possam representar um anseio primitivo de sobrevivência e prazer.

O supermercado genético significa uma solução perigosa porque nela podem se dilapidar valores que conferem identidade à espécie humana. A razão científica não tem em si mesma sua verdadeira finalidade, esta deve ser recebida da ética e assegurada pelo direito.

II

O ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA

Um direito fundamental

Paulo César Santos Bezerra

Pós-doutor (Universidade de Coimbra). Professor-adjunto da Universidade Federal da Bahia.

RESUMO: O movimento pelo acesso à Justiça é um aspecto central do moderno Estado social ou welfare state. Nota-se que não se trata de um movimento limitado à justiça em seu significado judiciário; abrange, pelo contrário, área muito mais vasta, de acesso a direitos: à educação, ao trabalho, ao repouso, à saúde, etc.

Embora se reconheça que o aspecto judiciário é aquele que mais claramente e vivamente tem atraído a atenção dos estudiosos e das reformas em um número crescente de países, o efetivo acesso à Justiça constitui um verdadeiro direito, e um direito fundamental da pessoa humana, e nesse aspecto é tratado no presente texto.

RESUMO: Il movimento per l'accesso alla giustizia è dunque un aspetto centrale del moderno Stato sociale o welfare state. Si noti che non si tratta di un movimento limitato alla giustizia nel suo

significato giudiziario; esso abbraccia al contrario area ben più vaste, come l'accesso all'educazione, ao lavoro, ao repouso, alla salute, ecc.

Va peraltro riconosciuto che l'aspetto giudiziario è tra quelli che più chiaramente e vivamente hanno attirato l'attenzione degli studiosi e dei riformatori in un numero crescente di paesi, il effettivo accesso alla giustizia e a dirittos, forma un perfetto diritto fondamentale de la persona humana, e in questo modo è che si tratta in questo texto.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso À Justiça – Acesso A Direitos – Direitos Fundamentais – Estado Social.

PAROLAS-CHIAVES: Accesso alla giustizia – Accesso a dirittos – Dirittos fundamentales – Stato social.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações iniciais sobre o acesso aos direitos e à Justiça: 2.1 Origem das discussões sobre o acesso aos direitos e à justiça – 3. O acesso aos direitos e à Justiça no mundo contemporâneo (algumas amostragens): 3.1. Dimensão parcial do fenômeno (ou do problema) e soluções reducionistas – 4. O acesso aos direitos e à Justiça como direito fundamental – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O acesso à justiça tem sido tratado por uma perspectiva reducionista de acesso ao processo (ou ao Poder Judiciário), mas esse fenômeno não se resume a isso,

como se irá demonstrar. De fato, o Direito, dentre outras divisões e classificações que comporta, reparte-se em *direito material e direito processual*.

Também a questão da justiça comporta diversas conotações, sejam de senso comum, sejam de análises mais profundas e mais científicas. Assim, ao se falar em Justiça, ora se está referindo ao aparato judicial, ora ao ato de julgar em si mesmo, ora, até, às instalações onde os membros do Judiciário atuam (os prédios, fóruns, etc.).

Aqui, tanto o direito como a justiça são tomados num espectro bem mais amplo, é dizer, o acesso aos direitos não se resume ao acesso ao processo apenas, e o acesso à justiça não se reduz ao acesso ao Judiciário, e, embora a quase totalidade dos autores que abordaram, em seus estudos e escritos, o acesso à justiça, o tenham feito como se isso se reduzisse ao acesso ao processo, ou seja, à relação jurídico-processual, e poucos tenham analisado a fase pré-processual, procurou-se, nesse texto, enveredar por outro caminho que busca analisar o acesso aos direitos e à justiça numa perspectiva que conceda ao próprio acesso a qualidade de um direito, e de um direito humano e fundamental.

Inicialmente, procurou-se tecer algumas considerações acerca do que se define como *acesso aos direitos e à justiça*, buscando um corte epistemológico e metodológico para o tema aqui abordado, apontando dados históricos determinantes da origem das discussões sobre o acesso aos direitos e à justiça, almejando demonstrar que os mesmos móveis de debates sobre esses temas ainda são atuais, logicamente acrescentados a outros dados que surgiram nas últimas décadas.

Essa busca das origens fornece uma ponte para a análise do acesso aos direitos e à justiça no mundo contemporâneo e fornece aparelhamento para demonstrar que as dimensões parciais do fenômeno ou do problema do acesso aos direitos e à justiça refletem, também, soluções parciais e não satisfatórias, o que se buscará fixar no item 3.1.

No item 4 do texto, o acesso aos direitos e à justiça é apresentado como um direito em si mesmo, e um direito fundamental, apresentando-se, em considerações finais, pontos para reflexão e propostas que se reputam novas e mais abrangentes para a solução dos problemas do acesso aos direitos, como via de concretização da justiça.

2. CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DO ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA

As discussões acerca da justiça sempre tomaram as mentes dos pensadores da mais remota antiguidade, mas, especificamente, as questões referentes ao acesso à

justiça nascem no contexto das crises, sejam econômicas, sociais, ou das chamadas crises estatais como um todo.

Ultimamente, à questão do acesso à justiça, tem-se acrescentado o debate acerca do acesso aos próprios direitos, como corolário do acesso à justiça. E essa questão também conecta-se com as chamadas crises.

As crises do Estado (Estado-Providência) e da Justiça (Poder Judiciário), estão no contexto de outras crises sociais mais amplas. Nesse contexto de crise, surgem os questionamentos do acesso à justiça, e Cappelletti é quem oferece a melhor definição de acesso à justiça (ainda que numa perspectiva apenas processual), quando diz que este acesso consiste “nos meios graças aos quais os direitos se tornam eficazes.”¹

2.1. Origem das discussões sobre o acesso aos direitos e à justiça

As discussões sobre o acesso aos direitos e à justiça, portanto, surgem e tendem a se estabelecer nos contextos de crise, e é um dos temas mais caros e mais estudados pela Sociologia do Direito.

A referida crise não traduz apenas o *negativo* circunstancial, a quebra anômica que se sofre e lamenta, mas sobretudo a consumação histórico-cultural de um sistema, a perda contextual de sentido das referências até então regulativas (o paradigma que vigorava esgotou-se, um novo paradigma se exige). E o essencial dos sistemas e dos paradigmas não está na estrutura, mas no sentido: a estrutura organiza e permite o funcionamento, mas só o sentido funda e constitutivamente sustenta. Daí também que uma crise só possa ser superada por uma crítica, isto é, por uma reflexão refundadora de um novo sentido². E o acesso aos direitos e à justiça, como originada das crises, deve ser assim analisado.

No quadro das argumentações surgidas a partir dessas discussões, o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático e, também, uma forma

1. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre-RS: FABRIS, 1998. p.17. Os autores coordenaram, no final dos anos 70, em Florença-Itália, um grande projeto de investigação sobre o acesso à justiça. Nesse projeto, propuseram dois caminhos analíticos: o primeiro, identificava o acesso ao direito e à justiça com a igualdade ao acesso ao sistema judicial e à representação por um advogado num litígio; o segundo, mais amplo, encarava o acesso ao direito como garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos. Aqui, nossa análise guia-se, prioritariamente por essa segunda via, apenas demonstrando-se a insuficiência da primeira via, embora esta também seja importante.
2. CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema” “função” e “problema” – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1-44.

de acesso ao político. Nesse sentido, as barreiras ao acesso à justiça são encaradas como barreiras ao exercício da cidadania e à efetivação da democracia, sobretudo se o acesso for entendido no sentido amplo que envolve, para além da igualdade de acesso à representação por advogado num litígio, também a garantia de efetividade, eficácia e implementação de direitos. Colocada a questão nesses termos, a contextualização sócio-política da questão do acesso tem levar em consideração a situação da sociedade civil, da organização dos interesses, dos movimentos sociais, das culturas jurídica e política e da mobilização e participação dos cidadãos em diferentes esferas e níveis de intervenção na sociedade.³

Como se verá, contudo, as abordagens que, inicialmente se resumiam à problemática do acesso à justiça, por uma perspectiva apenas do acesso ao Judiciário, aos poucos avança para a discussão do acesso ao Direito, ou aos próprios direitos.

Constata-se, assim, que “estamos num tempo em que se joga o destino humano-cultural no Ocidente, onde o *direito ao direito* se deve proclamar, como o verdadeiro, o último e decisivo direito do homem. Mas, para isso, necessário é que o direito se compreenda no seu sentido autêntico, não mero imperativo do poder, não simples meio técnico de quaisquer estratégias, mas validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifestem.”⁴

O acesso aos direitos depende do funcionamento do Estado e da Sociedade Civil organizada. Assim, garantir o acesso aos direitos é assegurar que os cidadãos, especialmente os socialmente mais vulneráveis, conheçam seus direitos, não se conformem frente a sua lesão e tenham condições de vencer os custos da oportunidade e as *barreiras econômicas, sociais e culturais* para aceder à entidade que consideram mais adequada para a solução do litígio, seja uma terceira parte da comunidade, uma instância formal não judicial ou os Tribunais Judiciais.⁵

Uma concepção de acesso aos direitos e à justiça que tenha em perspectiva apenas o acesso ao Judiciário não satisfaz, já se disse, e isso ocorre porque o homem é um ser pleno de necessidades, primárias ou não. Em sua dinâmica, a fim de realizar seu objetivo de vida, precisa satisfazê-las. E para atender a essas necessidades, existe na natureza o que se denomina bens da vida, devendo-se destacar que estes são limitados, enquanto as necessidades são ilimitadas, pois, uma vez satisfeitas, o próprio homem se encarrega de criar outras.

3. PEDROSO, João, TRINCÃO, Catarina, DIAS, João Paulo.(Coords.) *O acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão*. COIMBRA: CES, 2002, p. 1. O CES – Centro de Estudos Sociais é da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, e está sob direção científica do Professor Doutor Boaventura de Sousa Santos.

4. CASTANHEIRA NEVES, A. Op. cit. p. 43.

5. PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo.(Coords.). Op. cit. P. 12.

Qualquer tentativa de classificar as necessidades, de listá-las, será vã. As necessidades surgem de acordo com a tábua de valores que criamos para nós. As necessidades humanas não podem ser tratadas nem analisadas através de uma visão exclusivamente materialista. Requerem um olhar sob o prisma sociológico, um pensar em termos abstratos e humanísticos, de forma crítica, e isso é o exigencial que faz da filosofia uma expressão das necessidades humanas. O homem pensa para realizar seu ser, satisfazer suas inclinações, atender a seus interesses; a tarefa da filosofia é definir o mundo e o homem, e estabelecer a medida de tais interesses e de sua realizabilidade.⁶

Nessa perspectiva de realizabilidade de interesses e direitos é que se estuda aqui o acesso aos direitos e à justiça.

3. O ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO (ALGUMAS AMOSTRAGENS)

Ainda contemporaneamente, da mesma forma como se dava no início dos debates, nos anos 60 e 70 do século passado, as questões atinentes ao acesso aos direitos e à Justiça ficam quase que reduzidas ao acesso ao processo.

A França apresenta o modelo mais complexo e mais completo, com leis de reforma de 1972, 1991 e 1998. Esta última busca a criação de uma visão plural de acesso ao direito e à justiça com medidas de prevenção a partir do acesso às informações jurídicas, criando: a) meios de informação jurídica que asseguram uma aplicação espontânea do direito pelos interessados e em que o judicial apreço como último recurso; b) o fomento da ampliação dos processos não-judiciais, aumentando a garantia e não só servindo para funcionar como alternativa ao meio judicial; c) as condições necessárias à realização efetiva dos direitos sejam eles quais forem. Foram criados então: *os conselhos departamentais de acesso ao direito (CDAD)*; *as Casas de Justiça e de Direito (CJD)*; e *os pontos de Acesso ao Direito (PAD)*.⁷

Na Inglaterra e no País de Gales o sistema foi reformado pela Lei de Acesso à Justiça (1999), criando a Comissão de Apoio Judiciário, com delegações regionais e competente para coordenar várias fontes de financiamento. Abrange desde consultas de ordem geral, redação de correspondências, negociações para resolução

6. SALDANHA, Nelson Nogueira. O problema fundamental da moral. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. Vol. V. Fasc. III. Jul-Set. 1955, p. 622-636. Pode-se, com certo aparo, acrescentar que esse “definir e estabelecer medidas” é função, também, da Justiça, como tema da filosofia e da ciência do Direito.

7. Os presentes dados, em grande parte, foram extraídos de PEDROSO, João (Coord), TRINCÃO, Catarina e DIAS, João Paulo. Op. cit. p. 123 e seguintes.

de litígios, obtenção de parecer de um advogado e preparação de alegações que o próprio titular do direito possa apresentar em juízo.

No Quebec e no Canadá, criou-se a Comissão de Serviços Jurídicos (CSJ), com personalidade jurídica, para descentralizar os trabalhos pelos centros de apoio judiciário; centros regionais e locais de acesso à justiça.

Na Espanha, a partir de 1996, importantes leis foram promulgadas, abolindo as taxas judiciárias e criando serviços de consulta e orientação, selecionando os assistidos por critérios econômicos e sociais, o que resultou na criação das Comissões de Assistência Jurídica Gratuita, sediada em cada capital de província, com suporte administrativo fornecido pelo Ministério do Interior.

Na Holanda, a análise de pedidos de apoio judiciário é procedida pelos gabinetes de Apoio Judiciário, e, na Alemanha criaram-se Núcleos de Assistência Judiciária, competentes tanto para analisar os pedidos como para decidir sobre o mérito das causas. E em Portugal, há os Núcleos de Apoio Judiciário e criou-se o figura do Provedor de Justiça, com estatuto próprio, que, em seu art. 3º prevê que *os cidadãos podem apresentar queixas por ações ou omissões dos poderes públicos, ao provedor de Justiça, que as aprecia sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar as injustiças.*

O Livro Verde da Comissão Européia sobre assistência judiciária (2000) propõe, dentre outras medidas: a prestação de conselhos jurídicos gratuitos ou a baixo custo; a representação em Tribunal por advogado; a isenção parcial ou total de outras despesas. Designa custas judiciais, e ajuda financeira para compensar despesas da parte vencedora. Já em 2002, o Livro Verde trata de soluções alternativas de resolução de litígios em matéria civil e comercial.

Em 1993, o Conselho da Europa através da recomendação N. R (93), demonstrou preocupação com o acesso efetivo ao direito e à justiça das pessoas em situação de grande pobreza. Recomendava, então, o Comitê de Ministros, aos Governos dos Estados-membros, que facilitassem, às pessoas em situação de grande pobreza, o acesso efetivo ao direito (o direito ao direito), aos modelos para-judiciais de solução de conflitos e aos Tribunais. E que, para isso, consultassem as organizações não-governamentais e as associações de auxílio às pessoas em situação de grande pobreza.

No Chile, onde se consolida, cada vez mais, um *ethos* legalista na cultura nacional, os sistemas de resolução de conflito mais relevantes não passam necessariamente pelo Poder Judicial, por causa de um processo histórico de descrédito desse Poder, engendrado pelos demais, notadamente pelo Executivo. Mas, tam-

bém, não saem da esfera estatal, uma vez que persiste um sistema de legalismo exacerbado, onde até os mecanismos de arbitragem são plenamente regulados pelo direito vigente, resultando difícil encontrar-se alguma forma de resoluções informais de resolução de conflitos. Contudo, a insuficiência dos sistemas jurídico e judicial para responder às demandas e necessidades dos setores mais pobres da população é reconhecida como um problema muito antes desses sistemas serem postos em questão de maneira tão aberta como na década de 70 e tão generalizada como na década de 90.

As dificuldades, para não dizer a virtual marginalização do acesso dos pobres à justiça se reconhece de um modo muito aberto no início da década de 70 em um *Projeto de Justiça Vicinal*, que, se não logrou êxito em sua aprovação e promulgação, motivou o mundo acadêmico a se movimentar, criando alguns movimentos que buscavam abrir e ampliar esse acesso.

Criam-se, nesse contexto, alguns órgãos de assistência aos pobres, como as Corporações de Assistência Judicial, os consultórios jurídicos do Ministério da Justiça, a autorização para instalação e funcionamento das ONGs, e, mais recentemente, os mecanismos alternativos de resolução de conflitos, como os órgãos de conciliação, de arbitragem, as mudanças procedidas na legislação e no sistema penal, e o recurso de amparo, modelo de recurso espanhol que no Chile, dentre poucos países da América Latina, implantou-se, e segundo o qual, o titular de direitos humanos ou fundamentais pode recorrer diretamente ao Tribunal Superior, em situação de violação desses direitos, mesmo contra o Estado.

Do seio da comunidade acadêmica, notadamente através de projetos encaminhados pela Universidade Diego Portales, no sentido de se procurar desjudicializar as causas e levá-las a sistemas alternativos ou a sedes administrativas, buscou-se introduzir a obrigatoriedade da chamada conciliação em todos os processos civis, medida recentemente aprovada em lei, e que fez com que a atividade de conciliação aparecesse como uma das atividades principais que devem realizar os juízes dos Tribunais de Família e Vicinais.

Essas medidas e posturas levam ao Chile muitas expectativas de mudança para a situação de marginalidade dos pobres frente à justiça. Contudo, falta, às políticas do Estado, um plano mais coerente e global de acesso à justiça e aos direitos, pois as medidas ainda são desordenadas. Seria razoável, então, pensar-se que todas as medidas podem ser tomadas num plano coerente de melhoramento da situação dos excluídos dos direitos e da justiça.⁸

8. SUTIL, Correia Jorge e ALLENDES, Maria Angélica Jiménez. *Sistema Judicial y Pobreza: estudio sobre el acceso a la justicia em Argentina, Chile, Peru y Venezuela*. Santiago-Chile: Cadernos de Análisis Jurídico

Na Argentina, a estrutura judicial apresenta as complexidades de todo sistema federal. As sucessivas alternâncias do governo (autoritário e democrático), influenciou no sistema, mas o retorno da democracia em 1983 gera uma forte atenção da opinião pública no sistema judicial, especialmente em razão dos juízos que se seguiram aos militares, por violações aos direitos humanos.

O acesso dos pobres à justiça, não obstante reconhecer-se como um objetivo prioritário, não tem estado no centro do debate. Os membros do Ministério Público, que em outros países da região, como o Brasil, têm sido atores dinâmicos de um processo que visa melhores mecanismos de acesso à justiça e aos direitos, na Argentina, são designados por resolução ministerial (nem sequer é necessário um decreto do poder executivo) e não gozam de estabilidade em seus cargos, carecendo, hoje, de independência do Poder executivo, uma vez que a este se atribui a faculdade de designar e remover o seu pessoal, nem possui sistema transparente de medição de méritos.⁹

Como mecanismo de acesso à justiça e aos direitos, a Argentina criou um sistema de defensoria e representação jurídica, através das Defensorias Oficiais, ligadas ao Ministério Público, o que constitui uma ligação difícil de justificar, com funções, em geral, de: assumir a defesa nos casos penais, quando o imputado careça de advogado particular, independentemente de sua condição econômica¹⁰; patrocinar em juízo, na esfera civil, a quem houver obtido carta de pobreza¹¹; evacuar as consultas de pessoas que só tenham o necessário para a sua sobrevivência; representar e defender os ausentes com presunção de falecimento, ou os ausentes em geral; defender os incapazes e dementes quando concorram razões especiais de pobreza.

O sistema de assistência jurídica aos pobres em Argentina, ainda representa uma conformação débil de serviços brindados fundamentalmente por defensores oficiais e por órgãos administrativos, colégios de advogados, faculdades de direito, sindicatos e associações privadas e de consumidores.

A magnitude do problema foi reconhecida pelo próprio Conselho para a Consolidação da Democracia, quando disse que se devia revisar todo o sistema de

da Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Os dados sobre acesso aos direitos e à Justiça no Chile, Argentina, Peru e Venezuela foram retirados desta obra.

9. BIELSA, Rafael. *Transformación del Derecho em Justicia. Ideas sobre la Reforma Pendiente*. Buenos Aires: Argentina, 1993, p.64.

10. Que no Brasil corresponde aos advogados dativos.

11. No Brasil, por força de lei, basta que o requerente do benefício alegue que é pobre.

consultoria, patrocínio e defensoria gratuitos, de modo que os setores sem recursos tivessem possibilidade de um acesso real à justiça em igualdade de condições.

Como novidade recente, criou-se a figura do *ombudsman*, ou Defensoria do Povo, que pertence ao Poder Legislativo da Nação, que tem como função de proteger os direitos e interesses dos indivíduos e da comunidade frente aos fatos, atos e omissões da administração pública nacional que impliquem o exercício ilegítimo, defeituoso, irregular, abusivo, arbitrário, discriminatório, negligente, gravemente inconveniente ou inoportuno de suas funções, incluindo aqueles capazes de afetar interesses difusos ou coletivo.¹²

No Peru, a situação experimentada fez-se semelhante à da Argentina, no que se refere à alternância de governos militares e civis, com profundas mudanças, nos últimos anos, no que toca ao âmbito político, econômico, social e judicial. Após os governos militares, de Juan Velasco Alvarado e Morales Bermúdez, quando a experiência de um governo constitucional com Fernando Belaúnde Terry, inaugura-se uma nova Constituição, elaborada por uma Assembléia Constituinte eleita por voto popular e que entrou em vigência em julho de 1980. Segue-se o governo democrático de Alan Garcia, sucedido pelo governo neoliberal com rasgos autoritários e populistas de Alberto Fujimori que, não obstante ter sido eleito democraticamente, resolve interromper a continuidade democrática do país com um golpe apoiado pelos militares em 1992.¹³

A partir daí, o Estado, incluído o sistema de distribuição de justiça, é percebido como um ente distante, pouco poderoso e corrupto. A falta de resposta estatal aos conflitos internos que o afetam, e a ineficácia, por muitos anos, para combater o terrorismo, levaram o Estado a um forte desprestígio.

A estrutura do sistema judicial foi reorganizado, a partir de 1992, com o poder Judicial, o Ministério Público e, ainda mais especificamente, o tribunal de Garantias Constitucionais. A orientação destas mudanças é de caráter garantista e busca dar ao sistema uma maior transparência e eficiência. Mas o funcionamento da justiça tem sido tradicionalmente muito lento e o é mais ainda nos procedimentos penais, que geralmente afetam a liberdade das pessoas mais pobres.

Mas a legislação peruana prevê a defesa gratuita dos pobres, obrigando o Estado a proporcioná-la. Participam dos trabalhos de assistência, os Colégios de Advogados, com lista de nomes habilitados anualmente perante os Tribunais Superiores, as Universidades, estas, historicamente atuantes em toda a América

12. SUTIL, Jorge Correia; ALLENDES, Maria Angélica Jiménez. Op. cit. p.143.

13. SUTIL, Jorge Correia e ALLENDES, Maria Angélica Jiménez. Op. cit. p. 151.

Latina em defesa dos direitos, notadamente os direitos humanos e fundamentais, os consultórios jurídicos do Ministério de Trabalho e Previdência Social e as municipalidades e paróquias, instituições criadas para resguardar direitos e viabilizar um maior acesso aos mesmos. Além disso, desenvolve-se um interessantíssimo sistema de Rondas Campesinas, como áreas informais de distribuição de justiça, e que, embora tenha reconhecimento legal estão, regularmente, a enfrentar conflitos com as instâncias estatais, além da chamada *justiça informal em comunidades nativas*, o que se torna muito importante numa nação com 63 grupos étnicos, 39 povos nativos, com uma população estimada entre 150.430 e 201.462 de pessoas, o que representa 7,8% e 10,5%, respectivamente, da população total da selva.

Na Venezuela, a relação mais complicada em termos de direitos e acesso aos direitos e à justiça, estabelece-se entre a criminalidade, os pobres e a polícia. A pobreza extrema tem sido fator de aumento da criminalidade, principalmente no que se refere aos crimes contra a propriedade (66,1%); contra a conservação das instituições públicas e privadas (16,2%); contra as pessoas (13%); contra os bons costumes (3,5%); contra a ordem pública (0,7%); contra a fé pública (0,3%); contra a coisa pública (0,2%) e outros delitos (0,1%).¹⁴

Os cidadãos, nomeadamente os pobres, não se sentem seguros e experimentam um sentimento de desproteção frente à polícia, e chega ao ponto de serem reputados como *sujeitos passivos no sistema de justiça penal*.¹⁵

Algumas medidas, contudo, sempre originárias do trabalho de pressão da sociedade civil organizada, das ONGs e dos meios universitários e sindicais, começam a surgir, e já se veicula uma mirrada assistência judicial aos pobres e a mediação e conciliação em matéria penal.

No Brasil, o ordenamento jurídico carece de uma abertura maior e de flexibilidade de suas normas, e se mostra extremamente fechado, rígido. As leis ainda são feitas de forma a beneficiar grupos, coarctando o acesso à justiça aos menos privilegiados, principalmente as leis processuais, extraordinariamente complexas e permissivas de mecanismos de protelação de decisões, o que tem transformado a justiça num sonho distante e inacessível às camadas mais pobres da população. O próprio ordenamento encaminha o jurisdicionado para a via judicial de solução de conflitos, impedindo um verdadeiro acesso à justiça.

14. Dados fornecidos pela OCEI, constante em SUTIL, Jorge Correia e ALLENDES, Maria Angélica Jiménez. Op. cit. p. 184.

15. Idem. Ibidem. P. 198

E como acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo, como a problemática do acesso aos direitos e à justiça não pode ser estudada nos limites acanhados do acesso aos órgãos judiciais já existentes, a questão, ao final, não trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal e sim viabilizar o acesso à *ordem jurídica justa*.¹⁶

Também no Brasil, alguns mecanismos foram criados para viabilizar um maior acesso à justiça, porém nessa perspectiva de acesso ao Judiciário, criando-se, inicialmente, os chamados Juizados de Pequenas Causas, depois transformados em Varas Especiais Cíveis e Criminais, Defensorias Públicas, além de determinações legislativas como a nomeação de advogados dativos pelo juiz, a dispensa de custas e honorários daqueles efetivamente pobres, e, mais recentemente, as Ouvidorias.

Na perspectiva mais ampla aqui defendida de acesso a direitos e não só ao Judiciário, alguns planos dos últimos governos têm buscado atingir alguns objetivos da República Federativa do Brasil, como: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, previstos no art. 3º da Constituição Federal, embora alguns deles pareçam inacessíveis. Assim, criam-se programas como Fome-Zero, Bolsa-Escola, Bolsa-família e outros.

3.1. Dimensão parcial do fenômeno (ou do problema) e soluções reducionistas

Como visto, os diversos países têm buscado estabelecer mecanismos de acesso aos direitos e à justiça, mas como a ênfase é reducionista, como já inúmeras vezes afirmado, em que se vê o acesso como reduzido à oportunidade de estar em juízo, as soluções apresentadas também são parciais.

De fato, grande parte dos mecanismos criados pelos diversos países são relativos a : dispensa de custas processuais, nomeação de advogados dativos para acompanhamento em juízo, criação de Defensorias Públicas, Assistência Judiciária.

O acesso à justiça sempre foi ligado à idéia de custo, ao fator econômico. Inegável que há um custo implicitamente vinculado ao acesso à justiça, seja ele obtido pela via jurisdicional, processual, seja pela via extraprocessual. Esses cus-

16. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.33.

tos, de qualquer espécie, dificultam e, às vezes, desestimulam a até inviabilizam o acesso ao Judiciário. E como a idéia de acesso à justiça sempre esteve ligada – seja por leitões ou pelos próprios operadores do direito – à idéia unilateral da via processual, os custos econômicos e sociais provocados pelo chamado “processo injusto” têm desestimulado os cidadãos a exercer seus direitos e resolver seus conflitos, causando barreiras de acesso ao Judiciário (embora esse acesso seja a solução parcial dos conflitos não se está aqui retirando o valor do amplo direito de ação e de defesa de direitos).

Essa busca de solução de conflitos quase que exclusivamente pela via judicial, além do custo econômico apontado (às vezes inviabilizantes), gera, para os menos favorecidos uma angústia social gritante, frente às dificuldades processuais, o que leva, também, os cidadãos a se desiludirem com a justiça, daí o uso de expressões que só refletem o descrédito do Judiciário.

De fato, o “vai reclamar seus direitos na justiça”, denota uma impunidade latente frente às violações cometidas, e vêm substituindo a expressão “vou te levar na justiça”, que denotava confiança de que os direitos violados seriam recompostos. Isso demonstra a perda de confiança da população nos meios judiciais de solução de conflitos. E atualmente, essa visão equivocada de acesso à justiça pela via exclusivamente processual tem tido um retorno social negativo, na medida em que as expressões foram substituídas por “não adianta procurar a justiça” ou – o que é mais sério – “morro eu e meus filhos se procurar a justiça”. É o desengano, a desesperança e a angústia das gentes.¹⁷

Urge repensar essa questão do acesso aos direitos e à justiça como sendo o próprio acesso um direito, e um direito fundamental, do que se tratará adiante.

4. O ACESSO AOS DIREITOS E À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A impressão que se tem, ao pensar em Justiça e em direitos é que estes pouco valem (ou valem apenas de forma abstrata), se não se concretizam na vida das pessoas. Para isso, faz-se necessário um acesso a esses mesmos direitos e à essa mesma Justiça, com referência aos indivíduos, coletividades e povos, da forma

17. BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 182. Nesta obra, para onde remetemos o leitor, analisamos profundamente todas essas questões que são fruto da visão equivocada do acesso à justiça, como mero acesso ao processo. Aqui, o que se quer demonstrar é que uma dimensão parcial do fenômeno e dos problemas de acesso aos direitos e à justiça também leva a soluções parciais e paliativas.

mais ampla possível, ou num nível que reforce a dignidade da pessoa humana, a cidadania, a identidade cultural e social, e tantos outros valores eleitos pelos povos como fundamentais.

Desse modo, o acesso aos direitos e à justiça passa a ser um direito natural da pessoa humana e um direito fundamental de todas as pessoas (físicas ou jurídicas).

O direito natural é, historicamente, concebido em duas formulações básicas: como supradireito ou como direito oposto ao direito positivo. No primeiro sentido, ora é visto como base fundamental de todo direito positivo, e, neste sentido, será um direito hierárquica e valorativamente superior, ora como princípio geral, que estaria dirigindo todo o ordenamento jurídico positivado, portanto, em relação de simbiose com este.

Uma concepção geral de direito existe, que a todos os povos se impõe, não pela força da coerção material, mas pela força própria dos princípios *supremos, universais e necessários* dos quais resulta, princípios estes inerentes à natureza do homem, havido como ser social dotado, ao mesmo tempo, de vida física, de razão e de consciência.¹⁸

O direito natural, *oposto* e superior ao direito positivo, restaria fora de toda normatização, de toda legislação, de todo costume imposto. Assim, o direito natural, em oposição ao positivo, é o que não foi criado pela lei, nem pelos juízes ao suprirem as lacunas daquela, nem pela sociedade, mas o que tem uma existência anterior e independente dos textos e dos atores jurídicos.¹⁹

Seja qual for o sentido dado ao direito natural, a ele sempre se recorrerá, em última instância – sem querer dar à palavra instância o sentido de grau de jurisdição – para fazer valer direito posto ou pressuposto.

Os pensadores se revezam, historicamente, com relação a aceitarem, ou não, a existência do direito natural. Alguns, categoricamente, afirmam a sua existência e o enxergam como base de todo o direito, e, até, como fundamento único de toda a vida dos direitos. Outros negam absolutamente sua existência. De todo modo, arripia a conclusão de que toda a moderna axiologia fenomenológica teria sepultado tudo o que restava do jusnaturalismo, como quer Vicente Rao, na obra citada.

18. RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 1991, p. 53.

19. SANTOS, Carvalho. *Repertório enciclopédico de direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. Vol. XVI, 1932, p. 363.

É um fato singular, sobretudo, que os mesmos argumentos usados pelos céticos de todos os tempos para sustentar a inexistência de um direito natural, sirvam a outros pensadores, precisamente para postular a existência deste direito. A possibilidade de instituições contraditórias no mesmo campo histórico induziu estes pensadores a elevar o pensamento a uma ordem superior de verdade, isto é, a admitir um critério absoluto, ideal, do justo e do direito, independente do fato de sua sanção positiva, e sobranceiro ao flutuar dos acontecimentos.²⁰

Portanto, não há como se negar a existência de um direito não fundado em uma inexistente natureza extra-social – contingente negativo da realidade social humana – mas nas leis externas do espírito e da estrutura própria da razão.

O direito não é, pois, meramente um conjunto de regras eficazes por via da sanção. É muito mais do que isso. É um conjunto de regras razoáveis da conduta humana que podem ser cumpridas voluntariamente ou descumpridas com a submissão às sanções. Assim, um conjunto de normas é mais legitimado quando é acatado sem sanção.

A visão de que uma norma só é jurídica quando de fato faz intervir os órgãos sancionadores, é uma visão, evidentemente, patológica do direito. O direito natural retira sua validade, como todo o direito, da razão e da vontade, principalmente da primeira, pois a vontade sem razão é mero arbítrio.

O direito natural tem, como característica, a *universalidade* – herança da concepção moderna de direito; a *ilustração* – manifesta na circunstância de que todas as normas regem todos os povos e todos os homens, como partícipes da natureza única em que se funda; a *perpetuidade*, do homem, em sua natureza, consciência de valores e em suas aspirações aos mesmos, guiando-o na ordem social; a *imutabilidade*, pois embora não seja variável ou mutável ontologicamente é inviolável às mudanças históricas que jamais poderão alterá-lo nem aos princípios em que se baseia. É, por fim, necessário, pois inconcebível uma sociedade desenvolvida sem a observância de seus preceitos.

Mas, frequentemente, as expressões “direitos naturais”, “direitos do homem”, “direitos do cidadão” e “direitos fundamentais” são utilizados como sinônimos. Embora, inegavelmente, tenham alguns traços de homogeneidade e de ligação significativos, não se pode confundi-los, e uma distinção entre eles faz-se necessária.²¹

20. DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 215.

21. Essa distinção já foi feita no primeiro texto desta coletânea, intitulado: *DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: origens, conceituações, distinções e fundamentos* e, também nosso BEZERRA, Paulo

Os direitos fundamentais, aqui, são tomados no sentido de direitos do homem jurídico – institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, e, enquanto os direitos naturais seriam arrancados da própria natureza humana, daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal, os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta, portanto, que têm uma visão tridimensional: *dimensão jusnaturalista, dimensão universalista e dimensão constitucional*.²²

Embora os direitos fundamentais só fossem assim denominados a partir das declarações francesa e americana, inspiradas pelo liberalismo e pelo constitucionalismo, respectivamente, nunca é demais lembrar e traçar o paralelo que existe entre o direito natural e os direitos fundamentais, pois, por força do surgimento desses últimos, constitucionalmente contemplados, é que o direito natural desdobrou-se em *direitos naturais*.

Ainda que se possa afirmar que os direitos fundamentais não foram idealizados na idade antiga, não menos verdadeiro é que o mundo antigo nos legou idéias-chaves que influenciaram o jusnaturalismo, e que os direitos naturais são inalienáveis ao homem, inerentes à sua própria natureza. De irrefutável importância para o reconhecimento posterior dos direitos fundamentais nos processos revolucionários do século XVIII foi a influência do pensamento jusnaturalista e sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, e costuma ser essa influência denominada de pré-história do direito natural.

Por outro lado, já advertiu Nelson Saldanha que o tratamento jurídico dado aos direitos foi uma tarefa do constitucionalismo, que se motivou e se consolidou com as revoluções burguesas ou liberais. O constitucionalismo transformou as constituições em articuladas listas de direitos, convivendo com detalhadas normas sobre funções e poderes; com isso, o conteúdo ideológico dos direitos desdobrados em individuais e sociais passou a ser também um problema de técnica constitucional, representando, paralelamente, uma questão de linguagem.²³ Não escapou ao mestre pernambucano o conteúdo ideológico dos direitos constitucionalmente estabelecidos, inclusive dos direitos fundamentais, nem o constitucionalismo como elaborador desses direitos.

César Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.113-114, para onde remetemos os leitores.

22. ANDRADE, A. Vieira. *Os direitos fundamentais*. Coimbra: Limen, 1983, p. 81.

23. SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: renovar, 1998, p.33.

Assim, a inalienabilidade dos direitos naturais e dos direitos fundamentais vincou os tempos históricos, permanece e deve permanecer sempre, a marcar o ideal humano de acesso a esses mesmos direitos, como parâmetro de uma efetividade concreta de justiça. Nesse plano, observe-se, por exemplo, o direito à liberdade. A despeito de governos despóticos e arbitrários e do terror que se inculcou aos povos, historicamente, não se conseguiu nem conseguirá, jamais, extirpar a resistência naturalmente cultivada e posta pelos povos, por isso que, o direito natural, como sentimento subjetivo do justo, é congênito a todo homem, e um dado intrínseco à natureza humana como dimensão de todos nós.

Disto resulta que, ao lado de preceitos legisferados, formando o direito positivo, e nele, os direitos fundamentais constitucionalmente elaborados e previstos, existem princípios e regras de conduta intrinsecamente justos, constituindo o direito natural. Os dois formam uma unidade jurídica com função de regular a conduta do indivíduo e dos grupos que compõem a sociedade.

Os direitos fundamentais possuem aspectos formais e materiais, ou fundamentalidade formal e fundamentalidade material. O professor Canotilho²⁴ aponta como fundamentalidade formal, a superioridade das normas consagradoras de direitos fundamentais frente às demais normas, dentro da ordem jurídica, o fato de estarem submetidos a limites formais (procedimentos agravados), e materiais (cláusulas pétreas), e, por último, o se tratarem de normas de aplicação imediata e o fato de vincular imediatamente entidades públicas e privadas.

No que se refere à fundamentalidade material, decorre da circunstância de serem direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade.

Nesse sentido, sem acesso aos direitos e à justiça, de pouco vale o mero reconhecimento dos direitos e a instalação de mecanismos legais de proteção, e se esse mesmo acesso é, também em si, um direito, é que se indaga pela natureza desse direito. É um direito *charneira*²⁵, do qual depende a realização de todos os outros, inclusive a efetivação do direito natural e fundamental, que todo homem tem, de que se lhes reconheçam direitos. Nesse diapasão, é um direito natural e fundamental. Um direito natural de garantia desse acesso, legitimamente fundado em sua natureza e na Constituição e demais dispositivos infraconstitucionais; um

24. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 499.

25. SANTOS, Boaventura de Sousa. Acesso à Justiça. In: *Justiça: promessa e realidade*. Organização AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 405-420.

direito, pois, fundamental que deve ser assegurado como todos os demais direitos fundamentais, e mais, como viabilizador dos demais direitos fundamentais.

O acesso ao direito e à justiça é um *direito humano* consagrado nas principais Cartas Internacionais relativas aos direitos humanos²⁶, e *fundamental*, que aparece como medida prioritária, estabelecendo-se, dentre outras coisas, um padrão mínimo de apoio judiciário, para que os cidadãos tenham direito a um julgamento justo, passando o debate sobre o acesso à justiça a constar de importantes pautas internacionais.²⁷

O acesso aos direitos fundamentais, o reconhecimento de sua necessidade e relevância têm, como dito, constado das Constituições contemporâneas como verdadeiras “cláusulas abertas”. A Constituição brasileira em vigor, por exemplo, contempla essa idéia de cláusula aberta dos direitos fundamentais, quando, em seu art. 5º, parágrafo 2º, diz, expressamente, que os direitos e garantias constitucionalmente elencados, não excluem outros que tenham origem nos Tratados e Convenções Internacionais e nos princípios, logo, do próprio espírito que dirige a Constituição e de seu conjunto de valores e objetivos. Ora, não é do *espírito* de nenhuma Constituição criar direitos aos quais não se tenha acesso, nem buscar estabelecer parâmetros do justo que sejam inacessíveis aos seus jurisdicionados. E como o espírito da Constituição é eminentemente social, de justiça social, depreende-se que o acesso aos direitos e à justiça, a par de ser um direito de todo cidadão, guinda-se à qualidade de direito fundamental constitucionalmente garantido.

Como visto, o acesso aos direitos e à justiça, na dimensão aqui proposta, não se resume ao acesso ao processo ou ao acesso à justiça pela via judicial. De fato, a fundamentalidade formal e material do *direito de acesso* aos direitos e à justiça, como direito, retém um conteúdo de obrigatoriedade e de exigibilidade. Não se pode reduzir a letra morta de um catálogo de direitos; resulta que o direito de acesso aos direitos e à justiça resta fundado num forte conteúdo jurídico, tanto de direito positivo, quanto de direito natural.

26. Nomeadamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, proclamada pela Organização das Nações Unidas e a Convenção Européia dos Direitos do Homem, que foi absorvida pela recente Constituição Européia, em sua Carta de Direitos Fundamentais, além de outros documentos como a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos e em várias Constituições em vigor.

27. Recentemente, o debate foi regulado pelo Livro Verde da Comissão Européia e levado a efeito nas reuniões do Conselho da Europa. Além disso, foi debatido na 23ª Conferência de Ministros da Justiça Europeus, em Londres, no ano de 2000, onde a qualidade da justiça e a relação de custo-benefício foram temas dominantes.

É bem assim porque, apesar das dificuldades de constituição e formulação, a teoria do direito natural tem uma função inegável de cumprir nesses tempos de ocaso da modernidade. Esta função não é outra que a de procurar a necessária e forte fundamentação das realidades jurídicas, ou seja, de subministrar uma justificação racional de sua obrigatoriedade e exigibilidade, de tal modo que resulte proporcional ao caráter inescusável ou absoluto – em sentido deontico – dos imperativos, deveres e potestades jurídicas. E como esta função resulta, dado o caráter das realidades jurídicas, absolutamente necessária, é também necessário abordar a tarefa de reformulação da teoria do direito natural; esta tarefa haverá de se realizar encarando e superando as dificuldades que nosso tempo lhe coloca, mas sem assustar ou desprezar a complexidade e multiplicidade dessas dificuldades. Elas não de ser, antes de obstáculos, desafio às inteligências abertas, ousadas e rigorosas.²⁸

De extrema relevância e urgência, pois, é essa visão, e muito mais que isso, essa dimensão de efetividade do acesso aos direitos e à justiça como sendo, também, um direito em si mesmo, e um direito humano e fundamental, centrando-se, sobretudo, na efetividade desses direitos e no papel das instituições estatais e não-estatais nesse espaço.²⁹ Assim, o problema central dos direitos humanos e fundamentais não está em saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim, qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados³⁰ por ação ou omissão. E temos que o caminho mais curto que une a distância entre a previsão legal e o efetivo gozo desses direitos é reconhecer, também, como direito, o acesso a esses mesmos direitos, para, assim, se chegar a um patamar mais elevado do justo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo o acesso aos direitos e à justiça um direito fundamental, necessário o seu reconhecimento pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, que o vejam como tal e criem mecanismos de efetivação e de acesso a esses direitos, fomentando o respeito e a concessão desses direitos de forma voluntária, através de programas de *educação e conscientização para os direitos e para a justiça*,

28. MASSINI CORREAS, Carlos I. La teoria del derecho natural em el tiempo posmoderno. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. N. LXXIX Oct-Dic., 1977, p 650-651.

29. PEREIRA, Antonio Celso Alves. Acesso à justiça e direitos humanos: o problema no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*. N. 2, 1994, p.125.

30. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.30.

protegendo esses direitos nas legislações e nas práticas estatais e não-estatais de solução de conflitos.

De fato, seja a postura dos aplicadores do direito (juiz, promotor, advogado) uma postura dogmática ou crítica (mais sociológica e flexível), esses mesmos operadores estão inexoravelmente presos às regras emanadas do legislador e, mesmo, às regras e limites hermenêuticos. Nesse diapasão, propõe-se que o foco da falta de acesso aos direitos e à justiça tem sido, historicamente, centrado no plano da produção do direito e não no da sua realização.

Ademais, se no plano da realização do direito (via judicial), o acesso aos direitos e à justiça tem sido um *problema*, no plano da produção do direito pode deixar de ser um problema para ser mais um *direito*, a depender dos diversos *vetores de produção do direito*,³¹ ou seja, de todo o conjunto do ordenamento jurídico e dos operadores e criadores do direito (legisladores, governantes, membros do Ministério Público, advogados, juízes, defensores, atores das ONGs e demais grupos civis organizados, programas universitários) que devem ter em mente, sempre, que não adianta prever tábua de direitos e estabelecer instituições estatais ou não, se o acesso a esses mesmos direitos e à justiça não for visto como um direito em si mesmo, e um direito fundamental.

É certo que vivemos tempos de esgotamento de idéias, de cultura, de valores. Mas, se depois de uma Idade Média veio a Idade Moderna, com todos os seus tabus e todas as suas mazelas e sistemas jurídicos herméticos e apenas formais, não tenhamos vergonha de pensar um tempo melhor, onde os homens possam ler nas leis que têm direitos, confiem que podem cobrá-los quando violados ou negados. Pelo menos não percamos a fé de transmitir aos nossos vindouros esta esperança.³²

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, A. Vieira. *Os direitos fundamentais*. Coimbra: Limen, 1983 p. 81.

BEZERRA, Paulo César Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

31. Para aprofundamento, ver BEZERRA, Paulo César Santos. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de Acesso à Justiça*. Ilhéus-Ba: EDITUS, 2003 *passim*, onde apontamos o acesso à justiça, pela primeira vez, como um direito, idéia agora ampliada para reconhecer ao acesso aos direitos também como um direito fundamental.

32. JUSTO, A. Santo. A declaração de Bolonha e a reforma do ensino do direito. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: Vol. LXXIX. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 615-626.

- _____. *A produção do direito no Brasil: a dissociação entre direito e realidade social e o direito de Acesso à Justiça*. Ilhéus-Ba: EDITUS, 2003.
- BIELSA, Rafael. *Transformación del Derecho em Justicia. Ideas sobre la Reforma Pendiente*. Buenos Aires: Argentina, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.30.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre-RS: FABRIS, 1998.
- CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o “legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema” “Função” e “Problema” – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Vol. LXXIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1-44.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- JUSTO, A. Santo. A declaração de Bolonha e a reforma do ensino do direito. In *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*: Vol. LXXIX. Coimbra: Editora Coimbra, 2003, p. 615-626.
- MASSINI CORREAS, Carlos I. La teoria del derecho natural em el tiempo posmoderno. In *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*. N. LXXIX Oct-Dic., 1977, p 650-651.
- PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo.(Coords.) *O acesso ao Direito e à Justiça: um direito fundamental em questão*. COIMBRA: CES, 2002.
- PEREIRA, Antonio Celso Alves. Acesso à justiça e direitos humanos: o problema no Brasil. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*. N. 2, 1994, p.125.
- RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Vol. I, 1991.
- SALDANHA, Nelson Nogueira. O problema fundamental da moral. In *Revista Brasileira de Filosofia*. Vol. V. Fasc. III. Jul:Set. 1955, p. 622-636.
- _____. *Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Acesso à Justiça. In *Justiça: promessa e realidade*. Organização AMB. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996, p. 405-420.
- SANTOS, Carvalho. *Repertório enciclopédico de direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. Vol. XVI. 1932.

O acesso aos direitos e à justiça

SUTIL, Correia Jorge; ALLENDES, Maria Angélica Jiménez. *Sistema Judicial y Pobreza: Estudio sobre el acceso a la justicia em Argentina, Chile, Peru y Venezuela*. Santiago-Chile: Cadernos de Análisis Jurídico da Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

III

JUSTIÇA DO TRABALHO E COMPETÊNCIA PENAL

De lege lata e de lege ferenda

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador/BA (Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Professor (licenciado) do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCSAL - Universidade Católica de Salvador. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Professor da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFBA. Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho do JusPodivm/BA. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Cadeira 58) e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (Cadeira 27). Autor de diversas Obras Jurídicas.

Sérgio Waly Pirajá Bispo

Bacharel em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS. Pós-Graduando em Direito do Estado pelo Curso Jus Podivm e Instituto de Educação Superior Unyahna. Autor do livro: Competência Penal da Justiça do Trabalho (no prelo).

RESUMO: Trabalho dedicado ao tema da competência criminal da Justiça do Trabalho, antiga reivindicação de segmentos da sociedade envoltos na questão trazida à baila com a EC 45/2004. Parte-se da criação da Justiça do Trabalho, e analisa-se a sua evolução, até o atual momento das relações trabalhistas globalizadas, e a sua vocação temática. Logo após, trata-se da adequação de se remeterem crimes relacionados ao trabalho à Justiça Laboral. Em seguida, faz-se uma análise sobre os Juízes do Trabalho e a ação penal. Finalmente, discorre-se sobre a operacionalização desta nova competência *de lege ferenda*.

ABSTRACT: This paper discourse about the theme “criminal competence of labor justice”,

an old demand of society segment involved in the question treated by the 45's Constitutional Amendment. Beginning of the creation of the Labor Justice, examining its evolution, until actual moment of global labors relations and its thematic vocation. After that, discourse about the adequacy to send labor crimes for the labor justice. Remaining, do an analyze about labor judges and the criminal case. Finally, discourse about the operation of this new legal competence - *lege ferenda*.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do Trabalho, competência penal, crimes relacionados ao trabalho.

KEY-WORDS: labor justice, criminal competence, crimes related to work.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Origem, evolução e vocação da Justiça do Trabalho – 3. Uma questão de adequação e efetividade – 4. O juiz do trabalho e a ação penal – 5. Operacionalização da nova competência: 5.1. Modificações legislativas necessárias; 5.2. Processo penal x processo do trabalho; 5.3. Aumento de competência e estrutura da Justiça do Trabalho; 5.4. O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria da União – 6. Considerações finais – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, a opção do legislador constituinte brasileiro foi no sentido de limitar a competência da Justiça Especializada do Trabalho às questões relativas ao Direito do Trabalho, destinando outras querelas civis e as penais, ainda que decorrentes de relações de trabalho, à justiça Comum, Estadual ou Federal, conforme seu entendimento. A recente Emenda Constitucional n. 45/2004, adicionou, dentre outros, o inciso VI ao art. 114 da Carta Magna, admitindo a competência da Justiça do Trabalho para ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de Trabalho.

Com isto, forjada na necessidade de oferecer uma prestação mais completa ao cidadão, vem à baila uma antiga reivindicação dos juízes trabalhistas: a competência penal da Justiça do Trabalho. Sem embargo de posições divergentes, argumenta-se que a tradicional presteza jurisdicional inerente àquela Justiça Especializada poderia ser aplicada no julgamento de crimes contra a organização do trabalho, contra a administração da Justiça do Trabalho, além de outros associados às relações de trabalho, como a redução à condição análoga à de escravo e o assédio sexual.

Considera-se, aqui, portanto, que o juiz do trabalho deveria estar munido de competência plena para julgar quaisquer ações oriundas de toda relação laboral. Assim, ilícitos civis e penais provenientes de relações de trabalho deveriam estar legalmente submetidos à competência do júízo trabalhista.

A proposta acima explicitada busca, antes de tudo, promover uma proporcional adequação material entre as justiças ditas federais. Observa-se que a especialização pela matéria foi a origem de sua criação. Nada mais lógico, sensato, oportuno e adequado que imputar a todas elas o julgamento de ações (civis e penais) diretamente relacionadas ao seu objeto material.

Especificamente, observa-se que à Justiça Militar e à Eleitoral compete o julgamento de crimes militares e eleitorais, respectivamente. Por que a Justiça do Trabalho não é competente para apreciar crimes relacionados ao trabalho?

Neste trabalho, pretende-se denunciar a necessidade de se corrigir os desvios da competência penal-trabalhista no Brasil, buscando-se, sobretudo, o rumo da prestação jurisdicional mais adequada.

2. ORIGEM, EVOLUÇÃO E VOCAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A evolução da sociedade humana de feudalista para capitalista trouxe, como consequência, o surgimento de uma inovadora classe de conflitos – os chamados conflitos do trabalho.

O assentamento de trabalhadores em burgos localizados nas imediações das unidades produtivas industriais, com vistas a facilitar-lhes o acesso ao ambiente de trabalho, possibilitou sua organização e conscientização coletiva em relação às suas reais condições laborais e qualidade de vida.

Isso tinha de ocorrer, porque a Revolução Industrial trouxe consigo a concentração dos trabalhadores nas cidades, a melhoria dos transportes e comunicações, essencial a uma organização nacional, e as condições que fizeram tão necessário o movimento trabalhista. A organização da classe trabalhadora cresceu com o capitalismo, que produziu a classe, o sentimento de classe e o meio físico de cooperação e comunicação. (HUBERMAN, 1980, p. 202).

Portanto, a Revolução Industrial marca o início dos movimentos paretistas de trabalhadores em contraposição aos privilégios da classe detentora do capital (DÁLIA FILHO, 2005, p. 2).

Como espécie do gênero conflitos sociais, os conflitos trabalhistas também encontram sua satisfação na utilização de técnicas que vão da autodefesa à heterocomposição.

Sendo difícil precisar as origens da jurisdição trabalhista em cada país, certo é que, antes de o Estado se ocupar destas questões, empregados e empregadores valiam-se de técnicas autodefensivas, autocompositivas e órgãos de conciliação para dirimir querelas relativas ao trabalho.

A jurisdição, principal forma heterônoma de composição de conflitos, traduz a evolução da ação física (autodefesa) para a ação jurídica (processo judicial), onde há maior possibilidade de pacificação das lides, ante a presença do Estado como poder sancionador constituído e legitimado (NASCIMENTO, 2002, p. 3-31).

No Brasil Império, as causas relativas à prestação de serviços eram apreciadas pela Justiça Comum; e as causas trabalhistas no âmbito rural, pelos juízes de paz. Obviamente, as questões “trabalhistas” aqui mencionadas têm um sentido bem diferente do hoje vigente, uma vez que o país ainda vivia o período escravocrata.

Mais tarde, já na fase republicana, mais precisamente em 1907, foram criados os Conselhos Permanentes de Conciliação e Arbitragem, que não chegaram a funcionar a contento.

Em 1911, no Estado de São Paulo, foi instituído o Patronato Agrícola para prestar assistência judiciária aos trabalhadores rurais na cobrança de salários.

Em 1922, também em São Paulo, foram criados os Tribunais Rurais para apreciar as questões relativas aos contratos de locação de serviços rurais com imigrantes estrangeiros (MARTINS FILHO, 2005, p. 16).

Uma economia voltada quase que exclusivamente à produção agrícola, desenvolvida por colonos de origem estrangeira, principalmente, ensejava inúmeras demandas, às quais o Poder Judiciário de então não possuía instrumentos para rapidamente solucionar.

Esta realidade determinou a necessidade do governo criar e instalar os tribunais rurais. (MANUS, 2005, p. 1).

Em 1923, no âmbito do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, foi criado o Conselho Nacional do Trabalho (núcleo básico da futura Justiça do Trabalho), órgão consultivo em matéria laboral e instância recursal em matéria previdenciária e trabalhista em relação às demissões de empregados de empresas públicas (MARTINS FILHO, 2005, p. 16).

Em 1932, são criadas as Convenções Coletivas de Trabalho, “como forma de composição de interesses entre trabalhadores e empregadores, como reflexo da forte influência italiana entre nós, estimulada pela grande imigração de europeus, daí derivando a necessidade de um órgão com competência para conhecer e dirimir eventuais conflitos decorrentes desta prática coletiva.” (MANUS, 2005, p.1).

Surgem, então, neste mesmo ano, as Comissões Mistas de Conciliação, para solução de conflitos coletivos de trabalhadores; e as Juntas de Conciliação e Julgamento, para dirimir os conflitos individuais de trabalho.

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever expressamente a existência da Justiça do Trabalho, mas fora do Poder Judiciário.

A Constituição de 1937 adotou o modelo da Justiça do Trabalho; mas ainda com caráter administrativo (MARTINS FILHO, 2005, p. 16).

O Decreto Legislativo 1237/39 deu, ainda que pela via infraconstitucional, uma nova feição àquele órgão administrativo, uma vez que estruturou o sistema em instância, previu recursos e – o que é mais importante – outorgou poder para execução de suas decisões, motivo pelo qual já é possível se vislumbrar, aí, a

feição judicial stricto sensu da “*Justiça do Trabalho*” (ainda administrativa por força da norma constitucional vigente à época).

A CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1941), absorvendo a estrutura já definida infraconstitucionalmente, reconheceu a organização da Justiça do Trabalho em três níveis: Juntas de Conciliação e Julgamento, Conselhos Regionais do Trabalho e Conselho Nacional do Trabalho, além de admitir a sua função jurisdicional, apesar de, como visto, ainda não estar incluída no Poder Judiciário (NASCIMENTO, 2002, p. 46-47).

Isto só veio a acontecer com a Constituição de 1946, que “promoveu a integração da Justiça do trabalho dentro do Poder Judiciário (art. 94, V), transformando o Conselho Nacional do Trabalho em Tribunal Superior do Trabalho e os Conselhos Regionais em Tribunais Regionais do Trabalho (art. 122).” (MARTINS FILHO, 2005, p. 17), o que foi mantido na Constituição de 1967 e na Emenda nº 01/1969.

A Constituição Federal de 1988 ampliou ainda mais esta estrutura, quando previu a criação de, no mínimo, um TRT por Estado.

A Emenda Constitucional 24/1999 acabou com a representação classista na Justiça do Trabalho, transformando as Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho.

A recente Emenda Constitucional 45/2004 introduziu significativas modificações na competência da Justiça do Trabalho. Veja-se:

Inúmeras matérias que até então eram da competência da Justiça Estadual, como as ações que envolviam a representação sindical, as ações que versavam sobre a relação de trabalho e matérias a ela conexas, agora fazem parte da Justiça do Trabalho. Questões processadas na Justiça Federal comum passam para a Justiça do Trabalho, como as execuções fiscais trabalhistas, seus mandados de segurança e as ações declaratórias de negação do débito. (MENEZES; BORGES, 2005, p. 40).

Mesmo antes do advento da Reforma do Poder Judiciário, implementada através da EC 45/2004, já se observava a ocorrência gradativa de ampliação da competência da Justiça do Trabalho através de interpretação doutrinária e aplicação jurisprudencial. Exemplo disso são os Enunciados¹ de número 19 (quadro de carreira); o 189 (abusividade de greve); o 300 (cadastramento de PIS); e as Orientações Jurisprudenciais n. 141 (descontos previdenciários e fiscais); e a n. 210

1. Atualmente Súmulas.

(seguro-desemprego); a n. 327 (dano moral), só para citar algumas (MENEZES; BORGES, 2005, p. 39).

Verifica-se, portanto, que o Direito do trabalho, e conseqüentemente a Justiça do Trabalho, caminham paralelamente à evolução das questões transformadoras da sociedade.

Assim, quando a Justiça do trabalho foi criada, a realidade das relações laborais era bem distinta da atual. Bastava a simples observância da CLT para assegurar justiça a um expressivo número de trabalhadores (COUTINHO, 2005 b, p. 132).

Hoje, para fazer frente às novas modalidades de contratação, para coibir velhas e novas fraudes, abusos e crimes nas relações de trabalho, a Justiça Obreira reclama avanços de sua competência para além da simples relação de emprego. Neste sentido:

Falamos de um mundo do trabalho sensivelmente transformado pela implementação de novos padrões produtivos, que impuseram mutações no tradicional paradigma trabalhista até então conhecido. Segundo o DIEESE, esse novo ambiente de trabalho é caracterizado pela alta rotatividade, instabilidade, pouco dinamismo na geração de novas vagas, descontinuidade da trajetória profissional e, em especial, precarização das formas de contratação de mão-de-obra, fazendo recrudescer, assim, a informalidade. Dados oficiais do IBGE (Pesquisa Mensal de Emprego – PME, de dezembro de 2003) dão conta de que mais de 40 milhões de brasileiros trabalham sem qualquer vínculo formal de emprego. (...)

O resultado disso é a exclusão desses milhões de trabalhadores, vinculados à denominada “economia informal”, do sistema de proteção social (trabalhista, previdenciário e de seguridade social), inclusive quanto ao acesso à Justiça do Trabalho.

Isso porque a justiça Especializada do Trabalho é formal e historicamente vinculada aos contratos de trabalho celebrados e regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, ou seja, aos contratos formais de emprego, nunca lhe tendo sido atribuída ampla competência para julgar as querelas oriundas de outras modalidades de trabalho, até o surgimento da Emenda Constitucional n. 45/04. (COUTINHO, 2005 b, p. 131).

Nada mais coerente, portanto, que, diante das modificações surgidas com a evolução das técnicas produtivas, padrões de comportamento e relações comerciais e contratuais, a Justiça Especializada Trabalhista venha a ter ampliada a sua esfera de atuação, sendo preparada para exercer jurisdição em qualquer seara relacionada com o trabalho humano.

E foi justamente isso que aconteceu!

De fato, dispunha o caput do art. 114 original da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.”

A análise cuidadosa desse dispositivo nos levou a concluir que, em verdade, o texto constitucional encerrava uma “regra trina”. (PAMPLONA FILHO, 1998)

Com efeito, a norma básica de competência material da Justiça do Trabalho se desdobrava em três regras constitucionais de competência material, assim sistematizadas:

- a) Competência material natural, originária ou específica;
- b) Competência material legal ou decorrente;
- c) Competência material executória.

Compreendamos, ainda que rapidamente, tais regras:

A competência material natural, também conhecida como originária ou específica, nada mais era do que a atribuição da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores.

Ante a inviabilidade de falar-se em empregador como um dos pólos de uma relação jurídica sem que no outro pólo o sujeito que se apresenta seja o empregado, interpretava-se por ‘trabalhador’ a figura do *empregado*.

Assim, de acordo com essa regra da competência material natural, era a Justiça do Trabalho o ramo do Poder Judiciário competente para decidir todas as questões entre empregados e empregadores, os quais se acham envolvidos, a esse título (ou seja, com essa qualificação jurídica), numa relação jurídica de emprego.

Ou seja, o que importava era a qualificação jurídica de “empregado” e “empregador” para se delimitar a competência. Nessa linha, havia até mesmo quem defendesse que a regra de competência da Justiça do Trabalho fosse mais de natureza pessoal do que material.

Assim, não haveria necessidade de nenhuma outra autorização legal para que ao Judiciário Trabalhista viesse a ser confiada a solução de uma lide entre esses dois sujeitos, pois a previsão constitucional bastava por si mesma.

Registre-se, inclusive, que pouco importava o tipo de relação de emprego (aqui abrangendo-se relações empregatícias urbanas, rurais, domésticas, temporárias, a domicílio, entre outras). Bastava estar-se diante de relação empregatícia para a questão situar-se no âmbito de competência material da Justiça do Trabalho, independentemente de lei.

Já a regra de competência legal ou decorrente era entendida da seguinte forma: para solucionar controvérsias decorrentes de outras relações jurídicas diversas das relações de emprego, a Justiça do Trabalho só seria competente se presentes dois requisitos: a expressa previsão de uma lei atributiva dessa competência e se a relação jurídica derivar de uma relação de trabalho.

Esse princípio encontrava fundamento na parte final do art. 114 da Constituição da República, que, depois de situar, na esfera da competência da Justiça do Trabalho, os dissídios entre empregados e empregadores, o fazia, também, *na forma da lei, para outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*.

A correta interpretação desse segundo princípio nos leva à conclusão que visava o mesmo à previsão de possibilidade de competência da Justiça do Trabalho para controvérsias trabalhistas entre sujeitos que não se enquadrem na qualificação jurídica de “trabalhadores” e/ou “empregadores”.

Assim, quando o art. 114 da C.F./88 se referia à competência para julgar “*na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho*”, não estava se referindo a controvérsias não previstas nas normas trabalhistas entre empregadores e empregados, mas sim a litígios em que figurassem, em um ou nos dois pólos da relação, sujeitos distintos das figuras citadas (afinal, os conflitos entre eles eram de sua competência material natural), embora a controvérsia fosse decorrente de uma relação de trabalho.

Observe-se, porém, que não estávamos a afirmar, naquele momento histórico, que toda e qualquer controvérsia oriunda de relações de trabalho poderia ser decidida pelo Judiciário Trabalhista.

O que inferimos da regra constitucional original é que era possível a existência de competência da Justiça do Trabalho para apreciar lides de outros sujeitos distintos dos previstos na sua regra de competência material natural, **desde que houvesse lei específica que preveja tal hipótese**.

Era o caso, por exemplo, dos “dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice” (art. 652, III, CLT) ou das “ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de

Mão-de-Obra – OGMO decorrentes da relação de trabalho” (art. 652, V, CLT). Em ambas as situações, não há vínculo empregatício, mas, sim, relações de trabalho que eram submetidas, por norma infraconstitucional, à Justiça do Trabalho.

Outro bom exemplo constava da Lei 8.984/95, que, em seu art. 1º, declarava que “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador.”

Esta última situação, inclusive, pode ser considerada extremamente didática, haja vista ser uma lide que, de forma evidente, decorre de relações de emprego, mas cujos sujeitos demandantes não estão, definitivamente, na qualificação jurídica de “empregados” e “empregadores”. Tais ações, inclusive, eram ajuizadas na Justiça comum², somente passando para o âmbito da competência da Justiça do Trabalho, após a autorização legal³.

Por fim, a terceira regra manifestava-se pela competência executória das próprias sentenças, o que, obviamente, é uma consequência natural da atuação estatal na jurisdição trabalhista.

Sua importância é histórica, pois, antes do Decreto-lei nº. 1.237, de 02-05-39, a Justiça do Trabalho não tinha poder para executar suas próprias sentenças, somente podendo ser considerada parte, de fato, do Poder Judiciário, a partir deste momento (embora ainda prevista no Capítulo da Ordem Econômica e Social

2. “Litígio entre sindicato de trabalhadores e empregador que tem origem no cumprimento de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Pela jurisprudência desta Corte (assim se decidiu no RE 130.555), não havendo lei que atribua competência a Justiça Trabalhista para julgar relações jurídicas como a em causa, e competente para julgá-la a Justiça Comum. Sucede, porém, que, depois da interposição do presente recurso extraordinário, foi editada a Lei 8.984, de 07/02/95, que afastou a premissa de que partiu o entendimento deste Tribunal ao julgar o RE 130.555, porquanto o artigo 1º da referida lei dispõe que ‘compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador’. E, em se tratando de recurso extraordinário interposto contra acórdão que julgou conflito de competência, não tem sentido que se deixe de aplicar a lei superveniente a interposição desse recurso, para dar-se como competente Juízo que o era antes da citada Lei, mas que deixou de sê-lo com o advento dela.” (RE 131.096, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29/09/95).
3. “Ação contra sindicato pleiteando a desoneração do pagamento de contribuição confederativa estipulada em cláusula de acordo coletivo de trabalho. Artigo 114 da Constituição Federal. Lei nº 8.984/95. Não é caso de incidência da Lei nº 8.984/95, editada com base no art. 114 da Constituição Federal, que retirou do âmbito residual deixado à Justiça Comum dos Estados a ação tendo por objeto o adimplemento de obrigação assumida em convenções ou acordos coletivos de trabalho, incluindo-se na órbita da Justiça Trabalhista, tendo em vista que tanto a sentença de primeiro grau como o acórdão recorrido foram prolatados muito antes da vigência da referida lei, quando era competente a Justiça Comum dos Estados.” (RE 204.194, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 06/02/98).

pela Carta de 1937, uma vez que, constitucionalmente, a incorporação ao Poder Judiciário apenas tenha se dado com a Constituição de 1946).

Além disso, vale destacar que, em matéria de execução de sentença, os Juízes do Trabalho aplicam quase todos os ramos do Direito, e não somente o que se convencionou chamar de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho.

Nas lapidares palavras do mestre Amauri Mascaro Nascimento, abre-se, aqui, “uma perspectiva larga, sabendo-se que, na execução de sentenças, a Justiça do Trabalho vê-se diante de questões que envolvem a aplicação do Direito Comercial, Civil, Administrativo, e outros setores do Direito positivo, porque da penhora de bens pode resultar inúmeras questões de natureza patrimonial. A penhora é o momento em que, diante da atuação da lei no mundo físico, surgem problemas sobre as condições em que se encontram os bens penhorados, alguns onerados com hipoteca, penhor, alienação fiduciária, responsabilidade dos sócios, sucessão, arrematação, adjudicação, remição etc., questões que o Juiz do Trabalho terá de resolver, e para as quais é competente para executar as sentenças da Justiça do Trabalho.” (NASCIMENTO, p. 101)

Como se não bastasse, tal competência executória foi substancialmente ampliada, antes mesmo da Reforma do Judiciário, com o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, que inseriu o § 3º ao original art. 114, estabelecendo que “*Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*”.

Revistas as regras de competência material da Justiça do Trabalho antes da Reforma do Judiciário, vem à mente a pergunta que não quer calar: e como ficou depois disso?

A Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, modificou substancialmente as regras básicas de competência da Justiça do Trabalho.

Com efeito, destrinchou o prolixo caput do art. 114, “enxugando-o” e deixando para nove incisos a tarefa de especificar qual é a nova competência trabalhista.

É claro que, até mesmo pelo número e extensão dos incisos, não há como se negar que a atuação da Justiça do Trabalho foi visivelmente ampliada.

É justamente a medida desta ampliação que tem sido discutida e gerado acirrados debates.

Para aqueles mais conservadores, tal modificação não teria vindo em benefício da sociedade, pois influenciaria negativamente na celeridade processual, tão prestigiada no processo trabalhista, uma vez que a ampliação da atuação jurisdicional

impediria que os magistrados pudessem se dedicar da mesma forma de outrora à solução das lides.

Nesse mesmo diapasão, ouve-se, com certa freqüência, a afirmação de que tal ampliação desvirtuaria o próprio sentido da Justiça do Trabalho, que tradicionalmente sempre foi de proteção ao trabalhador subordinado, hipossuficiente de uma desigual relação jurídica.

Definitivamente, repudiamos tal raciocínio.

Com efeito, “já vimos este filme” outras vezes!

De fato, quantas “trombetas do apocalipse” não soaram, propugnando pela inviabilidade e/ou perda da identidade da Justiça Laboral, quando houve a ampliação da competência para execução, de ofício, de contribuições previdenciárias (EC 20/98)? Ou a Lei do Rito Sumaríssimo (Lei 9957/2000)? Ou, até mesmo, o fim da malfadada representação classista (EC 24/99)?

Entusiasmados (mas não deslumbrados), vejamos como ficou a nova redação do art. 114 da Constituição Federal:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;

III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;

IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

§ 1º. Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º. *Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.*

§ 3º. *Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.”*

Note-se, portanto, que a competência da Justiça do Trabalho foi sensivelmente ampliada, o que pode ser constatado por um simples cotejo entre a norma anterior e a vigente.

Todavia, *de lege lata*, não houve qualquer menção à competência criminal da Justiça do Trabalho, motivo pelo qual qualquer decisão, neste momento legislativo, que reconhecesse tal extensão competencial, estaria fadada à declaração de inconstitucionalidade⁴.

4 “*Justiça do Trabalho não pode julgar ações penais*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a Justiça do Trabalho não tem competência para julgar ações criminais, ainda que sejam decorrentes de relações de trabalho. A decisão foi tomada por unanimidade nesta quinta-feira (1/2), primeira sessão do ano do Supremo. A liminar vale até que os ministros julguem o mérito da questão.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pela Procuradoria-Geral da República contra os incisos I, IV e IX do artigo 114 da Constituição Federal, introduzidos pela Emenda Constitucional 45/04. Esses dispositivos ampliaram a competência da Justiça do Trabalho, permitindo que resolvesse questões criminais.

A PGR alega que o texto da reforma do Judiciário aprovado pela Câmara dos Deputados foi alterado posteriormente no Senado. Portanto, deveria ter retornado à Câmara, o que não ocorreu.

Segundo a Procuradoria, desde que foi aprovada a EC 45/04, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho estão praticando atos relativos a matéria penal.

O relator, ministro Cezar Peluso, afirmou que o inciso IV do artigo 114 da Constituição Federal determina a competência da Justiça do Trabalho para julgar pedido de Habeas Corpus, Habeas Data e Mandados de Segurança, “quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição”.

Ele lembra, porém, que o pedido de HC pode ser usado “contra atos ou omissões praticados no curso de processos de qualquer natureza”, e não apenas em ações penais. Se fosse a intenção da Constituição outorgar à Justiça Trabalhista competência criminal ampla e inespecífica, não seria preciso prever, textualmente, competência para apreciar pedido de HC.

Para o ministro, a Constituição “circunscreve o objeto inequívoco da competência penal genérica”, mediante o uso dos vocábulos “infrações penais” e “crimes”. No entanto, a competência da Justiça do Trabalho para o processo e julgamento de ações oriundas da relação trabalhista se restringe apenas às ações destituídas de natureza penal. Ele diz que a aplicação do entendimento que se pretende alterar violaria frontalmente o princípio do juiz natural, uma vez que, segundo a norma constitucional, cabe à Justiça Comum, dentro de suas respectivas competências, julgar e processar matéria criminal.

Quanto à alegada inconstitucionalidade formal, Peluso argumenta que a alteração no texto da EC 45, durante sua tramitação no Legislativo, “em nada alterou o âmbito semântico do texto definitivo”, por isso não haveria a violação à Constituição.

*Assim, por unanimidade, foi deferida a liminar na ADI, com efeitos ex tunc (retroativo), para atribuir interpretação conforme a Constituição aos incisos I, IV e IX de seu artigo 114, declarando que, no âmbito da jurisdição da Justiça do Trabalho, não está incluída competência para processar e julgar ações penais. ADI 3.684” (Revista **Consultor Jurídico**, 2 de fevereiro de 2007)*

Isso, porém, não nos impede de continuar refletindo sobre esta ampliação, como uma política legislativa a ser implementada.

Assim, até mesmo pela busca de uma compreensão sistematizada da matéria, é preciso raciocinar *de lege ferenda*, para obtenção de uma prestação jurisdicional mais adequada e efetiva.

E como isso se daria?

É o que veremos no próximo tópico!

3. UMA QUESTÃO DE ADEQUAÇÃO E EFETIVIDADE

Quando se reivindica competência penal para a Justiça Especializada Trabalhista, parece-nos óbvio que tal competência deve estar restrita àqueles crimes que tutelam bens jurídicos relacionados ao mundo do trabalho humano, além daqueles que dizem respeito à própria administração da Justiça do Trabalho pelas razões que adiante se explicitará.

Em relação aos primeiros, compreendidos como delitos penal-trabalhistas, adota-se aqui a definição cuja autoria é atribuída ao Juiz do Trabalho José Eduardo de Rezende Chaves Júnior: “Delito penal-trabalhista é aquele cuja elementar do tipo penal seja composta pela relação de trabalho (v. g. crimes contra a organização do trabalho, redução a condição análoga à de escravo e assédio sexual).” (RODRIGUES; RODRIGUES, 2005, p. 1).

Com efeito, observa-se nestes tipos a presença de elementos normativos denunciadores do bem jurídico que tutelam. Em todos eles, é o valor trabalho que se encontra de alguma forma atacado, ofendido ou violado.

Não se poderia cogitar, portanto, de que um crime qualquer, apenas por envolver as partes em um contrato de trabalho ou ser praticado no ambiente laboral, pudesse ser considerado um delito penal-trabalhista. Antes, se faz necessário que o tipo encerre elementos específicos relacionados ao trabalho.

Veja-se:

Assim, o homicídio ocorrido em razão de desentendimento quanto à execução dos meios de trabalho não se desloca para a competência trabalhista, porque o tipo penal homicídio se aperfeiçoa, do ponto de vista hipotético e formal, independentemente da noção de relação jurídica de trabalho. A relação de trabalho pode apenas ou não, dependendo da hipótese, ser circunstância de aumento de pena, na forma do art. 226, II, do Código Penal.

Por outro lado, os crimes contra a organização do trabalho, previstos nos artigos 197 a 207 do Código Penal, bem assim o crime de redução à condição análoga à de escravo (Código Penal, art. 149) dependem, na quiddidade de sua configuração formal, da noção jurídica da relação de trabalho subordinado, ou seja, sem a noção de subordinação econômica do trabalho, tais crimes sequer se configurariam em tese.

(...)

O crime de assédio sexual, portanto, previsto pelo artigo 216-A do Código Penal, também é da competência da Justiça do Trabalho, já que a subordinação decorrente da relação de trabalho é o elemento específico do tipo. (CHAVES JÚNIOR, 2005, p. 232-233).

Começa a se vislumbrar, assim, “as bases para a construção metódica e científica de um Direito Penal do Trabalho” (FELICIANO, 2005, p. 9).

Originado entre as fronteiras do Direito Penal e do Direito do Trabalho, o Direito Penal do Trabalho é definido como:

“(...) o ramo do Direito Público que tem por objeto um conjunto de normas, princípios e regras de convivência entre os sujeitos da relação de emprego, definindo os delitos, as penas, as conseqüências e repercussões vinculares decorrentes do contrato de trabalho subordinado.” (SANTOS, 1997, p. 324).

Enquanto no Brasil, “à luz do ordenamento vigente, não passa de uma tênue aspiração dos aficcionados pelos híbridos desdobramentos da *questio iuris* penal-trabalhista” (FELICIANO, 2005, p. 9), este novo ramo do Direito é consagrado no Código Penal do Trabalho francês, desde 1994, no qual encontram-se punições, inclusive para as pessoas morais (ou jurídicas), que podem ir de multas até a sua dissolução (SANTOS, 1997, p. 1253-1255).

Não se trata aqui de defender a criação de um Código Penal do Trabalho para o Brasil⁵, nem mesmo de propor a criminalização de ilícitos trabalhistas, até porque, de acordo com a Teoria Minimalista do Direito Penal, “para que o sistema penal seja eficiente, é preciso que apenas poucas condutas sejam tidas como crime.” (HIRECHE, 2004, p. 129).

Apenas se pretende, com o levantamento destas questões, argumentar acerca da adequação de se alocar na Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar ilícitos penal-trabalhistas já existentes (portanto, já ilícitos penais na ordem jurídica vigente).

5. Ao contrário, entende-se que a reunião dos tipos penais em um só diploma legal garante maior segurança aos jurisdicionados, e para tanto já existe o Código Penal brasileiro.

Uma vez que a conduta já está tipificada e contém elementos que a definem como delito penal-trabalhista, não se entende porque o seu processamento não é da competência da Justiça do Trabalho. Veja-se que os crimes militares e eleitorais são processados nas respectivas Justiças Federais Especializadas.

Nesta ordem de idéias:

E por que a Justiça do trabalho pretende ter a competência para a matéria penal? Em primeiro lugar, a Justiça do Trabalho é tão federal quanto a outra. Depois disso, é de sua competência cominar a sanção trabalhista e, decorrente da relação de emprego, a indenização por dano moral, que também é um crime contra a humanidade das pessoas. (FAUSTO, 2005, p. 2).

O ideal seria concentrar todas essas demandas na Justiça do Trabalho. Por isso mesmo, propugno pela competência criminal da Justiça do Trabalho quanto ao julgamento de questões correlatas e imediatamente resultantes do ilícito civil-trabalhista, sobretudo quanto aos crimes contra a organização do trabalho e a prática do trabalho escravo, a fim de preservar a unidade da jurisprudência sobre todos os aspectos jurídicos da questão. (FONSECA, 2005, p. 383).

É que, como se observa, o ilícito penal-trabalhista carrega em si uma carga simultânea de ilícito trabalhista, civil e penal. O crime de redução a condição análoga à de escravo, por exemplo, enseja o pagamento das verbas trabalhistas; a indenização civil por danos materiais e morais; e a aplicação da sanção penal correspondente. Se a Justiça do Trabalho é competente para as duas primeiras ações⁶, seria adequado que conhecesse também das questões penais relacionadas ao tipo. O mesmo se aplica ao crime de assédio sexual, e assim por diante.

Estas razões de ordem técnica visam a sanear distorções na distribuição de competências entre as Justiças, racionalizando o sistema. Entretanto, razões de natureza sociológica também impulsionam a necessidade de ampliação da competência da Justiça do Trabalho para fazer frente aos novos paradigmas das relações laborais ultramodernas (MELHADO, 2005, p. 310).

As várias transformações nas relações contratuais da era globalizada produziram um campo fértil à prática de crimes contra a organização do trabalho, que podem passar despercebidos diante de uma Justiça não especializada nestas questões sociais.

Além disso, ainda que isso se caracterize como uma mera circunstância de fato, sabe-se que a Justiça do Trabalho está disseminada por todo o território brasileiro,

6. O inciso VI do novel art. 114 da CF, após a EC 45/2004, já transcrito, sepultou a controvérsia quanto a competência da Justiça do Trabalho para ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho.

levando aos mais longínquos municípios a sua prestação jurisdicional, justamente onde a “falta da Lei” permite uma miríade de abusos contra os hipossuficientes da relação capital-trabalho.

Isto deixa em desvantagem a Justiça Comum Federal que, com seu reduzido número de Varas, não atende, no aspecto geográfico, a demanda penal-trabalhista que se imagina reprimida nos rincões mais distantes do país.

A Justiça do Trabalho também se sobrepõe à Justiça Comum dos Estados quanto ao aparelhamento logístico e técnico especializado, além do que, esta última encontra-se sufocada por um número absurdo de processos das mais variadas espécies.

Neste contexto, a Justiça do Trabalho substituiria com vantagem a atuação da Justiça Comum, Federal ou Estadual, no processamento da ação penal contra os crimes relacionados ao trabalho, trazendo maior efetividade à jurisdição penal-trabalhista.

4. O JUIZ DO TRABALHO E A AÇÃO PENAL

Há quem considere como entrave à alocação de competência penal na Justiça do Trabalho o fato de os magistrados trabalhistas serem especialistas nas questões laborais e, conforme argumentam, não terem intimidade com o Direito e o Processo Penal.

Com a devida vênia aos que assim entendem, o juiz do trabalho é, antes de tudo, um magistrado como outro qualquer, sendo regra assente no ordenamento jurídico brasileiro a concepção de que a jurisdição é una. Assim, sua distribuição em competências é apenas facilitadora na divisão dos trabalhos de que se incumbem o Poder Judiciário.

Para ser juiz, o juiz do trabalho, como todos os outros, forma-se em Direito e presta concurso público no qual é avaliado também sobre a matéria penal.

Claro e lógico que, conforme se ocupa de um ramo especializado do Direito, torna-se um especialista e, como se sabe, a especialização limita e aprofunda. O juiz do trabalho é especialista em sua matéria, não resta dúvida. Mas isso não impede que possa aumentar os limites de sua competência, nem de que lhe sejam exigidos, em concursos vindouros, novos e aprofundados conhecimentos.

Ora, se o que se propõe é a competência penal-trabalhista, o juiz que dela se ocupar, especializado se tornará também nesta seara. Mais ainda que o juiz penal que julga todo tipo de crime.

Se não for esse o entendimento, o que se dirá do juiz de direito de uma cidade do interior do Brasil ainda não abrangida pela jurisdição trabalhista? Não será ele o juiz de todas as causas? Se for considerado incompetente para as matérias nas quais não é especialista, não será competente para nada, posto que é um generalista.

Justamente por isso, consideram alguns, aí residem maiores probabilidades de erros. Então volta-se ao começo: especializar o juiz trabalhista em questões penais relacionadas ao trabalho é, novamente, especializá-lo, tornando-o um *expert* no assunto. Seria possível, então, haver então juízes do trabalho responsáveis por Varas Trabalhistas Criminais, como, hoje, já se propugna, em iniciativas administrativas, por especializações de juízes do trabalho em varas de execução ou em varas de acidente do trabalho.

Além do mais, observa-se que os crimes contra a organização do trabalho “exigem dose de sociologia do ambiente de trabalho para a aplicação das penas próprias, campo mais adequado à atuação do juiz do trabalho, já cotidianamente afeto às discussões entre o capital-trabalho” (ZAHLOUTH JÚNIOR, 2005, p. 3).

E em sendo assim, ninguém melhor que o juiz do trabalho para apreciar o caso concreto envolto num desses tipos penais, dada à sua especialização, sua formação voltada ao conhecimento mais íntimo das questões principiológicas e sociológicas afetas ao labor, sua atuação diária no espaço do ambiente obreiro.

Outro não é o posicionamento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do trabalho – ANAMATRA:

A ANAMATRA entende, como deliberado em seu Congresso Nacional, na forma da proposta do juiz Guilherme Guimarães Feliciano, da 15ª Região, “que o juiz do trabalho está mais afeito aos problemas usuais do obreiro em seu ambiente de trabalho, detém, pois, maior especialização em tal seara se comparado ao juiz estadual ou ao juiz federal comum. Dessume, pois, que sua formação jurídica e sociológica o habilita julgar com maior conhecimento de causa as lides penais relativas à organização do trabalho. O juiz do trabalho, conhecedor dos institutos de Direito do Trabalho e de seus desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais, poderá aferir se, no caso concreto, o *nomen juris* dado a um certo documento consubstancia fraude tendente a frustrar direito trabalhista (art. 203 do Código Penal).” É interessante notar que nos tipos penais no título DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO há, quase sempre, transgressão de norma contratual trabalhista, matéria do contato diário do juiz do trabalho. (COUTINHO, 2005 a, p.7-8).

Há, ainda, os que argumentam que alguns juízes do trabalho oferecem tratamento paternalista em relação ao empregado, movidos por convicções ideológicas. Sobre esta suposta parcialidade dos juízes, pode-se contra-argumentar que são peculiares ao Direito do Trabalho princípios protetores ao hipossuficiente, os

quais não poderão ser levados em conta quando a matéria julgada for diversa da trabalhista. Assim, no julgamento de um crime serão observados os princípios aplicáveis ao Direito Penal.

Nesta esteira:

(...) está na origem da Justiça do Trabalho ser ela integrada por magistrados naturalmente mais sensíveis às questões sociais, que não raro requerem soluções fundadas no juízo de equidade, característica que importa na interpretação criativa da realidade social, e não a mera aplicação automática e fria das normas jurídicas. Isso não significa, entretanto, que os Juízes do Trabalho seriam levados a proferir decisões fundadas no seu sentimento pessoal, emotivo e irresponsável. (FONSECA, 2005, p. 378).

Diante do acima exposto, não resta argumentação que pretenda desqualificar a atuação do juiz do trabalho na esfera penal-trabalhista.

5. OPERACIONALIZAÇÃO DA NOVA COMPETÊNCIA

A mudança do modelo básico da Justiça Laboral para uma configuração mais abrangente, onde a tônica seja a proteção do valor trabalho humano em qualquer perspectiva que se apresente, inclusive na seara criminal, infalivelmente motivará alterações diversas, seja na parte do ordenamento jurídico relacionada ao direito material e processual em tela, seja nas estruturas das instituições envolvidas.

Neste tópico, se procurará identificar, ainda que de maneira resumida, as primeiras modificações legislativas e institucionais necessárias ao abrigo da nova competência desejada.

5.1. Modificações legislativas necessárias

Dilatar-se a competência da Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento de delitos penal-trabalhistas exigiria algumas modificações legislativas. Relacionam-se, em seguida, aquelas que despontam logo à primeira vista, sabendo-se que o cotidiano da prática penal na esfera trabalhista, poderá suscitar outras inovações.

Partindo-se da Constituição Federal, obviamente através de Emenda Constitucional, seriam necessárias, no mínimo, as seguintes alterações:

- a) art. 109, inciso IV: para incluir na ressalva a competência da Justiça do Trabalho, que assim passaria a processar os crimes contra a administração da própria Justiça, como acontece com a Justiça Militar e a Eleitoral;

- b) art. 109, inciso VI: para excluir da competência da Justiça Federal o julgamento dos crimes contra a organização do trabalho;
- c) art. 114: para incluir um inciso explicitando a competência penal da Justiça do Trabalho para os crimes penal-trabalhistas, assim entendidos aqueles cujo bem jurídico tutelado esteja relacionado com o valor trabalho (crimes contra a organização do trabalho, redução a condição análoga à de escravo e assédio sexual).

No âmbito infraconstitucional, entende-se que os diplomas legais a serem aplicados diretamente na condução de uma ação penal, quais sejam o Código Penal e o Código de Processo Penal, não careceriam de modificações, uma vez que os delitos em questão e o seu processamento em nada seriam alterados.

Contudo, a Lei de execuções penais, Lei n. 7.210/84, passaria também a ser aplicada ao condenado pela Justiça do Trabalho, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição comum, como ocorre com os condenados pela Justiça Eleitoral e Militar. Para tanto, bastaria inserir a Justiça do Trabalho no parágrafo único do art. 2º da referida Lei.

A Lei Complementar Federal n. 75, de 20 de maio de 1993, Estatuto do Ministério Público da União, por sua vez, deveria merecer alteração no seu art. 83, para ampliar o rol de atribuições do Ministério Público do Trabalho quanto à ação penal.

5.2. Processo penal x processo do trabalho

Os críticos à proposta aqui apresentada, qual seja a de tornar competente a Justiça Obreira para apreciar os crimes relacionados ao trabalho, levantam questões aparentemente difíceis de apaziguamento. Dizem, por exemplo, que não há como processar na Justiça do Trabalho uma ação penal porque haveria incompatibilidade de ritos, de prazos, de representação e de princípios.

Com efeito, só aparentemente é que tais problemas se revelam de difícil solução. Afastando-se as brumas do preconceito, consegue-se ver com clareza que a Justiça do Trabalho, aliás, qualquer Justiça, não tem ritos, prazos ou princípios próprios. Estes pertencem ao processo, e divergem conforme ele seja trabalhista, civil ou penal.

Quando a Justiça do Trabalho processa uma ação tradicionalmente compreendida como “civil” (v. g. procedimentos especiais previstos no CPC), aplica as regras do processo civil. Veja-se:

Esse já é o mecanismo utilizado pelos juízes do Estado quando no exercício da jurisdição trabalhista. (...) Ora, é plenamente lógico e racional que eles exerçam a jurisdição trabalhista aplicando a CLT e exerçam a jurisdição civil aplicando o CPC. Qual a dificuldade? Qual o mistério? *Mutatis mutandis* o raciocínio é o mesmo. Haveremos de continuar utilizando a CLT, para os casos regulados por ela e o CPC, para as ações cíveis. (MENEZES; BORGES, 2005, p. 42).

Em suma, são os valores inerentes à relação de emprego que justificam o rito da ação trabalhista. Incorreto pensar, portanto, que o rito se justifica em face do órgão julgador (porque na JT, deve ser o rito da CLT). Não à toa que perante o juiz de direito, no exercício a jurisdição trabalhista, é adotado o rito da CLT nas reclamações trabalhistas (...) (MEIRELES, 2005, p. 77).

Permitindo-nos um trocadilho, é preciso lembrar que a justiça é do Trabalho e não da C.L.T.! Se não for superada a mentalidade retrógrada que pretende ser do Poder Judiciário laboral somente dissídios previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, dever-se-ia negar, logo, o cabimento de ações de procedimentos especiais na Justiça do Trabalho, como, por exemplo, a consignação em pagamento, eis que está prevista somente nos arts. 972/984 do Código Civil e 890/900 do Código de Processo Civil, sem qualquer norma específica no texto consolidado. (PAMPLONA FILHO, 2005, p. 5).

Logo, se a Justiça do Trabalho, como se espera, vier a ter competência para processar a ação penal, esta obedecerá, como é lógico, aos ritos, prazos e princípios do processo penal, bastando apenas que isto seja explicitado na norma correspondente.

Em relação ao *jus postulandi*, por exemplo, veja-se:

Releva destacar que o artigo 791 da CLT não estende a capacidade postulatória para as partes no âmbito da Justiça do Trabalho, mas apenas ao empregado e ao empregador. Para as demandas estranhas às relações de emprego, não há que se falar em incidência desta norma, na medida em que não há empregado ou empregador.

(...)

Como corolário, para as demandas submetidas à nova competência do Judiciário Trabalhista que não estejam embasadas em uma relação de emprego, imprescindível será a contratação do advogado (...) (RIBEIRO JÚNIOR, 2005, p. 249).

Além do que, na seara penal, o suposto direito de postular da parte seria inconstitucional, *ex vi* do art. 5º, LV da CF, posto que a doutrina considera como meio de ampla defesa, dentre outros, a defesa técnica por advogado (FELICIANO, 2005, p. 5-6).

Assim, não há que se falar em *jus postulandi* da parte no processo penal-trabalhista, à exceção do *habeas corpus* ou quando a parte for habilitada, nos termos do art. 263 do CPP.

No tocante ao princípio da proteção ao trabalhador, mais conhecido sob a forma *in dubio pro operario* (MARTINS, 2001, p. 76), conforme a lógica acima estabelecida, por óbvio também não poderá ser aplicado ao processo penal-trabalhista, haja vista tratar-se de um princípio do Direito do Trabalho.

Contudo, não se pode ignorar que, naturalmente, problemas de ordem operacional surgirão. Seria imaturo querer sublimá-los na ânsia de fazer-se impor a tese almejada. Também é verdade que não se tem resposta para tudo e que as soluções sobrevirão aos problemas, porque sempre foi assim. O que não se deve - acredita-se! - é deixar de propor o novo por apego ao velho, notadamente quando o novo acena com melhores possibilidades. Pensar o contrário seria repetir a postura criticada poeticamente por Caetano, de “*que Narciso acha feio o que não é espelho; e a mente apavora o que ainda não é mesmo velho; nada do que não era antes quando não somos mutantes*”...

5.3. Aumento de competência e estrutura da Justiça do Trabalho

O reconhecimento de que a Justiça do Trabalho, como todos os outros ramos do Judiciário nacional, deve ter competência para a matéria penal relacionada ao campo de sua atuação, além de corrigir uma distorção técnica e proporcionar aos jurisdicionados uma melhor assistência nestas questões, também promoverá um desafogamento das outras Justiças, recalibrando o sistema com mais eficiência e produtividade. Confira-se:

(...) a redistribuição de competência, a par da racionalidade sociológico-política, também confere racionalidade técnico-econômica ao sistema judiciário nacional, confluindo, assim, no sentido dos anseios nacionais de modernização do Poder Judiciário, na medida em que será determinante de maior celeridade, eficiência e efetividade da prestação jurisdicional. (COUTINHO, 2005 b, p. 147).

Entretanto, esta reorganização judiciária implicará, por certo, num aumento de demanda para a Justiça Obreira, o que, aliás, já vem ocorrendo a partir da EC 45/2004. Daí decorre a necessidade de se promoverem os meios adequados para a absorção das novas ações doravante endereçadas ao juízo trabalhista.

É evidente que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho implicará em aumento de processos, por conseguinte em necessidade de expansão de seus órgãos, inclusive com a instituição de câmaras ou turmas ou varas especializadas para o julgamento de questões diversificadas, em todos os graus de jurisdição. O alcance de qualquer finalidade exige os meios capazes de implementar a medida. (FONSECA, 2005, p. 390).

Especificamente em relação às ações penal-trabalhistas, entende-se que devam ser processadas em varas especializadas para este fim, criadas por lei de organização

judiciária federal ou provimentos dos próprios Tribunais Regionais do Trabalho. Para elas, “se habilitarão os juízes – titulares e substitutos – interessados em desempenhar efetivamente a nova competência.” (FELICIANO, 2005, p. 4).

Considera-se, entretanto, que a simples competência penal desejada não causaria, por si só, grande alteração na estrutura da Justiça Trabalhista, além das Varas Criminais do Trabalho e seus juízes especializados. Observe-se que os limites do Direito Penal-Trabalhista encerram-se, como se disse, nos crimes contra a organização do trabalho, na redução a condição análoga à de escravo e no assédio sexual, além dos crimes contra a administração da Justiça do Trabalho. Certamente, maior demanda já foi deflagrada com a reforma implementada pela EC 45/2004 e não se viu o apocalipse por causa disso...

De toda sorte, não se entenderá qualquer aumento de demanda sem o devido acompanhamento da necessária estrutura material e funcional.

“Tudo deverá ser devidamente adaptado e preparado, inclusive os próprios magistrados. Tudo faz parte da nova Justiça do Trabalho. São os novos tempos. Não há como fugir da realidade. Somente recepcioná-la.” (MENEZES; BORGES, 2005, p. 43).

5.4. O Ministério Público do Trabalho e a Defensoria da União

Como órgão do Ministério Público da União, o Ministério Público do Trabalho tem sua atuação regulada pela Lei Complementar Federal n. 75/93 – Estatuto do Ministério Público da União. Lá, no art. 83, pode-se observar que, dentre as atribuições deste ramo do Ministério Público, não se encontra a propositura da ação penal, haja vista que, para atuar perante a Justiça do Trabalho, como hoje instituída, não há espaço para tanto.

Assim, ao detectar ilícitos penais relacionados ao trabalho, o Ministério Público do Trabalho não pode atuar de pronto, mas apenas informar ao Ministério Público Federal ou ao dos Estados, conforme o crime seja da esfera de competência da Justiça Comum Federal ou Estadual, para a competente ação penal. Veja-se:

É esse ramo do *Parquet* quem, por força da própria natureza de sua atividade, quotidianamente identifica as violações de ordem penal relacionadas ao mundo do trabalho, sendo contraproducente que a titularidade das correspondentes ações penais tenha que ser repassada a outros ramos do Ministério Público, extremamente assoberbados com uma enorme pletora de figuras criminais, muitas delas de enorme potencial ofensivo e complexidade. (RODRIGUES; RODRIGUES, 2005, p. 4).

Certamente, a competência penal da Justiça do Trabalho viria corrigir mais este equívoco, criando paralelamente a atribuição penal do Ministério Público do

Trabalho, para, por exemplo, a promoção de ação penal pública mediante denúncia (FELICIANO, 2005, p. 8).

Neste sentido:

A proposta, ao visar trazer tal competência para a órbita da Justiça do Trabalho, pretende ainda dinamizar a atuação do Ministério Público do Trabalho, igualmente, único segmento do Parquet nacional a quem é negada atribuição na esfera penal. Esse ramo Ministerial, com toda certeza, conseguirá agir com maior rapidez na propositura da ação penal e atuará mais eficazmente no sentido de se obter julgamentos mais céleres e eficazes pelos Juízes e Tribunais mais afinados com as controvérsias relacionadas ao ambiente do trabalho ou tendentes à sua perturbação: os Juízes e Tribunais do Trabalho. (RODRIGUES; RODRIGUES, 2005, p. 3).

Relativamente à defesa do acusado, com base nos art. 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal e art. 261 e parágrafo único do Código de Processo Penal, a Defensoria Pública está encarregada de promover a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados.

Ante a perspectiva do cometimento de competência penal à Justiça do Trabalho, a Defensoria Pública da União continuará a desenvolver o seu mister, no tocante à ação penal, agora perante o juízo trabalhista, sempre que seus serviços sejam requisitados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça do Trabalho, já reconhecida pela habitual celeridade na condução dos atos que atendem às demandas a ela submetidas, recebeu recentemente do legislador constituinte derivado uma ampliação de sua competência, nos termos do novo art. 114 da Constituição Federal, introduzido com a Emenda Constitucional 45/2004.

Entretanto, tal ampliação não alcançou, ainda, o estágio desejado.

Em outra frente, o combate permanece. Continua em tramitação na Câmara dos Deputados a fase seguinte da PEC 358/2005 (PEC paralela da reforma do Judiciário), pela qual se busca corrigir tal distorção, atribuindo, formal e finalmente, a competência penal à Justiça do Trabalho.

Por todas as razões de ordem técnica aqui deduzidas, não temos a menor dúvida que, até do ponto de vista prático, dotar a Justiça do Trabalho de competência para julgar crimes relacionados ao trabalho é assegurar às partes o conhecimento prévio do único e exclusivo órgão judiciário a que se deve recorrer em questões

oriundas das relações de trabalho, mesmo que de índole criminal. Assim o é nas Justiças Especializadas Militar e Eleitoral. Como está em Mt. 22: 21, “...*dai pois a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus.*”

Estando a Justiça do Trabalho mais capilarizada pelo interior do Brasil que a Justiça Federal, e mais aparelhada e bem servida de juízes e serventuários que a Justiça Comum dos Estados, certamente o grau de satisfação com a sua prestação jurisdicional no julgamento dos crimes a ela relacionados fomentaria o acesso à justiça e em muito contribuiria para a paz social.

REFERÊNCIAS

ANGHER, A. J. *Código penal*. 4 ed. São Paulo: Rideel, 2004.

CHAVES JÚNIOR, J. E. de R. A emenda constitucional n. 45/2004 e a competência penal da justiça do trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 220-235.

COUTINHO, G. F. *Competência da Justiça do Trabalho para julgar os crimes contra a organização do trabalho*. Palestra proferida na OIT, em 25 set. 2002. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/trabalho_forcado/brasil/documentos/texto.htm>. Acesso em: 25 mai. 2005 a.

_____. O mundo que atrai a competência da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005 b. p. 122-147.

DALIA FILHO, L. *Evolução histórica da Justiça do Trabalho no contexto mundial*. Disponível em: <<http://www.trt13.gov.br/revista/luismar.htm>>. Acesso em: 5 set. 2005.

FAUSTO, F. *A nova escravidão do trabalho*. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1461&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 11 out. 2005.

FELICIANO, G. G. *Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal*. Disponível em: <<http://www.beofito.com.br/artigos/art01/trab37.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2005.

FONSECA, V. J. M. da Justiça do Trabalho – nova competência. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 375-391.

HIRECHE, G. F. el. *A função da pena na visão de Claus Roxin*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*. 16 ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

- MANUS, P. P. T. *Histórico da Justiça do Trabalho no Brasil*. Disponível em: < <http://www.trt02.gov.br/html/tribunal/competencia/hisjbr.htm> >. Acesso em: 25 set. 2005.
- MARTINS, S. P. *Direito do Trabalho*. 14 ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARTINS FILHO, I. G. da S. *Evolução histórica da estrutura judiciária brasileira*. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_05/evol_historica.htm >. Acesso em: 28 mai. 2005.
- MEIRELES, E. A nova Justiça do Trabalho – competência e procedimento. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 62-81.
- MELHADO, R. Da dicotomia ao conceito aberto: as novas competências da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 309-340.
- MENEZES, C. A. C. de; BORGES, L. D. Algumas questões relativas à nova competência material da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 38-53.
- NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito processual do trabalho*. 21 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PAMPLONA FILHO, R. *Dano moral e Justiça do Trabalho*. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2080> >. Acesso em: 24 mar. 2005.
- _____. Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988. In: *Revista Ciência Jurídica do Trabalho*. ano I, n. 04, abril/1998, Belo Horizonte, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, 1998, p. 09-17.
- RIBEIRO JÚNIOR, J. H. Competência laboral – aspectos processuais. In: COUTINHO, G. F.; FAVA, M. N. (Coord.) *Nova competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. p. 236-251.
- RODRIGUES, R. D.; RODRIGUES, G. D. *A nova competência da Justiça do Trabalho – uma abordagem inicial*. Disponível em: http://www.amatra5.org.br/artigos/artigos26_05.php Acesso em: 29 ago. 2005.
- SANTOS, A. J. dos. *Direito Penal do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.
- ZAHLOUTH JÚNIOR, C. *Competência da Justiça do Trabalho: os juízes discutem e o trabalhador sofre nos rincões. A triste sina do povo brasileiro*. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3708> >. Acesso em: 13 mar. 2005.



IV

RECONSTRUINDO O DIREITO CIVIL A PARTIR DO DIREITO AMBIENTAL: CONTRATO, BENS, SUJEITO

Roxana Cardoso Brasileiro Borges

Professora Adjunta de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA) e da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), professora na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Salvador (UCSal), Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

RESUMO: O artigo tem por objetivo relatar algumas transformações pelas quais vem passando o Direito Civil diante da necessidade de proteção do meio ambiente. Percebe-se que o Direito Ambiental não apenas exige uma atualização do Direito Civil, como também provoca uma revisão de seus conceitos mais tradicionais. Neste trabalho apresentam-se algumas dessas transformações em relação ao contrato, aos bens e ao sujeito.

ABSTRACT: The objective of this paper is to tell some transformations of Civil law, caused by

the necessity of protection of the environment. Environmental law not only demands an update of the Civil law, as well as provokes a revision of its more traditional concepts. In this paper some of these transformations are presented about the contract, the goods and the citizen.

PALAVRAS-CHAVE: função ambiental, contrato, bem jurídico, bem ambiental, sujeito de direito, direito civil, direito ambiental.

KEYWORDS: environmental function, contract, environmental protected goods, subject of right, environmental law, civil law.

SUMÁRIO: Introdução – 1. O contrato: 1.1. O contrato no Direito Civil; 1.2. O contrato no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental – 2. Os bens: 2.1. Os bens no Direito Civil; 2.2. Os bens no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental – 3. O sujeito: 3.1. O sujeito no Direito Civil; 3.2. O sujeito no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental – Conclusão – Referências.

INTRODUÇÃO

A necessidade de repensar o Direito Civil a partir do Direito Ambiental decorre da constatação de que muitas das categorias clássicas do direito privado não se adequam às novas exigências de proteção dos interesses difusos, como a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, apesar de

haver esta ligação entre figuras do tradicional Direito Civil com as novas regras trazidas pelo Direito Ambiental, os estudiosos ainda não dedicaram especial atenção às transformações que a necessidade de proteção do meio ambiente geram no Direito Civil.

Percebe-se que o direito de propriedade¹, por exemplo, uma categoria clássica central do Direito Civil, deve ter sua leitura “ecologizada” pelas necessidades de compatibilização do uso do solo com a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. A partir da idéia de função social da propriedade, deve-se passar a falar em função ambiental da propriedade, no intuito de explicitar a necessidade (jurídica, inclusive) de adequação do clássico, liberal e individualista direito (de propriedade) à nova, transindividual, transgeracional e solidária exigência ecológica. É necessário responder: como compatibilizar a noção clássica de propriedade com as novas demandas do movimento ambientalista? Persiste a noção clássica de direito de propriedade? Qual é o conceito contemporâneo de direito de propriedade?

Não se tem notícia, ainda de uma construção de uma versão ambiental para outra importante categoria do Direito Civil, o contrato. É necessário revisar o conceito clássico de contrato, para construir o que entendemos ser o contrato contemporâneo a partir das diretrizes constitucionais para o Direito Civil, chegando ao princípio da função social do contrato e à relativização do princípio da relatividade do contrato e, por fim, ao chegar ao componente ambiental da função social do contrato, buscar responder às seguintes indagações: o que é função ambiental do contrato? Qual a consequência do contrato que não cumpre sua função ambiental? Quem pode ser atingido por este contrato? Quem pode atuar consertando este contrato? Como operar a função ambiental do contrato?

Paralelamente, a noção e a classificação dos bens jurídicos considerados pelo Direito Civil requerem uma adaptação aos novos regimes legais de proteção ambiental. A tradicional divisão dos bens jurídicos em públicos e particulares, como feita pelo Código Civil, não é suficiente para resolver os problemas decorrentes da incidência dos interesses difusos sobre os bens particulares, assim como vincula, ainda mais, o Poder Público quanto à utilização dos bens públicos. Por isso, é necessário propor uma outra classificação dos bens jurídicos que responda às formas de integração entre interesses difusos, interesses públicos e interesses particulares.

1. Neste artigo não trataremos das transformações que a questão ecológica causou no direito de propriedade. Os resultados de nossa pesquisa sobre o tema encontram-se em BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999.

O mesmo vem sendo questionado quanto ao conceito de sujeito de direito. Da concepção civil tradicional de sujeito como sendo a pessoa, física (se nascida com vida, tradicionalmente) ou jurídica (quando regularmente constituída), vemos o surgimento de novas tentativas de teorização sobre a categoria do sujeito de direito que inclua os animais e a natureza e os retire do tradicional tratamento jurídico atribuído às coisas, outra categoria clássica central do Direito Civil. Apenas a pessoa humana nascida com vida e a pessoa jurídica são sujeitos de direito no nosso ordenamento civil-constitucional? E os direitos dos animais e da natureza em si mesma considerada? E as futuras gerações, sequer concebidas biologicamente? Podem estes entes ser considerados sujeitos de direitos diante das novas normas de proteção ambiental?

Quanto à responsabilidade civil², vêm sendo construídas novas saídas teóricas e legais para a superação da exigência da culpa como pressuposto para a responsabilização, tendo sido consagrada a responsabilidade objetiva em matéria ambiental. Apesar disso, ainda há controvérsia sobre o cabimento das excludentes da responsabilidade e sobre a eficácia do viés reparador da responsabilidade civil, diante da irreparabilidade do dano ambiental. Além disso, o próprio conceito de dano, no Direito Ambiental, dissocia-se do que é dano no Direito Civil, tendo em vista sua transindividualidade, sua extrapatrimonialidade e, por vezes, sua futuridade e incerteza.

A propriedade, o sujeito, o contrato, os bens, a responsabilidade são categorias centrais do Direito Civil clássico, de inspiração liberal, patrimonialista e individualista, que pretendemos analisar a partir das novas demandas e novas normas de tratamento da questão ambiental. A principal hipótese é a de que o movimento ambientalista e seu reflexo jurídico causaram alterações nestas categorias centrais, que, hoje, têm novo significado, adequado ao contexto mais social, existencial e solidário que o ordenamento jurídico brasileiro normatiza.

Para isso, far-se-á estudo comparado das versões clássicas e contemporâneas dos conceitos de contrato, bens e sujeito, deixando para outro momento a revisão sobre o direito de propriedade e a análise sobre a responsabilidade civil. O tratamento ao tema terá como diretrizes o paradigma constitucional-social do atual Direito Civil e o paradigma transindividual, transgeracional e existencial do Direito Ambiental.

2. A pesquisa sobre como a responsabilidade civil é afetada pelas necessidades de proteção do meio ambiente está em desenvolvimento. Ainda não relatamos seus resultados parciais neste trabalho. Sobre o tema orientamos, em 2006-2007, a pesquisa que resultou na dissertação de mestrado de Laurício Alves Carvalho Pedrosa, intitulada "A responsabilidade civil por risco de dano ao meio ambiente", no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

Tendo em vista as limitações de tamanho deste artigo, vamos apenas lançar as linhas gerais do que pensamos como reconstrução do Direito Civil a partir do Direito Ambiental e como a própria construção deste.

1. O CONTRATO

1.1. O contrato no Direito Civil

Inicialmente, cumpre ressaltar que teoria do contrato tem passado por importantes mudanças nas últimas décadas. Vejamos como são a teoria clássica do contrato, ou seja, o modelo liberal de contrato consolidado na codificação napoleônica (1804) pós-revolução francesa, e, posteriormente, o novo modelo que vem sendo desenhado atualmente, no Direito Civil contemporâneo, para se chegar à sua feição ambiental..

O tratamento que o legislador burguês conferiu ao contrato no século XIX, 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 abstratamente 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.

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.

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.

Uma decorrência, para a teoria geral dos contratos, da adoção dos pressupostos liberais – 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.

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.

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.

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.

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.

Percebe-se, contudo, a construção de um novo modelo de contrato, que chamamos de conceito contemporâneo de contrato, situado 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.

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 negociais³. Para atingir os objetivos fundamentais assumidos pelo constituinte de 1988 no art. 3º, não serve um ordenamento conservador, é necessário um conjunto de normas com mandamento de mudança, de transformação, de evolução, de

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

progresso⁴ em vários âmbitos: progresso social, progresso econômico, progresso cultural, progresso ambiental, progresso jurídico.

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.

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 da relação contratual, pois ambas têm interesses em jogo dependentes da atuação recíproca⁵. 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.

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 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. Duas principais teorias fundamentam a revisão judicial dos contratos: a teoria da imprevisão e a teoria da onerosidade excessiva.

O princípio da boa-fé objetiva ou princípio da proibidade ou eticidade, expresso nos arts. 422, 113 e 187 do Código Civil, atua sobre os contratos com várias

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

5. Pressupondo-se um contrato bilateral e oneroso.

funções⁶: 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 confiança⁷ da outra parte e aos seus legítimos interesses por aquele contrato, decorrente, também, da noção de contrato como vínculo de colaboração.

Dentre as críticas feitas à teoria do negócio jurídico e à teoria geral do contrato, está 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”⁸. Houve, assim, uma alteração no sentido de uma “funcionalização do negócio”⁹, uma socialização do contrato, como reação ao voluntarismo estruturalista oitocentista.

Como observou Miguel Reale¹⁰, 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.

-
6. 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.
 7. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
 8. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, p. 23.
 9. Ibidem, loc. cit.
 10. REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 20/03/2007.

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

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 Reale¹¹.

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 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.

11. Ob. cit.

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.

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).

Diante da transformação relatada acima de um paradigma liberal para um paradigma social, a doutrina e a jurisprudência, assim como o legislador, vêm 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. 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, no direito obrigacional, como objetivo principal, sobre a segurança jurídica, que é a justiça contratual ou equidade contratual ou, simplesmente, equilíbrio contratual. Ao inserirmos a questão ambiental, outro fator prevalece sobre a intangibilidade do contrato: a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1.2. O contrato no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental¹²

Ainda não estamos propondo um conceito ambiental para o contrato que supere o conceito contemporâneo, mas é necessário destacar o fator ambiental presente nos contratos e a imprescindibilidade de adequação dos pactos à manutenção do equilíbrio ecológico, a partir das justificativas históricas e teóricas que acabamos de expor.

A necessidade de proteção do meio ambiente é diretamente ligada a um dos princípios fundamentais do direito brasileiro: a solidariedade. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive as futuras gerações, que têm na equidade intergeracional a busca pela garantia de um meio ambiente propício ao seu desenvolvimento.

A proteção ambiental é um direito-dever de todos, o que requer solidariedade jurídica e solidariedade ética, inclusive intergeracional, pois os sujeitos encontram-se, simultaneamente, em ambos os pólos da relação jurídica, ou seja, ao mesmo tempo em que são sujeitos ativos, são também sujeitos passivos do mesmo direito-dever: têm direito e dever sobre o mesmo bem.

Um fator imprescindível para a superação da crise ecológica é a superação da ética individualista e a incorporação de um pensamento que permita responsabilizar as pessoas por acontecimentos globais, como o efeito estufa, a chuva ácida, a perda da biodiversidade, a erosão, a morte dos rios, a poluição atmosférica, a poluição sonora.

A resposta à crise ecológica exige responsabilidade coletiva, centrada em valores que perpassam a esfera individualista própria da sociedade moderna. A sociedade que gerou a crise ecológica não teve alteridade nem solidariedade como valores fundamentais. Tal responsabilidade coletiva é pleiteada num nível ético, que deve decorrer da junção entre as éticas da solidariedade e da alteridade – sem as quais não é possível considerar a natureza e mesmo os próprios seres humanos como outros sujeitos, mas apenas como objetos – para que seja possível compreender e buscar uma saída da crise ecológica.

No contexto do contrato e de seu ambiente, é necessário perceber que as partes contratantes têm deveres além daqueles assumidos interpartes, pois seu acordo

12. Os resultados de nossa pesquisa sobre o tema podem ser encontrados em BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. In: 11º. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL. *Anais*. São Paulo, 2007. V. 1. p. 673-690.

não pode causar dano à sociedade, devendo respeitar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dos que não formaram o contrato, mas que sofrem seu impacto.

O advento da crise ecológica vem provocando alterações nas funções do Estado, que tende, neste momento, a repartir, com a sociedade, as responsabilidades pela proteção do meio ambiente. Assim, a função ambiental (ou, em termos gerais, o dever de cuidar do meio ambiente) deixa de pertencer ao âmbito essencialmente público, passando a se constituir dever também dos indivíduos. Os deveres correspondentes à função ambiental não são exclusivamente do Poder Público, são solidarizados com a sociedade.

Diante disso, começa a ser teorizado o surgimento de um Estado Ambiental. A teoria jurídica e a teoria do Estado não podem ser estudadas separadamente, uma vez que é inegável sua evolução conjunta, pois prevalece a concepção estatista de direito. Neste âmbito, verifica-se a tentativa do Estado social – mesmo que sua realização tenha apenas se iniciado em alguns países, como no Brasil – de promover a viabilização da proteção do meio ambiente inclusive através do direito.

Isso importa uma nova alocação dos princípios no ordenamento jurídico. Com a passagem de um direito de cunho predominantemente liberal para um direito mais voltado ao social e que, neste momento, deve caminhar para um direito que tem a responsabilidade de apresentar respostas ou caminhos para sair da crise ecológica, a principiologia jurídica necessariamente passa por uma revisão.

Vicente Capella, um dos teóricos deste novo Estado – o Estado Ambiental – distingue as características principais do Estado Ambiental em relação ao Estado liberal e social. Para ele, no Estado Ambiental a instituição principal é a natureza, enquanto nos outros dois são o mercado e o Estado, respectivamente. O sujeito de direito, no Estado Ambiental, é todo ser humano, enquanto nos outros tipos de Estado citados os sujeitos de direito são o burguês, ou o proprietário, e o trabalhador. A finalidade do Estado ambiental é a solidariedade, mais ampla que a liberdade e a igualdade das duas feições de Estados anteriores. E, finalmente, os direitos humanos do Estado ambiental são de terceira geração, enquanto que os direitos típicos do Estado liberal são de primeira e os do Estado social são de segunda geração.

No que se refere ao Estado ambiental, este teria como função principal a de promover a proteção do meio ambiente. Esta tarefa do Estado se realiza principalmente através de medidas que visam a provocar o exercício das condutas desejadas para o fim ambiental do Estado. A função repressiva do Estado liberal cede cada

vez mais para a função promotora característica do Estado Social, que deve continuar prevalecendo no desenvolvimento do Direito Ambiental.

Segundo Paulo de Castro Rangel, o que se exige do Estado contemporâneo é a compatibilização do desenvolvimento econômico com a qualidade de vida, não o mero prosseguimento de uma política de pleno emprego e bem-estar¹³.

Perante esses fatores, o Direito Ambiental surge como um elemento integrador dos direitos liberais e sociais, pois a realização dos direitos de terceira geração, como o direito do meio ambiente, implica a realização daquelas duas categorias de direitos e da ampliação do conteúdo e do rol dos direitos fundamentais preexistentes a essa terceira categoria.

Por causa da exigência de um Estado desta forma atuante, Rangel realça a necessidade de se afastarem posturas neoliberais, pois, de acordo com ele, o Direito Ambiental é, e assim tem que ser, um direito intervencionista, o que não significa, nem deve significar, absolutamente, expressão do totalitarismo ecologista ou do fundamentalismo ambientalista¹⁴.

Assim, verifica-se que, com o agravamento da crise ecológica, a sociedade começa a passar por uma transformação que pode terminar com a caracterização de uma nova forma de cidadania, emergente e, ao lado disso, um Estado com características inéditas, e um direito que tem a função de viabilizar e garantir tal evolução social, através da busca da máxima efetividade de suas normas.

A emergência dos direitos transindividuais ocorre num momento de luta pelo reconhecimento de interesses de uma sociedade que está num estágio de desenvolvimento econômico e tecnológico diferente, muito mais avançado e ameaçador à manutenção do equilíbrio ecológico que aquele estágio em que se consagrou a consolidação do direito privado e dos direitos individuais.

O direito do meio ambiente é um direito absoluto, *erga omnes* em dois sentidos. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sem que para isso exija-se um *status* que atribua a titularidade deste direito. Por outro lado, as obrigações que se referem àquela expectativa são de todos, não é apenas do Estado, mas de todas as pessoas, físicas e jurídicas, públicas e privadas, que têm o dever de preservar um meio ambiente adequado para a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

13. RANGEL, Paulo de Castro. *Concertação, programação e direito do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 11.

14. RANGEL, P. C. Ob. cit., p. 20.

Esta transindividualidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado chama para a relação jurídica contratual as demais pessoas que, apesar de não terem formado o contrato (no sentido clássico, não são partes), são atingidas por ele, tornando-se partes, numa concepção contemporânea de contrato como relação jurídica complexa. Sendo os demais sujeitos partes em sentido amplo, têm interesse jurídico em revisar o contrato que lhes é prejudicial, pois violador de um direito juridicamente reconhecido ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Estas pessoas, consideradas tradicionalmente terceiros em relação ao contrato, equiparam-se às partes e aos seus poderes no contexto contratual.

A regra, no Direito Ambiental brasileiro, sobre a responsabilidade pelo dano ambiental é a solidariedade entre os poluidores.

Transpondo o dever ético-jurídico de solidariedade e a regra obrigacional da responsabilidade solidária à realidade contratual e suas repercussões ambientais, percebe-se que o contrato não pode ser observado fora do seu contexto sócio-econômico-natural. As partes não podem contratar uma atividade poluidora, obter a satisfação de seus interesses econômicos e lançar ao restante da sociedade a poluição gerada pelo contrato, externalizando o custo ambiental. Ainda que o contrato satisfaça seus interesses, as partes têm que cuidar do impacto ambiental causado pelo contrato sobre o restante da coletividade.

Não se trata apenas de responsabilizar, como tradicionalmente é feito, a parte contratada, considerada tal a parte que se obriga a realizar materialmente a atividade geradora de poluição ou dano ambiental. Além dela, a parte contratante, considerada assim aquela que almeja os benefícios da atividade poluidora exercida pela contratada, também é responsável pelo dano ambiental, por um dever de solidariedade, pois esta também deve cuidar das repercussões de um contrato de que é parte.

Desta forma, se as partes de um contrato são causadoras do 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 provocando-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 parte contratante, embora não exerça materialmente a atividade poluidora, dá causa ao dano ambiental, encaixando-se no conceito de poluidor do art. 3º da

Lei 6.938/81: “... entende-se por poluidor a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

A revisão contratual e a responsabilidade da parte (cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer ou condenação em dinheiro – art. 3º da Lei 7.347/85) contratante pode se dar através de meios já conhecidos na proteção jurídica ao meio ambiente, como a ação civil pública e o compromisso de ajustamento de conduta, os mais eficazes, além de outros, como a ação popular, o mandado de segurança, o mandado de injunção, no que couberem.

Por enquanto, entendemos que pelo menos os sujeitos normalmente legitimados (para a ação civil pública, os do art. 5º da lei citada) para a defesa judicial do equilíbrio ecológico possam promover a função ambiental do contrato, em casos de contratos causadores de dano ambiental.

Tais legitimados são considerados terceiros em relação ao contrato poluidor e, tradicionalmente, nada poderiam fazer quanto a este pacto entre os contratantes. Atualmente, sua intervenção, seja através do manejo da ação civil pública ou da representação ao Ministério Público para realização do compromisso de ajustamento de conduta ambiental, é possível, tendo em vista o princípio civil da função social do contrato e a natureza transindividual dos interesses difusos. Assim, podem os chamados terceiros ajuizar ação civil pública que questione um contrato pelo fato de esse causar dano ambiental.

O pedido pode visar à reparação do dano ambiental, assim como à sua prevenção, podendo levar à revisão do contrato e alteração do pactuado para, por exemplo, dilatar o prazo de execução da obrigação, adiar o início da atividade em questão, diminuir a quantidade a ser produzida, diminuir o volume de certo componente, alterar o horário de atividade, aumentar o valor contratado, dentre outras providências necessárias, inclusive a rescisão do contrato, em casos de prejuízo extremo ao meio ambiente.

Isso implica a extensão, à parte contratante, dos efeitos poluidores da atividade empreendida pela parte contratada, pois a contratante também é poluidora, conforme definição de poluidor constante do art. 3º da Lei 6.938/81.

A revisão do contrato com vistas à proteção do meio ambiente pode gerar alterações que visem, inclusive, ao restabelecimento do equilíbrio econômico do contrato, com alteração do valor das prestações, alcançando também a cláusula penal (multa contratual), pois também a parte contratante deve arcar com o ônus econômico da poluição.

2. OS BENS

2.1. Os bens no Direito Civil

O Código Civil brasileiro, ao classificar os bens jurídicos¹⁵, no Livro II da Parte Geral, trata, no Capítulo III, dos bens conforme sua titularidade. Se o titular de um bem for um particular, o bem será particular; se o titular do bem for uma pessoa jurídica de direito público interno, o bem será público, de acordo com o art. 98.

Apesar de críticas, o legislador manteve no Código Civil de 2002 a classificação de bens públicos feita pelo Código Civil de 1916, dividindo-os em três espécies: bens públicos de uso comum do povo, bens públicos de uso especial e bens dominicais.

No que interessa a este trabalho, o art. 99, I exemplifica os bens públicos de uso comum do povo: “tais como rios, mares, estradas, ruas e praças”.

O que está sendo percebido é que há bens de uso comum do povo como os mares, os rios, que já não são mais considerados bens públicos simplesmente, pois constituem elementos fundamentais ao equilíbrio ambiental, integrando um bem maior, o bem ambiental, que não é público, mas de interesse difuso.

Assim, há diferença entre o meio ambiente como bem de uso comum do povo, que é a qualidade ambiental, ou o meio ambiente, expressão do art. 225 da Constituição Federal, que interessa a todos, inclusive às futuras gerações, não passível de apropriação exclusiva, e bem público de uso comum do povo, conforme o art. 99, I do Código Civil, que é um bem público, no sentido de ser objeto de propriedade estatal.¹⁶

A lacuna do Código Civil é compreendida pelo fato de que, sob o paradigma patrimonialista, os bens classificados pelo Livro II da Parte Geral são os bens que podem integrar o patrimônio de um titular, ou seja, bens que possam ser objeto de situações jurídicas patrimoniais de titularidade exclusiva, ainda que públicas.

15. Para uma classificação dos bens jurídicos para além do patrimonialismo, ver BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

16. Em análise diversa, para Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues (citando o Código Civil de 1916) “aquilo que está prescrito no inciso I do art. 66, é exatamente o bem previsto, v. g., nos arts. 225, 215, 216, 200, 6º, 182 da CF, entre outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relativos ao meio ambiente”. E continuam: “Há que se considerar, portanto, que o art. 66 do CC, não foi recepcionado em sua inteireza pela CF. Isto equivale dizer que não há mais espaço em nosso ordenamento jurídico atual, para esta modalidade de bem público. O patrimônio público compõe-se, hodiernamente, pelos bens dominicais e de uso especial.” FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 97.

Esta concepção é visível também na própria legislação ambiental mais antiga. Na legislação ordinária consideram-se vários bens ambientais como sendo propriedade do Estado, ou propriedade pública, ou patrimônio público. Assim é que a Lei nº 5.197/67, que dispõe sobre a proteção à fauna, estabelece, em seu artigo 1º, que “os animais de qualquer espécie, em qualquer fase do seu desenvolvimento e que vivem naturalmente fora do cativeiro, constituindo a fauna silvestre, bem como seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedades do Estado, sendo proibida a sua utilização, perseguição, destruição, caça ou apanha”. Da mesma forma, o Decreto nº 84.017/79, que dispõe sobre o Regulamento dos Parques Nacionais Brasileiros, no art. 1º, § 2º, estabelece que os Parques Nacionais “constituem bens da União destinados ao uso comum do povo”. A Lei nº 6.938/81, por sua vez, no art. 2º, I, considera “o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

Meio ambiente e patrimônio público não se confundem. O meio ambiente não é propriedade estatal. Tampouco se confundem o Patrimônio Nacional, de que trata a Constituição Federal no art. 225, 4º e o patrimônio público. Patrimônio Nacional, aí, envolve espaços territoriais especialmente protegidos, incluindo a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira.

A própria Constituição faz referência a patrimônio público e a meio ambiente como objetos distintos. É o que ocorre quando trata da ação popular, no art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao *patrimônio público* ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao *meio ambiente* e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (grifou-se). Outro momento em que esta distinção constitucional é clara ocorre no art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do *patrimônio público* e social, do *meio ambiente* e de outros interesses difusos e coletivos” (grifou-se).

Quando o texto constitucional aí se refere a patrimônio público, significa o conjunto de bens de propriedade estatal, os bens públicos, nos quais não está inserido o meio ambiente. Este tem titularidade difusa, não estatal.

Diante disso, a bipolaridade rígida entre bens públicos e particulares vem sendo questionada, face ao surgimento de bens que não se submetem com exclusividade nem ao regime de uns nem ao de outros, como o bem cultural, o bem turístico, face à consideração do meio ambiente como um bem que não é nem público nem particular, mas difuso, objetiva e subjetivamente. No entender de Mauro Cappelletti,

“a *summa divisio* aparece irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitamente mais complexa, mais articulada, mais ‘sofisticada’ do que aquela simplista dicotomia tradicional” (grifos no original)¹⁷.

Ao lado disso, há a necessidade de revisar a teoria civil no que tange ao que se consideram coisas fora do comércio. Tradicionalmente considerado *res nullius*, ou coisa de ninguém, coisa sem titular, o meio ambiente deve ser visto como *res communis omnium*, ou seja, coisa comum a todos, realidade de titularidade difusa, que interessa a todas as pessoas existentes atualmente, assim como às futuras gerações.

2.2. Os bens no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental¹⁸

A proteção do meio ambiente traz a necessidade de revisar e reformular parte da construção jurídica existente acerca do regime dos bens juridicamente protegidos pela legislação ambiental.

Quando o ordenamento jurídico ainda não protegia o meio ambiente em larga escala, como faz atualmente, o direito tutelava apenas bens suscetíveis de apropriação individual, coletiva ou estatal. A partir da consideração do meio ambiente como uma macrorrealidade, o direito assume a tarefa de proteger bens que interessam a todas as pessoas e que não são passíveis de apropriação exclusiva, sobre os quais passa a incidir uma titularidade difusa, um interesse de todos¹⁹.

A Constituição Federal, no *caput* do art. 225, caracteriza o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um bem de uso comum do povo. Ocorre que, na teoria tradicional e segundo o Código Civil, bem de uso comum do povo é um tipo de bem público (art. 99, I).

17. CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, 1977, p. 135.

18. Para uma leitura mais aprofundada da classificação de bens ambientais proposta, veja BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999.

19. O Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, I, conceitua interesses ou direitos difusos como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Segundo o conceito de Péricles Prade, interesses difusos são “os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade”. Op. cit., p. 61. Conforme Hugo Nigro Mazzilli “há interesses difusos: a) tão abrangentes que coincidem com o interesse público (como o meio ambiente); b) menos abrangentes que o interesse público; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; c) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; d) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

Entretanto, é preciso diferenciar o bem de uso comum do povo constante daquele artigo constitucional, que não é passível de apropriação exclusiva, nem por particulares nem pelo Estado, e que se submete a uma titularidade difusa, do bem público de uso comum do povo, contido no art. 99, I do Código Civil, de titularidade estatal. O meio ambiente, enquanto bem de uso comum do povo, segundo o art. 225 da Constituição, é bem difuso, enquanto os bens de uso comum do povo do art. 99, I do Código Civil, são bens públicos.

A natureza jurídica do meio ambiente vem sendo questionada. Os bens ambientais são considerados como bem difuso por Celso Antônio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues. Eles identificam três categorias de bens no ordenamento jurídico brasileiro: bens públicos, bens privados e bens difusos. Para eles, “efetivamente, existe em nosso ordenamento jurídico positivado, uma terceira categoria de bem, que é o difuso, cuja titularidade difere daquela própria do bem público”²⁰.

Neste trabalho, no entanto, utiliza-se uma classificação de bens diferenciada, pois é preciso que se tenha claro quais bens são públicos, quais são privados e, dentre estes, quais, mantendo tais qualificações, submetem-se a um regime jurídico que não é exclusivamente nem público nem privado, mas, sim, de interesse difuso.

Assim, sobre os bens em geral pode incidir um interesse de natureza difusa, preservando a titularidade do bem enquanto pública ou privada, com a única exceção do bem meio ambiente, ou qualidade ambiental, que, conforme será demonstrado, é o único bem em si difuso admitido. Sobre os bens públicos e os bens privados pode incidir um interesse difuso, mas bem difuso propriamente dito é o meio ambiente, amplamente considerado, como macrorealidade.

Converge neste sentido o entendimento de Paulo de Bessa Antunes. Para ele, “o ambientalismo [...] reconhece a existência do público e do privado mas visa integrá-los harmonicamente”. Assim, de acordo com este autor, “os bens ambientalmente relevantes podem, perfeitamente, pertencer ao patrimônio de um indivíduo que, ao mesmo tempo, não pode utilizá-lo de maneira ecologicamente irresponsável”. O autor realça que o mesmo vale para os bens públicos. Conforme seu entendimento, “não se trata de uma prevalência do público sobre o privado, ou do privado sobre o público. O que existe é uma síntese dos dois esquemas tradicionais do conceito de *interesse comum*, vigente em nosso direito positivo, desde o advento do Código Florestal”²¹ (grifos no original).

20. FIORILLO, C. A. P.; RODRIGUES, M. A. Ob. cit. , p. 94.

21. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro:

Uma outra parte da doutrina – representada pela posição de José Afonso da Silva e Paulo Affonso Leme Machado – entende ser o patrimônio ambiental um bem de interesse público.

Neste trabalho, concebe-se o bem ambiental como sendo um bem de interesse difuso, categoria que, mantendo a distinção entre bem público e bem particular²², faz incidir sobre estes bens um regime jurídico de interesse difuso que, quando indispensável para a manutenção da qualidade ambiental, sobrepõe-se à natureza jurídica pública ou privada que um bem possa ter. Esta teorização permite uma maior proteção ao bem ambiental, pois a manutenção de sua qualidade interessa a toda a sociedade.

Uma vez que se admite que continuam a existir os bens públicos e os bens particulares em matéria de Direito Ambiental, e que incide sobre tais bens um regime jurídico de interesse difuso que os unifica como bens de interesse difuso, é necessário notar, contudo, o surgimento de uma terceira espécie de bem que, não sendo público nem privado, consubstancia-se como uma macrorrealidade unitária, indisponível, inapropriável (com exclusividade) que também é um bem de interesse difuso, mas num grau de generalização que se sobrepõe aos bens públicos ou particulares de interesse difuso: a qualidade do meio ambiente. O meio ambiente assim considerado, como uma macrorrealidade, é um bem difuso, por um critério objetivo, e um bem de interesse difuso, pelo critério subjetivo, ou pela titularidade difusa que sobre ele incide.

Os bens ambientais podem ser considerados como macrobem e como microbem. O meio ambiente enquanto macrobem é diferente dos elementos que o compõem (microbens). Enquanto macrobem, o meio ambiente é juridicamente reconhecido como realidade unitária, imaterial, indisponível e inapropriável²³.

A qualidade do meio ambiente (o macrobem) é objeto de interesse difuso e não pode ser disponibilizada por nenhum sujeito, nem pelos proprietários dos microbens que a sustentam nem pelo Estado. Sua titularidade é difusa.

Lumen Juris, 1998, p. 86.

22. Sobre a superação da dicotomia entre público e particular, veja-se CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, 1977. Em análise diferenciada, mas também sobre a “insuficiência das idéias tradicionais de público e particular”, veja-se ANTUNES, P. B, *Direito ambiental*, p. 84.

23. MORATO LEITE, José Rubens. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

Em se tratando de microbens, o que se consideram são os elementos que compõem o meio ambiente (macrobem), como os indivíduos (animais, vegetação) e partes do relevo (parte do solo). Os elementos que formam a flora, a fauna, as paisagens, isoladamente considerados, podem ser apropriáveis, consubstanciando-se propriedade pública ou privada. Estes bens podem se submeter à titularidade do Estado ou de particulares.

Estes elementos, podendo ser públicos ou privados, sujeitam-se à disponibilidade do titular, desde que, desta forma, não seja afetada a qualidade do meio ambiente. Assim, sua disponibilidade é limitada pela manutenção da qualidade ambiental. Por isso, tais microbens também se submetem a regime de interesse difuso, sejam particulares ou públicos, porque têm relação direta com a qualidade ambiental, que é macrobem indisponível. O interesse difuso que incide sobre o macrobem “contamina”²⁴ os microbens, pois estes elementos se vinculam diretamente à qualidade ambiental (macrobem), protegida juridicamente de modo autônomo.

Neste sentido, segundo reconhecimento de José Afonso da Silva, “a doutrina vem procurando configurar outra categoria de bens: os *bens de interesse público*, na qual se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens dos sujeitos privados subordinados a uma particular disciplina para a consecução de um fim público”²⁵ (grifos no original). Este entendimento vem corroborar a utilização da categoria bem de interesse difuso como a que melhor se adequa à qualidade dos bens ambientais, devendo substituir a categoria bem de interesse público.

De acordo com José Rubens Morato Leite, o legislador constitucional inseriu o meio ambiente como *res communes omnium*, separando-o de uma visão de bem público em sentido estrito e “elencou o bem ambiental como disciplina autônoma e a título jurídico autônomo”²⁶, superando a tradicional classificação dos bens ambientais como *res nullius*.

24. Esta expressão é apropriada de Antonio Herman V. Benjamim, que desenvolve um raciocínio em sentido semelhante, mas considerando o meio ambiente como bem público de uso comum: “o traço público de uso comum contamina os elementos que compõem o meio-ambiente (como macrobem), contaminação esta que ocorre apenas em relação ao valor ou interface ambiental do bem” (grifos no original). BENJAMIM, Antônio Herman V. *Função Ambiental*. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 77.

25. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 56.

26. MORATO LEITE, J. R. Ob. cit., p. 61.

Sendo assim, tanto o meio ambiente considerado como macrealidade quanto seus elementos são bens de interesse difuso, em termos de titularidade, sendo que o meio ambiente, pelo critério objetivo, é, também, um bem difuso em si mesmo. Embora os elementos do meio ambiente possam ser propriedade de alguém, do Estado ou de particulares, o meio ambiente amplamente considerado não pode ser objeto de propriedade de sujeito algum, é bem de interesse difuso.

Portanto, reconhecem-se três categorias de bens ambientais: os bens ambientais privados de interesse difuso, os bens ambientais públicos de interesse difuso e o bem difuso propriamente dito (seu objeto é difuso e sua titularidade também).

Os bens ambientais privados de interesse difuso são os elementos do meio ambiente, microbens, que podem ser apropriados pelo particular, mas que, por integrarem o meio ambiente e pelo fato de a qualidade ambiental depender da qualidade de tais bens, submetem-se a um regime de interesse difuso.

Os bens ambientais públicos de interesse difuso são, da mesma forma, os elementos do meio ambiente, microbens, que são propriedade do Poder Público, mas, uma vez que compõem o meio ambiente e porque a qualidade ambiental depende da qualidade de tais bens que formam o patrimônio público, submetem-se estes bens a um regime de interesse difuso.

O bem difuso propriamente dito é um só: a qualidade ambiental, o bem-estar ambiental, ou o meio ambiente, macrobem, que é inapropriável e indisponível, e que comunica o interesse difuso que sobre ele prevalece para os elementos necessários à sua existência e manutenção.

3. O SUJEITO

3.1. O sujeito no Direito Civil

No Direito Civil tradicional, uma das divisões fundamentais, em vigor ainda hoje, é entre sujeito e objeto. A dicotomia, decorrente do paradigma moderno, separa o ser humano das outras coisas, considerando o ser humano sujeito e, as outras coisas, objeto. Esta divisão se percebe, inclusive, topologicamente no Código Civil, que, na sua Parte Geral, separa o Livro I, reservado às pessoas (naturais e jurídicas), do Livro II, reservado aos bens jurídicos (realidades, corpóreas ou incorpóreas, que podem ser objeto de apropriação exclusiva, em geral, coisas).

Com poucas divergências, seguindo este esquema civil tradicional, as categorias de pessoa e sujeito de direito são consideradas auto-referentes: toda pessoa é sujeito e todo sujeito é pessoa. Da mesma forma ocorre com o conceito de personalidade jurídica: só é pessoa quem tem personalidade jurídica, só é sujeito quem

é pessoa, só tem personalidade jurídica o ente a quem o ordenamento jurídico atribui esta qualidade.

Desta forma, dentro desses parâmetros, as pessoas, atualmente, no Direito Civil brasileiro, são os seres humanos nascidos vivos e as pessoas jurídicas, pois são estes os dotados de personalidade jurídica. Para a perplexidade de muitos, especialmente para os leigos em direito, até mesmo o nascituro, por não ser dotado de personalidade jurídica, fica fora da classe das pessoas e dos sujeitos. Se até mesmo o nascituro fica fora desse esquema, mais longe ainda estão os animais, as futuras gerações (os seres humanos sequer concebidos) e natureza.

O que precisa ser compreendido, para a superação destas limitações, é que, quando os conceitos civis de pessoa, sujeito e personalidade jurídica foram formados, em particular no contexto teórico-jurídico do século XIX, interessava ao Direito Civil o que fosse ligado ao patrimônio. Hoje repete-se à exaustão que o Direito Civil de então era patrimonialista, que suas categorias centrais eram patrimonialistas – propriedade, contratos, regime de bens no casamento etc. –, mas ainda não se retiraram resultados práticos a partir daquela constatação.

Uma das providências a serem tomadas a partir da constatação de que a maior parte das categorias jurídicas civis de hoje têm raízes patrimonialistas é, além de compreender sua historicidade, ressignificá-las e trazê-las para a luz de novos paradigmas. Um exemplo disso é a leitura que deve ser feita sobre a aparente contradição presente no art. 2º. do Código Civil, segundo o qual “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Sua redação é quase a mesma do art. 4º. do Código Civil de 1916. A razão ali contida é que o legislador optou por não conceder ao nascituro a titularidade de direitos e/ou obrigações econômicos, ou seja, não se considera o nascituro titular de patrimônio. Como, durante a maior parte do tempo, ao Direito Civil interessavam apenas as questões patrimoniais, não podendo o nascituro ser titular de situações jurídicas patrimoniais, não poderia ele ser sujeito de direito, já que a própria categoria de sujeito tinha seu sentido vinculado às relações patrimoniais.

Ora, como os animais, as futuras gerações (os seres humanos não concebidos) e natureza não titularizam situações jurídicas patrimoniais, não são dotados de personalidade jurídica e ficam fora da categoria de sujeito.

Atualmente, como se percebe uma valorização, no Direito Civil, da proteção das situações jurídicas existenciais, de cunho não econômico, especialmente com o fortalecimento da teoria dos direitos de personalidade, torna-se claro que o nascituro é titular de direitos, é sujeito de direitos, é pessoa, mas o marco para

a aquisição de direitos patrimoniais é seu nascimento com vida. Antes disso, ele não adquire patrimônio – ou adquire condicionalmente –, mas adquire outros direitos próprios de sua condição de nascituro, como vida, saúde, integridade física, integridade moral etc.

Esta compreensão e transformação já poderiam ter acontecido antes, mas, apesar de estarmos negando os antigos pressupostos, continuamos utilizando a mesma linguagem, tratando dos problemas com os mesmos conceitos que consideramos ultrapassados. O mesmo ocorre com a exclusão dos animais, das futuras gerações (humanas) e da natureza da categoria de sujeito. Vejamos.

3.2. O sujeito no Direito Ambiental: revisão para uma concepção civil-ambiental²⁷

Enquanto o Direito Ambiental se desenvolve, pergunta-se se a teoria jurídica civil que o acompanha se pauta por um novo paradigma. A mudança que a ecologia vem forçando acontecer nas outras ciências tem acontecido também no direito e a teoria jurídica civil precisa estar sensível a este paradigma, pois que fundamental para a evolução do sistema jurídico e sua adequação à realidade do século XXI, que requer enfrentamentos complexos. Frente a isso, este é um momento em que a teoria jurídica passa por uma reflexão crítica profunda sobre a predominante razão instrumental do positivismo jurídico. O direito ao meio ambiente só pode ser satisfatoriamente definido se pensado de acordo com um novo paradigma que supere a perspectiva segundo a qual surgiram os direitos individuais e sociais.

Para Serrano, “la relación entre Ecología y Derecho es bicondicional. De la misma forma que el Derecho ambiental es un importante instrumento de intervención en las relaciones entre el sistema social y el entorno natural, así también la Ecología, en cuanto paradigma, aporta a la ciencia jurídica los instrumentos metodológicos por los que deberá pasar su refundación contemporánea”²⁸. Ele explica que “lo que ocurre es que ésta última no es sólo el método del Derecho Ambiental, sino una metodología compleja utilizable por cualquier rama del ordenamiento jurídico”²⁹. Assim, existe um Direito Ambiental e existe também uma ecologia jurídica. A diferença é que a posição do Direito Ambiental em relação ao

27. Iniciamos a reflexão sobre o sujeito de direito na problemática ecológica com o artigo: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. Extraímos deste artigo parte das reflexões aqui apresentadas.

28. SERRANO MORENO, José Luis. *Concepto, formación y autonomía del Derecho Ambiental*. mimeo, p. 15.

29. SERRANO M. Ob. cit., p. 16.

sistema jurídico como um todo é uma situação de autonomia disciplinar, enquanto que a posição da ecologia jurídica em relação ao direito (não apenas o Direito Ambiental, mas todo o sistema jurídico) é uma situação paradigmática.

Não basta que se crie um novo ramo do direito, autônomo, com princípios e instrumentos próprios, como é o Direito Ambiental, porque a disciplina vai continuar imersa num sistema jurídico inadequado para o século XXI, pois sua estrutura e muitos de seus institutos ainda se voltam para o século XIX. As circunstâncias atuais requerem um direito muito diferente do direito da época do Código Civil de 1916 e, até mesmo, dos pressupostos históricos do Código Civil de 2002, por exemplo, principalmente no que tange à economia, ou aos interesses coletivos e difusos que preponderam sobre os interesses individuais, que foram o principal objeto de proteção daquele direito do passado. Se toda essa ultrapassada estrutura jurídica não se modificar também, “se a dimensão ambiental não for suficientemente incorporada no sistema jurídico como um todo, o Direito Ambiental e as normas ambientais dificilmente serão aplicados”³⁰. Tem-se um direito que é ambiental e todo um sistema jurídico não ambiental.

A recepção dessa dimensão ambiental pelo sistema jurídico como um todo pode representar o novo paradigma para a teoria jurídica da contemporaneidade. Este é um aspecto de uma mudança paradigmática maior, conseqüência da crise da epistemologia moderna, da crise da cultura ocidental. Sem dúvida a ciência moderna, principalmente as naturais, sofrem esta mudança paradigmática do pensamento positivista, cartesiano, mecanicista, para um pensamento holista (do grego *holos* = todo), orgânico. Também as ciências humanas e sociais, e aí o direito, questionam a onipresença da ética antropocêntrica, que tem o homem como centro de todas as coisas, não só para uma ética biocêntrica, em que a vida é o centro de todas as coisas, mas convergindo para uma complexidade mais ampla, fruto da colaboração de várias vertentes.

Tais mudanças não são tão simples. De acordo com Grün, a dificuldade de se pensar dentro de um paradigma que supere o modelo moderno envolve inclusive um grande problema de linguagem, pois “não temos sequer condições discursivas de apreender e interpretar as crises ambientais em sua complexidade e em sua dimensão histórica, ética e política”³¹. E ele adverte que “muitas vezes quando pensamos ter abandonado o cartesianismo não estamos mais que operando em outro registro ainda mais problemático desse mesmo paradigma”³².

30. BENJAMIM, A. H. V. Ob. cit., p. 104.

31. GRÜN, Mauro. *Ética e educação ambiental: a conexão necessária*. Campinas: Papirus, 1996.

32. GRÜN, M. Ob. cit., p. 65.

No direito ocidental moderno não há a tradição de considerar a natureza como sujeito de direito. De acordo com Capella, “precisamente porque la naturaleza no puede tener la condición de sujeto de derechos, la relación del hombre con la naturaleza tiene lugar, en buena medida, en el ámbito moral, en el que surgen deberes de éste para con ella”³³. A “evocação do antagonismo entre a sociedade e a natureza desemboca invariavelmente na condição do homem moderno”³⁴. Com o racionalismo de Descartes, tem-se a razão como una e o mundo, objeto da razão, infinitamente divisível. A partir disso há a distinção entre sujeito e objeto, ou o dualismo cartesiano, legitimador da metodologia das ciências naturais. Esse dualismo é presente também nas ciências humanas e sociais e no direito, pois é o paradigma da ciência moderna. No sistema jurídico, então, tal distinção é clara: a pessoa é o sujeito e os animais e as plantas – a natureza – são tidos como *res*, coisa.

Neste sentido existem estudiosos que se manifestam pela subjetivação da natureza, embora não seja esta a vertente predominante. Na opinião de Oliveira Júnior, “a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, a humanidade (no caso do meio ambiente), além de ter sido atribuída a sujeitos diferentes do homem, como os animais, a natureza etc.”³⁵. Até mesmo Bobbio chegou tratar os animais como sujeitos de direito e alertou para o fato de que “nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem”³⁶. Sem dúvida, é um entendimento ousado para a tradição jurídica que teve sempre o ser humano – e, algumas vezes, nem todos – como único sujeito de direito. O aumento da proteção legal do meio ambiente não necessariamente transforma a natureza em sujeito de direito, mas, pelo menos, dá-lhe posição de objeto de proteção privilegiado em tempos de crise ecológica, o que, na verdade, encaminha-se para a admissão de um terceiro gênero de ente, que se encontra o sujeito e o objeto, ou, até, admitamos, um sujeito de direito *sui generis*.

Embora pareça emergir uma ética biocêntrica que venha substituir a ética antropocêntrica – ainda não se transcendeu esta bipolaridade, que é uma bipolaridade

33. CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada, 1994, p. 309.

34. ALPHANDÉRY, Pierre, BITOUN, Pierre e DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico: riscos políticos da inseqüência*. São Paulo: Brasiliense, 1992, p. 33.

35. OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. *Cidadania e novos direitos in OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (org.). O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 137.

36. BOBBIO, Norebrto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 69.

própria da modernidade – ainda não se aceita que a proteção do meio ambiente seja feita contra a pessoa. Ao contrário, o entendimento é de que os componentes físicos do meio ambiente, como, por exemplo, espécies animais e vegetais, devem ser protegidos na medida em que sua proteção não ponha em risco a vida humana. Na medida em que a proteção à vida de componentes não humanos do meio ambiente implique riscos para a sadia qualidade de vida da pessoa humana, tais componentes do meio ambiente devem ser controlados – não se quer dizer que devam ser extintos –, mas não mantidos num *habitat* que proporcionem, por exemplo, a esses animais ou vegetais, um meio que favoreça sua proliferação ou seu desenvolvimento de tal forma que prejudique a vida humana. O que se protege é o meio ambiente, mas não contra a pessoa.

Protegem-se, por exemplo, os animais da crueldade, por se reconhecer neles um valor intrínseco, além de se proteger também a qualidade da vida humana. Usando como exemplo a farra do boi no Estado de Santa Catarina, cuja prática deve ser coibida – pois, constitucionalmente, proibida já é, em vista do art. 225, 1º, VII “para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade” – aí a proteção do animal contra a crueldade é também uma proteção do homem contra a crueldade, é a proteção das outras pessoas, mulheres e crianças, contra a visão das cenas aterrorizantes que a farra do boi proporciona e contra a violência que tal prática alimenta e traz para a vida social.

Do lado oposto, alguns autores se posicionam pela defesa das “manifestações culturais em que animais são sacrificados”, colocando o sacrifício animal como elemento da dignidade que a CF estabelece em seu art. 1º, III. Contudo, vemos que a prática de submeter animais à crueldade, com vistas ao divertimento das pessoas, é constitucionalmente proibida, e, ao contrário de integrar a dignidade humana, não se limita apenas à crueldade entre humanos e animais, mas, suspeitamos, contribui para o aumento da agressividade e crueldade entre os próprios seres humanos³⁷.

Para Alphandéry, Bitoun e Dypont, a natureza é “transformada em sujeito de direito através de medidas de proteção jurídica”³⁸, mas a reflexão ecológica ainda

37. Sobre a violência contra animais e seu *status* jurídico, orientamos, no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) da Universidade Federal da Bahia, em 2005, o trabalho de iniciação científica de Fernanda Sena Chagas de Oliveira, sob o título “Status jurídico dos animais: implicações da tutela jurídica dos animais para o Direito Ambiental e para a criminologia”.

38. ALPHANDÉRY et alli. Ob. cit., p. 37.

“não permitiu que se firme uma nova ética da pesquisa adequada a controlar as conseqüências naturais, sociais e humanas das descobertas científicas e de suas aplicações técnicas”. No entendimento deles, o mesmo ocorre no campo jurídico, onde “as regulamentações nacionais e internacionais foram incontestavelmente reforçadas, mas o direito ao meio ambiente, não importa quão elaborado seja ele, revela-se incapaz, no estágio atual, de tornar efetivos os objetivos ecológicos apregoados, e incapaz também de extrair um acordo sobre o estatuto jurídico da natureza”³⁹.

Diante disso, percebe-se que o Direito Ambiental enfrenta, então, dificuldades em dois momentos principais: a teoria jurídica tem dificuldade para pautar a própria produção teórica por uma ética adequada aos objetivos ecológicos. Emperrado desde o início, o desenvolvimento do direito ao meio ambiente encontra dificuldades também no final, no momento de sua implementação. Na opinião de Alphandéry “a ineficácia do direito do meio ambiente constitui um sintoma da dificuldade em se pensar o estatuto da natureza com vistas a sua proteção”⁴⁰.

Consideramos que parte deste impasse teórico vem da concepção civilista tradicional sobre o que considera sujeito de direito, ou seja, aquele ente apto a titularizar situações jurídicas patrimoniais. Como o Direito Civil atual ainda está encharcado do patrimonialismo oitocentista, o ente que não está apto a titularizar direitos e obrigações patrimoniais não interessa à subjetivação civil, sendo deixado a ocupar o lugar de coisa.

Esta dificuldade encontrada no Direito Civil tradicional afeta, com a mesma lógica, a problemática em torno do *status* jurídico do nascituro: como, por opção legislativa, o nascituro não titulariza situações jurídicas patrimoniais atuais, ele só adquire personalidade jurídica a partir do nascimento com vida. Como, nesta lógica, sujeito de direito é quem tem personalidade jurídica, o nascituro deixa de ser considerado sujeito de direito.

Ora, se entendermos que os conceitos civis de sujeito de direitos e de personalidade jurídica foram forjados sob um paradigma patrimonialista, em que o que importava era a titularidade de patrimônio, conseguiremos superar estas limitações conceituais e ampliar as categorias de modo a abranger, além do nascituro, as gerações futuras e a natureza.

39. ALPHANDÉRY et alli. Ob. cit., p. 9.

40. ALPHANDÉRY et alli. Ob. cit., p. 28.

CONCLUSÃO

A comparação entre o Direito Civil e o Direito Ambiental, apenas iniciada neste artigo, oportuniza a necessária reflexão dialética entre duas lógicas aparentemente dicotômicas no sistema jurídico atual, com o aprofundamento da análise da problemática ecológica, assim como com a revisão e atualização do Direito Civil, voltando-se o raciocínio jurídico para questões menos formais e mais sociais, com os pés na contemporaneidade.

Verifica-se que muitas das categorias clássicas do Direito Civil não se adequam às novas exigências de proteção ambiental. O presente trabalho construiu algumas feições ambientais para o contrato, os bens e o sujeito.

Quanto ao contrato, se este violar direitos de terceiros, no que se refere à tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, os titulares desse direito difuso podem atuar juridicamente para evitar ou corrigir a lesão, pois são equiparados a parte naquela relação jurídica, já que atingidos pelo contrato. Os terceiros titulares do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado podem, nos termos da legitimação para a ação civil pública, obter, através do Ministério Público, termos de ajustamento de conduta ou mover ações civis públicas para evitar ou reparar o dano ambiental, através de intervenção no contrato poluidor. A responsabilidade de todas as partes contratantes pelo dano ambiental decorrente do contrato é solidária, ainda que quem tenha realizado materialmente a atividade poluidora tenha sido apenas uma delas.

No que tange aos bens, o conceito e a classificação dos bens jurídicos considerados pelo Direito Civil ainda se vinculam ao paradigma patrimonialista, ficando de fora os bens de conteúdo não patrimonial e os que não podem ser objeto de apropriação exclusiva. Identificamos três categorias de bens ambientais: os bens ambientais privados de interesse difuso, os bens ambientais públicos de interesse difuso e o bem difuso propriamente dito, este contendo objeto e titularidade difusos, consistindo no meio ambiente unitariamente considerado.

Finalmente, em relação ao sujeito de direito, demonstramos a lógica patrimonialista e moderna que orientou a elaboração de seu conceito, assim como os de personalidade jurídica e pessoa no Direito Civil, restando clara a superação, atualmente, deste paradigma, para um outro que inclua a natureza, os animais e as futuras gerações dentro da mesma categoria.

Diante das limitações de tamanho deste artigo, lançamos apenas as linhas gerais de uma possível e necessária reconstrução do Direito Civil a partir do Direito Ambiental, assim como da própria construção deste último.

REFERÊNCIAS

- ALPHANDÉRY, Pierre, BITOUN, Pierre e DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico: riscos políticos da inseqüência*. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- BENJAMIM, Antônio Herman V. Função Ambiental. In: BENJAMIM, Antonio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental do contrato: proposta de operacionalização do princípio civil para a proteção do meio ambiente. In: 11º. CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL. *Anais*. São Paulo, 2007. V. 1. p. 673-690.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo: LTr, 1999.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito ambiental e teoria jurídica no final do século XX. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro, VARELLA, Marcelo Dias (Orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecología: de las razones a los derechos*. Granada, 1994.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, 1977.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- GRÜN, Mauro. *Ética e educação ambiental: a conexão necessária*. Campinas: Papirus, 1996.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MORATO LEITE, José Rubens. Introdução ao conceito jurídico de meio ambiente. In: BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.). *O novo em direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- 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.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Cidadania e novos direitos*. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina.
- RANGEL, Paulo de Castro. *Concertação, programação e direito do ambiente*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- REALE, Miguel. *Função Social do Contrato*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>>. Acesso em 20/03/2007.
- SERRANO MORENO, José Luis. *Concepto, formación y autonomía del Derecho Ambiental*. mimeo.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

Artigos do Corpo Discente

DOUTORADO

Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
Sebástian Borges de Albuquerque Mello

MESTRADO

Elayne Leal de Oliveira
Eugênio Kruschewsky
Flora Augusta Varela Aranha
Juliana Pinheiro Damasceno e Santos
Lauricio Alves Carvalho Pedrosa
Leandro Lopes Pontes Paraense
Luciano L. Figueiredo
Michelline Bittencourt
Priscila Cavalcante
Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar
Salomão Resedá
Valdir Ferreira de Oliveira Junior

V

O EMBATE DOS ANSEIOS FUNDAMENTAIS DE JUSTIÇA E SEGURANÇA NO RACIOCÍNIO JURÍDICO

Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Juíza do Trabalho Substituta (TRT 20ª Região), Coordenadora e Professora da Pós-Graduação em Direito do Trabalho (TRT 20ª Região/UFSC), Especialista em Direito Processual pela UFSC, Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF, Doutoranda em Direito Público pela UFBA.

RESUMO: O artigo aborda a evolução filosófica do conceito de justiça para situar a problemática relativa ao embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança jurídica dentro das discussões mais atuais no campo jurídico.

ABSTRACT: The article approaches the philosophical evolution of the justice concept to fix

the problematic relative to the shock of the basic yearnings of justice and legal security in the actual discussions in the legal field.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça, segurança jurídica, raciocínio jurídico, opções valorativas.

KEY WORDS: Justice, legal security, legal reasoning, value options.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Evolução da idéia de justiça: 2.1. A Idéia de Justiça na Filosofia Grega; 2.2. A Idéia de Justiça na Idade Média: O Pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino; 2.3. A Justiça na Idade Moderna: Hobbes, Rousseau e Kant; 2.4. A Idéia de Justiça em Autores Contemporâneos; 2.5. A amplitude da Idéia de Justiça: As Sistematizações de Alf Ross e Perelman; 2.6. Afinal, o que é justiça? – 3. A Segurança Jurídica e o confronto com a idéia de Justiça: 3.1. O Embate entre os Valores Justiça e Segurança Jurídica nas discussões atuais – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar o embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança no raciocínio jurídico. Para a elaboração do estudo, tomou-se como base a análise dos trabalhos filosóficos que cuidam do tema da justiça e da segurança jurídica, procurando-se situar nesta dialeticidade discussões jurídicas atuais, como as relativas às soluções extrajudiciais de conflitos, ao direito alternativo e às súmulas vinculantes.

2. EVOLUÇÃO DA IDÉIA DE JUSTIÇA

Importa inicialmente estabelecer o conceito de justiça em cada tempo histórico. Tal noção é importante já que é sob o título de “justiça” que em toda parte se justifica o direito, quer no processo de sua criação, quer no de sua aplicação. Aliás, sob o signo da “justiça” unem-se diversos segmentos de correntes ideológicas distintas que se apresentam, pelo menos publicamente, com esse ideal. Trata-se, em suma, de um anseio fundamental do homem que transcende o individual e atinge a sociedade.

Convém assinalar, porém, que a justiça tem significado e conteúdo amplo. Na realidade, o que está muitas vezes em jogo são interesses em tese juridicamente protegidos, porém contraditórios, que exigem uma definição objetiva do critério do justo naquele caso concreto.

Por outro lado, no conceito de justiça há que se separar suas diversas modalidades, que foram sendo teoricamente construídas no decorrer da história. Desta forma, pode-se falar em Justiça distributiva, que se relaciona à repartição dos benefícios entre os membros da sociedade; Justiça Comutativa, que governa as relações entre particulares; Justiça Geral, que disciplina o dever das partes para com o todo e constitui a outra face da Justiça Distributiva e Justiça Social, que se relaciona à correção das distorções sociais.

2.1. A Idéia de Justiça na Filosofia Grega

A idéia de justiça encontra-se bem retratada na mitologia e na filosofia gregas. Com efeito, inicialmente, a análise da história Grega demonstra que até o século V a.C o Direito era intrinsecamente ligado à Religião e era considerado justo por sua própria natureza, contido em leis imutáveis e não escritas.

Dentre os estudos pré-socráticos sobre o tema da justiça, digno de nota é o desenvolvido por Pitágoras, bem assinalado por Bittar (2001, p. 56), que afirma que, para Pitágoras, a justiça, em uma primeira acepção, “significa respeito aos deuses e ao culto”, já em outra acepção, “a justiça é judiciária, o que significa um *post factum*, um corretivo com relação ao surgimento de uma situação de injustiça”. Ainda na idéia de Pitágoras tem-se a justiça normativa, a qual, “melhor que a judiciária, é um *ante factum*, ou seja, um algo preventivo colocado a serviço dos *politai* como garantia da ordem e do bem comum”. Tem-se, também, a justiça como sinônimo de autoridade e de obediência, estando implícita na noção de ordem a idéia de hierarquia. Ainda, a justiça aparece como piedade no sentido mais ético do termo. Finalmente, “a justiça é humana, no que se refere ao tratamento do homem *inter homines*, e a justiça é animal no que se refere no tratamento dos homens para com os animais”.

Outro ponto a se assinalar é que os Pitagóricos definiam a justiça como uma reciprocidade, norteadada pela fórmula de que deveria ser feito a B, aquilo que este fez a A, seguindo, portanto, a regra de Talião, sintetizada pela máxima “olho por olho, dente por dente”.

A partir do século V a.C., ganha corpo a escola sofista, que lança sementes de ceticismo¹ sobre a existência de uma justiça natural absoluta e *a priori*. Ainda no mesmo século V a. C, contrapondo-se aos sofistas, Sócrates lançou as bases iniciais do sistema filosófico idealista, que mais tarde seria aprimorado por Platão, e pugnou pelo respeito às leis escritas e não escritas, tendo exemplificado com sua própria vida esse princípio. No contexto de sua morte, Sócrates consagrou valores que foram posteriormente absorvidos por Platão e Aristóteles, precisamente no que pertine ao respeito e manutenção das normas e convenções. A relevância do exemplo pessoal vem ressaltada por Eduardo Bittar (2001, p. 53) que indica a idéia de Sócrates de que “o foro interior e individual deveria submeter-se ao exterior e geral em benefício da coletividade”. Assim, a submissão de Sócrates à sentença condenatória representou “não só a confirmação de seus ensinamentos, mas, também, a revitalização dos valores sócio-religiosos acordantes com os que foram a base da construção da própria cidade-estado grega”.

Ainda sobre a idéia de Justiça na Antiguidade Clássica, é relevante mencionar a idéia Platônica. Platão foi herdeiro direto do pensamento Pitagórico sobre a justiça, sendo, outrossim, seguidor do método² e ensinamentos Socráticos³. O autor desenvolveu sua teoria sobre a justiça inicialmente distanciando a justiça divina da humana. A primeira seria absoluta, mas inalcançável pelos homens. A segunda, ineficaz e relativa. Contudo, a primeira não desmerece a segunda, ao contrário, aquela é o fundamento para a obediência desta. Assim, a ordem estabelecida na constituição deve ser obedecida como transcendência da justiça absoluta, sendo então as leis justificadas metafisicamente, devendo-lhes o cidadão obediência absoluta, mesmo que fossem iníquas.

Importante, ainda, destacar o pensamento de Aristóteles. No livro V da Ética a Nicômaco, Aristóteles examina exaustivamente os conceitos de justiça. O autor

1. O ceticismo é característica basilar da sofística. Com efeito, para os sofistas “o conhecimento reduz-se à opinião e o bem, à utilidade. Conseqüentemente, reconhece-se a relatividade da verdade e dos valores morais, que mudariam segundo o lugar e o tempo”. (ABBAGNANO, 2000, p. 918).
2. O “método socrático”, também conhecido como maiêutico, consiste na transmissão das idéias a partir de diálogos constituídos por uma série de questões breves e respostas precisas. Vale conferir, sobre o tema ampla descrição de (GIORDANI, 1972, p. 357).
3. Platão pôs Sócrates como personagem central da maioria de seus diálogos, tendo sido importante para a preservação das idéias de Sócrates, já que esse último não deixou obras escritas.

parte do senso comum que se exprime através da linguagem. Assim, para entender a justiça, há de se percorrer todos seus significados, sendo necessário destilar e verificar cada um deles, mostrando as nuances de sentido.

De início, uma das distinções conceituais mais relevantes na perspectiva de Aristóteles é a justiça universal e a particular. A primeira, também chamada de total ou integral, é o gênero do qual a segunda é a espécie. A justiça universal relaciona-se à legalidade. Enquanto a justiça universal fixa seu conteúdo na legalidade, a justiça particular tem seu parâmetro na igualdade. Assim, a justiça particular é menos abrangente do que a primeira, pois “tudo que é desigual é ilegal, mas nem tudo que é ilegal é desigual” (1130 b, 13/15).

Mencionada a distinção entre o gênero – justiça universal – e a espécie – justiça particular – Aristóteles continua a sistematização indicando as subespécies da justiça particular: a justiça distributiva e a corretiva. Ambas diferenciam-se na medida em que a primeira “se manifesta nas distribuições das honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na constituição” (1130 b, 30), enquanto a segunda “desempenha papel corretivo nas transações entre indivíduos” (1130 b, 35).

Conforme se extrai do texto supramencionado, a justiça distributiva tem lugar numa relação público-privado em que há relação de subordinação entre governantes e governados. A justiça distributiva, para Aristóteles, deve ser ao mesmo tempo “intermediária, igual e relativa”. Intermediária porque deve encontrar-se entre certas coisas. Igual porque envolve duas coisas. E, finalmente, relativa, ou seja, para certos destinatários.

A justiça distributiva é aquela que se estabelece nas relações de subordinação público-privado, em que a divisão de ônus e benesses deve ser feita de acordo com a proporcionalidade ensejada pelo critério de mérito escolhido pela constituição de dada comunidade. Prosseguindo no texto, Aristóteles passa à definição da justiça corretiva. Diferentemente da justiça distributiva, que se estabelece em relações de subordinação, a justiça corretiva é estabelecida entre indivíduos que se encontram em condições de coordenação, ou seja, tem lugar entre iguais.

2.2. A Idéia de Justiça na Idade Média: O Pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino

Uma análise da evolução da idéia de justiça não poderia deixar de cuidar, na Idade Média, do pensamento de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, maiores expoentes filosóficos do período.

Como maior representante da filosofia patrística, Santo Agostinho foi autor de diversos escritos relevantes sob o ponto de vista filosófico. Em relação à idéia de justiça, cumpre assinalar que a concepção sobre a justiça de Santo Agostinho está ligada ao pecado original. Com efeito, por meio do conceito de pecado das origens, Santo Agostinho explicita uma condição humana real, sujeita aos vícios e às vicissitudes temporais. O retorno à condição primeira de felicidade vivida pelo homem, segundo ele, só é possível por intermédio da justiça. Em seu estado inicial, o homem partilhava diretamente da justiça absoluta, isto é, divina e imutável. Após o pecado original, a justiça humana passou a ser relativa, temporal e mutável.

Para Santo Agostinho, todos os homens são iguais porque todos são filhos de Deus – eis a justiça divina. Mas eles serão tratados desigualmente, de acordo com seu mérito, que consiste na observância da lei divina, da lei natural e, depois, da lei dos homens.

O supremo ato de justiça do homem será a submissão à lei de Deus. A igualdade absoluta e, portanto, a justiça perfeita, só existe na Cidade de Deus. A Cidade dos Homens, tem que se submeter à Cidade de Deus. Para o autor deve ser observada a hierarquia da ordem natural criada por Deus: o corpo deve submeter-se à alma, a alma a Deus e as paixões à razão.

Tomás de Aquino, por seu turno, é outro grande nome da filosofia cristã na idade média, sendo o maior expoente da escolástica. Entre suas obras mais relevantes, destacam-se a Suma Teológica e a Suma contra os Gentios. Em relação à justiça, destaque-se que Tomás de Aquino também considera que o homem deve se aperfeiçoar para se aproximar cada vez mais de Deus, seu fim último. O autor distingue a alteridade e a igualdade, como os dois elementos da justiça: o homem deve realizar sua procura por Deus, com os outros, que, igualmente, almejam a perfeição.

Assinale-se que o autor define a virtude como uma disposição ou inclinação para agir conforme a razão, o que leva à conclusão que a justiça é a perfeição do ato humano. A virtude, por seu turno, divide-se em intelectual e moral.

Tomás de Aquino, com inspiração aristotélica, divide a justiça em três formas distintas: a) a justiça geral, que regula os atos dos indivíduos para com a sociedade, a fim de lograr o bem comum; b) a justiça distributiva, que regula os direitos dos membros da sociedade em face da autoridade; c) a justiça comutativa, que se ocupa de regular as relações dos particulares entre si (MONREAL, 1988, p. 60).

2.3. A Justiça na Idade Moderna: Hobbes, Rousseau e Kant

A análise do conceito de Justiça na Idade Moderna partirá dos textos de “O Leviatã” de Thomas Hobbes, o “Discurso sobre a origem e os fundamentos da

desigualdade entre os homens”, de Jean Jacques Rousseau, “Metafísica dos Costumes” e “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, ambos de Immanuel Kant. Os textos foram extraídos da antologia especialmente preparada por Sebastiano Maffettone e Salvatore Veca (2005).

Para Hobbes, a noção de Justiça é desprovida de sentido, caso não seja considerada à luz da soberania. Prevalece, assim, o Estado, em relação ao Direito Natural. Segundo o autor, na sua obra *O Leviatã*, os nomes justo e injusto quando atribuídos aos homens significam uma coisa e quando atribuídos às ações significam outra. Indica Hobbes que quando atribuídos aos homens, significam a conformidade ou não com os costumes e quando atribuídos às ações, significam a conformidade ou não com a razão de ações individuais (MAFFETTONE, VECA, 2005, p. 116). Prossegue Hobbes aduzindo que o nome que cabe aos homens na primeira acepção seria honesto e desonesto, enquanto o nome que cabe pela justiça de suas ações é de inocente e o cabível pela injustiça de suas ações é o de culpado.

Em outras palavras, aponta Hobbes que a injustiça dos costumes é a predisposição ou o dom para fazer o mal aos outros, ou seja, é injustiça antes de gerar ação e não pressupõe nenhum indivíduo específico como objeto do mal. Em contrapartida, a injustiça da ação pressupõe um indivíduo específico como objeto do mal. Aponta ainda Hobbes que a justiça das ações é dividida pelos escritores entre comutativa e distributiva, mas afirma que essa distinção não é correta e justifica essa afirmação aduzindo que, na verdade, a justiça comutativa é a justiça dos contratantes e a justiça distributiva é a justiça do árbitro.

Já segundo Rousseau, as questões de justiça não podem ser tratadas com vistas apenas à busca da estabilidade das instituições, mas pressupõem a prioridade de um critério normativo independente, que permitem analisar a justiça de uma ordem social dada em cotejo com a justiça ideal.

O autor analisa o progresso da desigualdade na humanidade, individuando três etapas. A primeira caracterizar-se-ia pela fundação da lei e do direito de propriedade; a segunda, na instituição da magistratura e a última na transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Segundo Rousseau, a condição de rico e pobre teria sido autorizada pela primeira época, a de poderoso e fraco pela segunda e de senhor e escravo pela terceira.

Sustenta Rousseau, assim, que a desigualdade, sendo quase nula no estado natural, tira a própria força e o próprio incremento do desenvolvimento das nossas faculdades e do progresso do espírito humano, tornando-se por fim, estável e legítima para a instituição da propriedade e das leis.

Desta forma, conclui o autor que a desigualdade moral, autorizada apenas pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não se mostrar em proporção com a desigualdade física. Aponta o autor que a distinção determina com suficiência o que se deve pensar a respeito da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos civilizados, que seria contra a lei natural, precisamente o fato de que “um menino comande um velho, que um imbecil guie um sábio e que um pequeno grupo de homens tenha coisas supérfluas em abundância, enquanto a multidão faminta não dispõe do necessário (MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 210).

Kant, por seu turno, formula, na obra “A metafísica dos costumes”, uma introdução à doutrina do direito⁴. Nesse sentido, o autor pergunta o que é direito, definindo-o como o conjunto de condições, por meio das quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade.

A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação, quando a mesma não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais. Considera injusta a ação que viola a liberdade de uma pessoa. Kant assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o Direito. Significa que a pessoa é a legisladora de sua liberdade segundo a existência de uma lei universal do direito. Kant aponta, assim, o princípio e a lei universais do direito. O princípio universal é que qualquer ação é conforme o direito quando, por meio dela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um puder coexistir com a liberdade de todos os outros, segundo uma lei universal. A lei universal do direito, por seu turno, seria a seguinte: “age externamente, de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”.

Em relação à equidade, reconhece Kant (1993, p. 51) que o direito estrito é uma injustiça. Contudo, afirma que essa injustiça não pode ser corrigida por meio do direito, por mais que se refira a uma questão de direito, “porque a reclamação que se funda na equidade somente tem força no tribunal da consciência, ao passo que a questão de direito é discutida no tribunal civil”.

Já na fundamentação da metafísica dos costumes, Kant indica que a moralidade é a condição exclusiva para que um ser racional possa constituir um fim em si. Dessa forma, segundo Kant, somente a moralidade e a humanidade enquanto

4. A obra “doutrina do direito” referenciada na bibliografia é justamente a primeira parte da Metafísica dos Costumes, publicada no Brasil de forma separada em 1993.

capaz de moralidade, podem ter dignidade. Porém, afirma Kant que nada mais tem valor além daquilo que a lei estabelece, mas a legislação da qual deriva todo o valor deve, justamente por essa razão, ter uma dignidade, ou seja, uma validade incondicionada e incomparável, em relação à qual somente o respeito constitui a expressão adequada da estima de um ser racional deve tributar-lhe.

2.4. A Idéia de Justiça em Autores Contemporâneos

Dentre as inúmeras vertentes filosóficas que analisam a noção de justiça na Idade Contemporânea, o presente trabalho volta-se ao estudo da obra de Rawls, a idéia de justiça em Nozick e os estudos de Derrida sobre a justiça e o ato de julgar.

Afirma John Rawls que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim, como a verdade é a primeira virtude dos sistemas de pensamento. Demonstra que essas proposições parecem exprimir nossas convicções intuitivas sobre o primado da justiça. A partir destas definições, Rawls indica que pretende verificar se as mesmas são válidas e, em caso positivo, de que modo pode-se tentar uma reconstrução racional a partir delas. Para esse objetivo, afirma, é necessária a construção de uma teoria sobre a justiça, que passa a desenvolver em sua obra “Uma Teoria da Justiça” .

Assim, o autor não cuida de justiça pessoal, mas de justiça política, social e institucional. O objeto da teoria de justiça de Rawls compreende a estrutura básica da sociedade, isto é, o conjunto das instituições encarregadas da distribuição de direitos e deveres fundamentais e da divisão dos benefícios oriundos do esforço coletivo. O autor propõe-se a responder à pergunta: o que é uma sociedade justa? Para tanto, adota o postulado de que, assim como toda teoria deve ter como objetivo a busca da verdade, toda sociedade deve ter como fim a realização da justiça. A justiça é a virtude cardeal de toda e qualquer instituição política, social ou econômica.

Rawls distingue o conceito de justiça, no sentido de um equilíbrio apropriado entre exigências em contraste e as concepções sobre a justiça, como conjunto de princípios correlatos que identificam as condições relevantes para determinar esse equilíbrio.

Na busca de uma sociedade justa, Rawls concebe um procedimento ideal formado por duas etapas. Na primeira etapa, ocorre a “posição original”, estratégia neocontratualista que, associada ao “véu de ignorância” em que se encontram os indivíduos, leva à escolha de dois princípios fundamentais: o da liberdade e o da distribuição, este último subdividido nos princípios da diferença (toda e qualquer

desigualdade somente se justifica se beneficiar os menos afortunados) e da igualdade de oportunidades. Na segunda etapa, os indivíduos, embora desconheçam ainda a sua posição econômica ou social, estão cientes dos princípios de justiça e do modelo econômico-cultural da sociedade que pretendem organizar através de normas constitucionais.

A posição original é uma ficção teórica que permite operar com a idéia de justiça como equidade, na medida em que os indivíduos hipotéticos que deliberarão sobre os princípios de justiça encontram-se em pé de igualdade, igualdade que seria inimaginável se considerássemos os indivíduos enquanto inseridos em posições reais. Além disso, o véu de ignorância funciona como um expediente epistemológico que garante a imparcialidade do procedimento (RAWLS, 1981, p. 119).

Quanto ao conteúdo da concepção de justiça acordada na posição original, Rawls (1981, p. 67) esclarece que se trata de dois princípios fundamentais: a) igual liberdade para todos (máxima liberdade); b) as desigualdades econômicas e sociais somente serão toleradas (princípio da distribuição) se beneficiarem os menos favorecidos (princípio da diferença) ou estiverem vinculadas a cargos e posições de acesso universal (princípio das oportunidades equitativas). Os dois princípios mencionados parecem ser uma base equitativa sobre a qual os mais bem dotados ou mais afortunados em sua posição social, sem que se possa dizer de ninguém que o merecia, podem esperar cooperação voluntária dos outros, no caso de algum esquema praticável ser condição necessária para o bem-estar de todos.

Frente à igualdade e à liberdade, produzem-se as desigualdades sociais e econômicas entre os homens. O autor percebe que uma concepção de justiça não pode anular nem os dons naturais, nem as contingências ou desigualdades sociais que vão incidir nas estruturas política, econômica e, em geral, em todas as dimensões da vida. Para Rawls, a justiça, como imparcialidade, apóia-se na teoria contratualista e na teoria da eleição racional. O autor elabora uma teoria ideal de Justiça, ele denomina de Justiça como Imparcialidade.

Indiscutivelmente, seja pela sua oposição ao utilitarismo, seja pelo seu conteúdo ético, seja pela retomada do contratualismo, a teoria da justiça de Rawls ocupa um lugar central nos debates sobre a necessidade e a definição de critérios de justiça para avaliação moral das instituições políticas, sociais e econômicas. Neste aspecto, importa ressaltar que a partir dos anos 80, começa a ganhar força uma crítica comunitarista à justiça como equidade. Os comunitaristas negam a prioridade do direito sobre o bem, na medida em que só se pode falar de direitos individuais a partir da inserção do indivíduo em uma determinada sociedade.

Além disso, os comunitaristas divergem da corrente liberal quanto à finalidade das políticas públicas. Ao contrário dos liberais, que atribuem às políticas públicas a tarefa de proteger os direitos individuais e liberdade, os comunitaristas admitem uma forma de bem comunitário e social.

Divergindo do utilitarismo, o libertarismo de Nozick não se volta para a felicidade ou a satisfação de desejos como base informacional da concepção de bem ou do justo, mas para as liberdades formais e direitos, que gozariam de primazia sobre as políticas públicas, mesmo aquelas destinadas a eliminar estados de miséria.

Nozick parte da distinção entre o Estado mínimo e o Estado ultramínimo, assim denominado porque, embora controle a força, somente “proporciona serviços de proteção e cumprimento de leis apenas àqueles que adquirem suas apólices de proteção e respeito às leis” (NOZICK, 1994, p.42.) Quanto ao Estado mínimo, o que o caracteriza é o fato de dispor de um plano financiado por impostos, visando a facilitar a compra pelos necessitados das apólices de proteção ao Estado. O problema com o Estado ultramínimo é que lhe falta justiça, na medida em que ele só protege os seus sócios pagantes. A justiça realizada pelo Estado mínimo, cuja agência distribui sua proteção aos não-associados não é distributiva, mas comutativa. Trata-se de compensar os não-protegidos do Estado ultramínimo pelas restrições normativas que lhes são impostas pelo Estado.

Nozick adota o postulado de que “o fato de você ser forçado a contribuir para o bem-estar de outrem lhe viola os direitos, ao passo que ninguém mais estar fornecendo-lhes coisas de que você necessita, incluindo coisas essenciais à proteção de seus direitos, não os viola em si” (NOZICK, 1994, p. 45) Duas são as conseqüências desse postulado: 1ª) o Estado não pode usar o seu aparelho repressivo para obrigar os indivíduos a ajudarem os outros; 2ª) nem proibir os indivíduos de exercerem as atividades que decidirem realizar no interesse de seu bem ou proteção.

Outro autor a ser destacado é Jacques Derrida. Filósofo francês da atualidade, foi o criador do método chamado desconstrução, que consiste num duplo movimento que se esquematizaria: 1) no sentido de uma responsabilidade sem limite ante a memória e, assim, recordar a história, a origem e o sentido e portanto os limites dos conceitos de justiça, lei e direito, dos valores, normas prescrições que impuseram e sedimentaram (DERRIDA, 2006, p. 145); 2) na necessidade de desconstrução de uma rede de conceitos conexos, como propriedade, intencionalidade, vontade, consciência de si mesmo etc (DERRIDA, 2006, p. 146).

Os estudos sobre a justiça desenvolvidos pelo autor se estabelecem pelo método da desconstrução, elaborando trabalhos sobre a lei e a faculdade de julgar. Derrida (2006, p. 149) aponta que para ser justa, a decisão de um juiz não deve somente

seguir uma regra de direito ou uma lei geral, senão que deve assumi-la, aprová-la, confirmar seu valor por um ato de interpretação reinstaurador como se a lei não existisse com anterioridade, como se o juiz a inventasse para cada caso. Refere o autor que cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única que nenhuma regra existente e codificada poderia nem deveria garantir absolutamente. Porém, destaca que tampouco se dirá isto se aquela decisão não se refere a nenhuma regra. Deste paradoxo, extrai o autor a consequência que “em nenhum momento se pode dizer presentemente que uma decisão é justa ou que alguém é justo” (2006, p. 149). Para o autor, em lugar de justo, “se pode dizer legal ou legítimo, de conformidade com um direito, com regras e com convenções que autorizam um cálculo mas cuja origem fundante não faz mais que distanciar o problema da justiça”.

Outro ponto de destaque no pensamento de Derrida é que “nenhuma justiça se exerce, como direito, sem um decisão que decida” (DERRIDA, 2006, p. 150). Além de ter que decidir, ou seja, não poder manter uma situação de indecisão, o Juiz deverá atentar para a necessária urgência de sua decisão. Com efeito, assevera o autor que “uma decisão justa se requer sempre que o seja imediatamente” (DERRIDA, 2006, p. 152).

O autor defende que a justiça como experiência de uma alteridade absoluta é irrepresentável, mas é a oportunidade do acontecimento e a condição da história. Porém, adverte que “caso se abandone a ela mesma, a idéia incalculável de justiça está sempre mais perto do mal, do pior, já que sempre pode ser reapropriada pelo cálculo mais perverso” (2006, p. 154). Assim, o autor defende a necessidade de calcular a justiça, negociar a relação entre o calculável e o incalculável, indo tão longe quanto seja possível (DERRIDA, 2006, p. 154).

2.5. A amplitude da Idéia de Justiça: As Sistematizações de Alf Ross e Perelman

Em obra específica sobre Direito e Justiça, Alf Ross apresenta uma análise da idéia de justiça, na qual aponta que o postulado de justiça, no decorrer dos tempos, equivale a uma exigência de igualdade. Porém, essa igualdade não é tomada em termos absolutos. Ao contrário, a fórmula da igualdade possui dois elementos: a exigência formal de igualdade e o critério material para a determinação da classe a que se aplica a norma de igualdade.

A exigência formal de igualdade, por sua vez, não exclui uma diferenciação entre pessoas que se acham em circunstâncias distintas. Assim, aponta o autor que as diversas formulações de justiça, para grupos ou contextos diversos incluem, além da idéia de igualdade, um padrão de avaliação, que são exemplificados por Alf

Ross (2003, p. 315) da seguinte forma: 1) a cada um segundo seu mérito; 2) a cada um segundo sua contribuição; 3) a cada um segundo suas necessidades; 4) a cada qual segundo sua capacidade; 5) a cada um segundo sua posição e condição.

Ressalta Alf Ross que pela primeira fórmula apontada, o critério é dado pelos méritos morais ou o valor moral de uma pessoa e a idéia de justiça exige uma relação proporcionada entre mérito e destino – neste mundo ou em outro. Pela segunda fórmula, sustentada pelo socialismo marxista, o fator de avaliação é a contribuição que cada pessoa faz à economia social. Pela terceira e quarta fórmulas, aplicadas conjuntamente pela teoria comunista, cada qual deverá contribuir de acordo com sua capacidade e receber de acordo com suas necessidades. Finalmente, pela quinta fórmula, tem-se um princípio aristocrático de justiça que tem sido utilizado para justificar distinções de classe social.

Também indicando a amplitude da idéia de justiça, Perelman (2000, p. 9), por seu turno, aponta que é ilusório querer enumerar todos os sentidos possíveis da noção de justiça, sustentando, porém que as concepções mais correntes de justiça seriam: a) a cada qual a mesma coisa; b) a cada qual segundo os seus méritos; c) a cada qual segundo suas obras; d) a cada qual segundo suas necessidades; e) a cada qual segundo sua posição; f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Dentro desta sistematização, a primeira concepção não estabelece nenhuma distinção entre os seres, enquanto a segunda exige um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, segundo um critério moral. Na terceira concepção, o tratamento é proporcional ao resultado da ação. Na quarta, levam-se em conta as necessidades vitais do indivíduo. A quinta concepção é aristocrática. Finalmente, para a sexta posição, ser justo é aplicar as leis do país. Essa última concepção, conforme ressalta Perelman (2000, p. 12) não se arvora em juiz do direito positivo, mas se contenta em aplicá-lo.

2.6. Afinal, o que é justiça?

Após o desenvolvimento da idéia de justiça, pode-se dizer que não se pode chegar a um critério absolutamente válido de justiça. Porém, remanesce a questão sobre qual critério de justiça seguir.

Segundo Perelman (2000, p. 33), cada vez que falamos de justiça devemos nos fazer a pergunta sobre qual tipo de justiça estamos a tratar, se da justiça formal⁵ ou das inumeráveis concepções de justiça concreta.

5. Perelman (2000, p. 33) define justiça formal como o “princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

Pode-se afirmar que a idéia de justiça não é uníssona na Filosofia. Ao contrário, ao estudar-se o pensamento filosófico sobre o tema, constata-se a multiplicidade de definições e valores idealizados ou protegidos. Assim, caberá ao legislador ou aplicador do direito optar claramente por qual critério de justiça seguir, desnudando sua posição ideológica e, a partir daí, tomando posição. Firmada a posição, porém, surge outra questão, justamente o problema da necessidade de segurança jurídica, essencial para as relações sociais. Na realidade, o embate entre os valores segurança jurídica e justiça é sempre constante, com prevalência de um ou do outro a depender do período histórico e âmbito de observação.

3. A SEGURANÇA JURÍDICA E O CONFRONTO COM A IDÉIA DE JUSTIÇA

Da mesma forma que a justiça é um anseio fundamental do homem que transcende o individual e alcança o social, também a segurança jurídica é uma necessidade essencial do ser humano.

Neste aspecto, Recaséns Siches (1968, p. 703) assinala que, muito embora o Direito Positivo se inspire em valores de conteúdo como a justiça, e se considere justificado na medida em que realiza essas exigências de valores, não obstante, o Direito “nasce originariamente na vida humana para satisfazer uma necessidade de certeza e de segurança em determinadas relações sociais, consideradas da maior importância”.

É a segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si.

De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 8), essa necessidade de ordem, que traz consigo a segurança, é de tal modo profunda que tem todas as características de um fato espontâneo e natural.

Assinala o autor que o objetivo primeiro do direito é a exigência de ordem e de segurança. Aponta que da mesma maneira que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, através do conhecimento científico e da técnica, estabelece, através das normas “uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade”. (CAVALCANTI FILHO, 1964, P. 54).

A perspectiva contemporânea da segurança Jurídica aponta, por seu turno, sua dúplici natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva (2005, p.3), a

segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à idéia da proteção à confiança⁶.

Couto e Silva (2005, p. 6) ressalta, ainda, que os princípios da segurança e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, o que acaba provocando tensão com as tendências modernizadoras do Estado.

3.1. O Embate entre os Valores Justiça e Segurança Jurídica nas discussões atuais

Com o objetivo de apontar o embate entre os valores justiça e segurança jurídica nas discussões atuais, o presente item indica exemplificadamente os debates relativos ao direito alternativo, à legitimidade da alteração da jurisprudência consolidada dos tribunais, à crise do poder judiciário, ao acesso à justiça e às soluções extrajudiciais de conflitos.

O Movimento do Direito Alternativo gerou inúmeras discussões no país em torno dos valores justiça e segurança Jurídica. Conforme assinala João Maurício Adeodato (2006, p. 22), a própria expressão direito alternativo gera acirrada controvérsia, mas em todos os casos o valor “justiça” vem destacado pelos seus seguidores.

Os estudos sobre a adoção da súmula vinculante, de igual forma, não podem passar ao largo das discussões acerca da segurança jurídica, uma vez que o fundamento maior de tais súmulas é justamente a insegurança jurídica gerada pela multiplicidade de decisões judiciais sobre o mesmo tema. Ao mesmo tempo, como a mudança de interpretação da jurisprudência consolidada dos Tribunais está geralmente associada ao valor justiça, na realidade as discussões sobre o tema gravitam em torno da constante dualidade entre segurança e justiça.

6. Conforme afirma Almiro do Couto e Silva (2005, p. 4), modernamente, no Direito Comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos: o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança, que seria a perspectiva subjetiva da segurança jurídica.

Pode-se, também, situar a questão relativa ao embate entre os valores justiça e segurança Jurídica no atual debate que se desenvolve no país acerca da crise do judiciário e dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Conforme foi visto nos tópicos anteriores, os valores justiça e segurança jurídica encontram-se em constante tensão e enquadram-se como essenciais ao ser humano. Com efeito, ambos constituem anseios fundamentais do homem, arraigados em seu íntimo desde as suas origens. Essa dualidade sempre presente na existência humana projeta-se para a sociedade, transformando-se em valores buscados pelas ideologias jurídicas de uma forma geral.

Neste aspecto, convém ressaltar que os dois valores citados, ao lado da utilidade, são referenciados por Radbruch (2004, p. 110) como os três elementos constantes e essenciais da idéia do direito, destacando o autor a contradição entre a justiça e a segurança jurídica.

Nesta mesma linha, ressalta Batista Machado (1987, p.54) que a exigência de justiça e segurança acham-se numa relação de “tensão dialética”, havendo casos em que as necessidades práticas do direito podem exigir que o valor segurança tenha um maior peso que a justiça, muito embora também, por outro lado, a depender da hipótese, essa mesma segurança deverá ceder diante do valor justiça.

Como, então, dentro de tal embate, construir uma pauta valorativa capaz de solucionar as questões cotidianas? Eis o desafio do mundo contemporâneo⁷.

Sobre tal tema Radbruch (2004, p. 114) refere que historicamente podem ser destacados prevalências de um ou outro valor. Assim, segundo aponta o autor, no período do direito natural há a prevalência do valor justiça. No extremo oposto, no período positivista, a unilateralidade do direito positivo era a marca presente e unilateral da segurança jurídica⁸. Contudo, conforme ressalta Radbruch, a unilateralidade dessas épocas jurídicas, desligadas uma das outras, estariam então em condições de tornar visível a multilateralidade atual da idéia de direito.

7. Miguel Reale (1978, p. 235) ressalta a possibilidade de uma variável ordenação hierárquica dos valores, destacando que várias tentativas de classificação dos valores foram feitas, algumas procurando seguir um critério formal, outras um critério de conteúdo. Entre as classificações e ordens de hierarquia, mister ressaltar-se a construção de Max Sheler, que insere o valor justiça/injustiça entre os valores espirituais morais e o valor exato-evidente/aproximado-provável entre os espirituais intelectuais, ambos no mesmo nível, porque inseridos na mesma classificação de valores espirituais.
8. Kelsen (1979, p. 9) foi enfático ao excluir os questionamentos sobre a justiça, afirmando que uma norma jurídica positiva não pode ser injusta, uma vez que o autor pregava a independência da validade da norma jurídica positiva em relação à norma de justiça.

A relação entre os dois valores é assim, necessariamente, dialética e constante, estando, outrossim, na maioria das vezes, em tensão. Ademais, a tensão inerente ao embate dos valores é ainda sobremaneira agravada porque, conforme visto no capítulo segundo desta monografia, existem diversos critérios de justiça, filosoficamente identificáveis, o que resulta na dificuldade de verificação unívoca da justiça do caso concreto.

Mas a amplitude dos critérios de justiça não pode servir de base para afastamento do valor. Ao contrário, se todos na sociedade têm a pretensão, pelo menos publicamente, de ser justos e entendem como justas suas pretensões, então há a necessidade de definição de qual seria a justiça concreta em cada situação, e, para tanto, importante seria a fixação de uma pauta de definição dos critérios de justiça para o caso concreto.

Se existe a multiplicidade de critérios, então deverá o aplicador do direito externar a sua idéia de justiça, fazendo uma expressa opção ideológica dentre os diversos critérios filosoficamente defensáveis. Seria uma espécie de desnudamento do Direito, que deixando de lado conceitos genéricos e sem conteúdo de “justiça”, optasse por um critério concreto a ser considerado.

Nesse aspecto, a corrente do Direito Alternativo já fez sua opção. Entre a segurança e a justiça, opta pela justiça. Entre os diversos critérios de justiça, opta pela justiça dos mais pobres, ou, em termos mais precisos, opta pelo critério a cada qual segundo suas necessidades.

Porém, não é necessário optar entre justiça e segurança. Se a opção do critério de justiça é necessária para desnudamento da ideologia, a opção entre justiça e segurança é mais bem definida em termos de predominância e coexistência, pois, conforme já exposto, existe uma constante tensão entre os dois valores, que podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado.

4. CONCLUSÃO

O presente artigo cuidou do embate dos anseios fundamentais de justiça e segurança no raciocínio jurídico. A análise empreendida demonstrou a constante tensão entre esses valores no decorrer da evolução do raciocínio jurídico, ao tempo em que procurou fixar a dicotomia dentro das discussões jurídicas mais atuais.

Como se verificou a amplitude do conteúdo da justiça, cabe ao aplicador do direito estabelecer sua própria pauta valorativa, o que somente pode ser feito através de uma clara opção ideológica. Assim, definido o critério de justiça que

se adota, pode-se passar à questão posterior, ou seja, ao embate da justiça com a segurança jurídica.

Em relação à segurança jurídica, tradicionalmente, seu conteúdo esteve associado às idéias de ordem e certeza. A perspectiva contemporânea, porém, agrega também a idéia de proteção à confiança, que seria a perspectiva subjetiva da segurança jurídica.

Discussões contemporâneas concretas, como as súmulas vinculantes, o direito alternativo e as soluções extrajudiciais de conflitos possuem a tônica da dialeticidade, dentro do confronto dos valores justiça e segurança jurídica.

Dentro de uma perspectiva de raciocínio jurídico atual, tem-se que, no contexto contemporâneo, o embate entre os valores justiça e segurança jurídica podem ser resolvidos em termos de predominância e coexistência. Assim, segurança e justiça podem e devem coexistir, apenas preponderando um ou outro, a depender do caso concreto a ser analisado, não se devendo falar numa preponderância apriorística, e muito menos em exclusão de um dos valores a partir do ponto inicial do raciocínio jurídico.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Trad. Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim In: Os Pensadores. Seleção de textos por José Américo Motta Peçanha. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BITTAR, Eduardo C. B. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOEHNER, Philotheus; GILSON, Etienne. *História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa*. Trad. Raiumundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CAVALCANTI FILHO, THEOPHILO. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964.
- COMPARATO, Fábio Konder. Justiça e democracia. O Poder Judiciário no regime democrático. *Revista da AMB – Cidadania e Justiça*. Ano 7, n.13, jan-jun 2004, p.7-15.

- CORBISIER, Roland. *Introdução à Filosofia*. Tomo II – Parte 4. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n. 2, abril/maio/junho. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 20.05.06.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do Direito*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. . Trad. Antônio José Brandão. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- DERRIDA, Jacques. *Fueza de ley: El pensamiento místico da autoridade*. Disponível em: www.cervantesvirtual.com Acesso em 01.07.06.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GIORDANI, Mário Curtis. *História da Grécia*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1972.
- GUIBOURG, Ricardo; GHIGILANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. *Introduccion al conocimiento científico*. Buenos Aires: Eudeba, 1994.
- KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. 2.ed. São Paulo: Ícone, 1993
- KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Trad. João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.
- NÓBREGA, J. Flóscolo. *Introdução ao Direito*. 6.ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.
- NOGUEIRA, Antônio Henrique. *O conceito de justiça na República de Platão*. Disponível em: <http://ich.ufpel.edu.br/depfil/filesdis/dissertatio12.doc>. Acesso em 21.04.06.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Filosofia do direito ocidental: momentos decisivos*. Porto Alegre: Sagra:D C Luzzatto, 1996.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *A filosofia do direito e do estado e suas maiores correntes (Síntese didática)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. de Vergínia k. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- POUND, Roscoe. *Justiça conforme a lei*. Trad. E. Jacy Monteiro. 2.ed. São Paulo: IBRASA, 1976.
- PLATÃO. *A República*. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. Campinas: Millennium, 2003.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Ed. UNB, 1981.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- ROSA, F. A de Miranda. *Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- ROSS, David. *Aristóteles*. Trad. Luís Filipe Bragança S. S. Teixeira. Lisboa: Dom Quixote, 1987.
- RUSSEL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Vol. I e III. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.
- STANFORD, Artur. Certeza e segurança jurídica: reflexões em torno do processo de execução. *Revista do Senado*. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1956.
- SICHES, Luís Recaséns. *Tratado de sociologia*. Trad. João Batista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Globo, 1968.

VI

LICITAÇÕES PÚBLICAS: A LEGALIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE SOCIEDADES COOPERATIVAS DE TRABALHO EM CERTAMES

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

Advogado, Procurador do Município do Salvador, Mestre em Direito Econômico pela UFBA., Doutorando em Direito Público pela UFBA., Professor de Direito Processual e Conselheiro da OAB-Ba.

RESUMO: Com base nos princípios que norteiam a atividade da Administração Pública, é feita a análise da possibilidade e das condições para a participação das sociedades cooperativas de trabalho em certames.

ABSTRACT: Basing on the principles that lead the activities of the Public Administration, an analysis is done throughout the possibilities and

conditions of the cooperative societies' participation in public bidding.

PALAVRAS CHAVE: Licitação pública. Cooperativas. Princípio da igualdade. Princípio da legalidade.

KEYWORDS: Public bidding. Cooperative societies. Principle of legality. Principle of equality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os conceitos: 2.1 A sociedade cooperativa de trabalho; 2.2 A licitação pública: 2.2.1 Princípios que norteiam a Administração Pública – 3. As cooperativas e o princípio da isonomia – 4. As cooperativas e o princípio da legalidade – 5. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A controvérsia acerca da participação das cooperativas nas licitações públicas não é um tema propriamente novo, mas a discussão vem renovando sistematicamente seu conteúdo, de forma a ainda constituir um desafio sua abordagem, inclusive na medida em que a pacificação das opiniões em derredor da matéria ainda não se anuncia.

Na esteira da redação do parágrafo único, do art. 442, da CLT, que afastou a possibilidade de vínculo entre a cooperativa e o cooperativado e entre este e o tomador de serviço daquela, qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, cresceu o número de sociedades que elegeram o cooperativismo como sua forma de estruturação societária, naturalmente atraídas pela competitividade

auferida com a diminuição de encargos sociais e tributários incidentes sobre a relação de emprego evitada pela norma.

Esta situação logo refletiu nas licitações públicas, nas quais as cooperativas concorriam com preços menores nos certames direcionados à contratação de serviços. A reação inicial partiu logo das licitantes habituais que, impossibilitadas de acompanhar os preços praticados pelas sociedades cooperativas, insurgiram-se contra a participação das mesmas com base no princípio da isonomia, teoria que chegou a encontrar algum eco na Administração e na doutrina (oportunidade na qual até foram discutidos mecanismos de equilíbrio dos preços, compensando-se as vantagens legais das cooperativas).

Em seguida, ultrapassada a fase inicial de acolhida pela Administração das cooperativas (e de seus preços), foi o próprio Poder Público que passou a querer restringir a participação das cooperativas nos certames.

Neste segundo momento é que surgem novos argumentos contra as cooperativas, tais como a impossibilidade de prestação de serviços à terceiros sem a descaracterização da natureza da sociedade e a ocorrência de fraude à legislação trabalhista, a inspirar a responsabilização subsidiária do Poder Público pelas dívidas trabalhistas. Em consequência da proliferação deste entendimento, a Administração Pública, tem engendrado mecanismos – diretos e indiretos – de evitar a contratação de cooperativas, seja simplesmente vedando através do edital sua participação, seja criando critérios de pontuação que a impossibilitam de vencer. Por fim, o Ministério Público do Trabalho e a União Federal celebraram um acordo judicial no qual o Poder Público comprometia-se na Esfera Federal a impedir a contratação de cooperativas e não renovar contratos em curso, iniciativa que tem se reproduzido nas esferas estaduais e municipais e, inclusive, com base na qual, o Ministério Público do Trabalho vem ingressando em processos administrativos como terceiro interessado buscando intervir na decisão judicial de forma a coibir a contratação de cooperativas pelo Poder Público.

2. OS CONCEITOS

O tema desafia prévio entendimento do que é a sociedade cooperativa e uma noção de licitação pública, especialmente em relação aos princípios incidentes sobre a atuação da Administração Pública neste tipo de procedimento.

2.1. A Sociedade Cooperativa de Trabalho

Em síntese, a sociedade cooperativa de trabalho é aquela que os trabalhadores apropriam-se do resultado de seu trabalho, ou seja, seria a resposta capitalista à proposta comunista de propriedade comum dos meios de produção.

Com efeito, em suas várias modalidades, o que caracteriza e diferencia a cooperativa das demais espécies de organização empresarial é o fato do resultado econômico da atividade ser distribuído entre os integrantes do grupo que empregaram seus esforços, pessoais ou financeiros (no caso da cooperativa de crédito, por exemplo). É por causa disto que a sua formação da sociedade de trabalho se dispensa capital social – o capital é o próprio trabalho – e que os resultados positivos e negativos são distribuídos proporcionalmente à participação de cada indivíduo nas operações por ele realizadas na sociedade – é o trabalho que determina a participação societária¹. O conceito de empresa envolve risco, e o de risco a incerteza. Assim, o sócio, como em qualquer outra empresa, faz o investimento para obter o resultado (positivo, espera) assumindo o risco. O investimento é feito com sua força de trabalho e a dimensão deste é o parâmetro do resultado. A natureza da sociedade cooperativa determina o conteúdo das normas que lhe regulam a existência.

O novo Código Civil aborda a sociedade cooperativa no Capítulo VII, do Subtítulo II – Da sociedade personificada –, do Título II, do Livro II – Do direito da empresa, ressaltando (art. 1.093) a legislação especial.

No artigo 1.094 foram reunidas as características da sociedade cooperativa, quais sejam: a variabilidade, ou dispensa, do capital social; o concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo; a limitação do valor da soma de quotas do capital social que cada sócio poderá tomar; a intransferibilidade das quotas do capital a terceiros estranhos à sociedade, ainda que por herança; o *quorum*, para a assembléia geral funcionar e deliberar, fundado no número de sócios presentes à reunião, e não no capital social representado; o direito de cada sócio a um só voto nas deliberações, tenha ou não capital a sociedade, e qualquer que seja o valor de sua participação; a distribuição dos resultados, proporcionalmente ao valor *das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade*, podendo ser atribuído juro fixo ao capital realizado; e a indivisibilidade do fundo de reserva entre os sócios, ainda que em caso de dissolução da sociedade.

O art. 1.095 do Código Civil permite que a responsabilidade dos sócios seja limitada – nas cooperativas em que o sócio responde somente pelo valor de suas quotas e pelo prejuízo verificado nas operações sociais, guardada a proporção de sua participação nas mesmas operações – ou ilimitada – nas sociedades em que o

1. Pode parecer estranho a primeira análise que, na divisão do prejuízo, perca mais quem mais trabalhou, a situação, porém, assemelha-se à empresa capitalista, na qual amarga maior prejuízo quem tem mais capital investido. É preciso entender que o capital da cooperativa é o trabalho.

sócio responde solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Na omissão da legislação específica, segundo o art. 1.096, serão aplicadas as disposições referentes à sociedade simples (arts. 997 à 1.038 do Código Civil), espécie na qual se encontra obrigatoriamente classificada a cooperativa por força do parágrafo único, do art. 982, do Novo Código Civil.

A leitura atenta dos dispositivos do Código Civil, especialmente em relação à divisão dos resultados, responsabilidade dos sócios, constituição da sociedade e sua forma de deliberação, confirma a natureza peculiar da sociedade cooperativa, compreensão necessária a qualquer estudo que pretenda tratar de suas relações jurídicas.

2.2. A Licitação Pública

O conceito de licitação pública tem definição precisa pela doutrina:

“Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos. Realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, sem a observância dos quais é nulo o procedimento licitatório e o contrato subsequente.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1994)

Além de ser consagrado pela doutrina – no mesmo sentido, Antonio Marcello da Silva² –, o conceito foi quase integralmente acolhido pela legislação³.

Porém, no caso é importante compreender a licitação como um procedimento no qual a atividade da Administração está impregnada de significação e relevância e balizada por uma série de princípios inafastáveis relacionados intrinsecamente com sua finalidade:

2. “Licitação é o procedimento administrativo, cautelar e seletivo, pelo qual a Administração verifica a idoneidade dos proponentes e escolhe a proposta mais vantajosa para a contratação pretendida” (SILVA, Antonio Marcello da. **O Princípio e os princípios da licitação**. in: RT 532/27 e RDA 136/34)
3. Artigo 3º da Lei 8.666/93.

“3.1 FINALIDADE LEGAL

O texto do art. 3º da Lei nº 8.666/93, à análise preliminar, parece definir a finalidade da licitação. A finalidade aí prevista, todavia, concerne à fase externa da licitação, pressupondo, portanto, que as opções feitas pela Administração e consignadas no instrumento convocatório são juridicamente corretas e inquestionáveis. A licitação, no entanto, muito mais do que a simples escolha da proposta mais vantajosa ou a preservação da isonomia, visa a selecionar a solução mais idônea para atender a necessidade pública em razão da qual se está licitando. Esta não é a finalidade escrita no texto legal em pauta, mas é a que decorre dos princípios (da moralidade especialmente – art. 37 da CF) e do sistema de normas pertinentes à atuação do administrador público, cuja inobservância pode redundar em anulação por desvio de poder, e até em crime, como eventualmente seria o caso do emprego irregular de verbas ou rendas públicas.” (BLANCHET, Luiz Alberto. **Licitação, o edital à luz da nova lei**. Curitiba: Juruá Editora, p. 180)

Esta é a ótica sob a qual deve ser compreendida a licitação pública, ou seja, realizar, observadas as normas princípios e as normas regra balizadoras da atuação do Poder Público, a melhor contratação para a Administração Pública.

2.2.1. Princípios que norteiam a licitação pública

A Administração está adstrita em matéria de licitação aos princípios gerais que norteiam sua atuação, mas que tem sua leitura condicionada pela natureza da atividade desenvolvida.

Assim, é fundamental que o Poder Público, na busca da melhor oferta, não feche as portas a todos os potenciais licitantes, porque, restringindo a variedade de proponentes, diminui a possibilidade de escolha da Administração.

Esta é a posição unânime da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, segundo a qual, inclusive, deve haver certa elasticidade na fase de habilitação para preservar no certame o número mais alto possível de concorrentes. A doutrina de Luiz Alberto Blanchet é exemplo:

“2.2 A HABILITACÃO E O PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE.

Para evitar-se a exclusão de participantes aptos para atender a necessidade ensejadora da licitação, garantindo-se o maior número possível de propostas, e conseqüentemente maior probabilidade de se obter a proposta efetivamente mais vantajosa, não se pode prescindir do recurso ao princípio da instrumentalidade. Se a licitação é o instrumento do qual se serve a Administração para atender a uma necessidade concreta da forma mais satisfatória possível, a eliminação prévia e sumária de interessados que poderiam prestar este atendimento, pode representar a exclusão da proposta realmente mais vantajosa, pois a proposta vencedora da

licitação sê-lo-á apenas e exclusivamente em relação às apresentadas por aqueles que de acordo com o edital puderam ser habilitados.” (BLANCHÉ, Luiz Alberto. **Licitação, o edital à luz da nova lei**. Curitiba: Juruá Editora, 1993, p. 83).

A leitura de Toshio Mukai revela a presença de tais princípios desde a disciplina da licitação pelo antigo diploma legal:

“2. PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO.

Quanto aos princípios, a disposição legal adotou a linha doutrinária de Hely Lopes Meirelles, que é pródigo no elencá-los. Embora o art. 3º não indique expressamente alguns dos princípios arrolados pelo mestre (tais como o do procedimento formal, sigilo na apresentação das propostas, adjudicação compulsória ao vencedor), é evidente que os admite, em razão da sua parte final, que está redigida a tornar o elenco exemplificativo.

Da mesma forma, cabe ali um dos princípios fundamentais de licitação, que é o da oposição ou da competitividade, tão essencial na matéria que, se num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo.

Jorge Héctor Escola diz mesmo: “La base de toda licitación es, justamente, la presencia de varias ofertas diferentes, que sean comparables entre si, de modo que pueda elegirse la mas conveniente para la administracion pública” (grifos nossos).

Mas o próprio Decreto-lei n. 2.300/86 leva em conta esse princípio, ao estatuir no § 1º do art. 3º que “é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir, ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que: I - comprometam, restrinjam, ou frustrem, o caráter competitivo do procedimento licitatório”. (MUKAI, Toshio. **O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Saraiva, pp. 16/17).

Neste sentido também entendem, inclusive com esteio em jurisprudência notória, José Cretella Júnior⁴ e Adilson Abreu Dallari⁵ e ainda: Marçal Justem Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Aide Editora,

4. O autor cita a seguinte jurisprudência: “Finalidade da Concorrência - Visa a concorrência pública a fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsetâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e, na primeira fase da habilitação, deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório. Consorciando-se várias empresas para o fim de, unidas, disputarem determinada concorrência, não podem ser alijadas da mesma, tão-só, porque o consórcio é somente de fato, sem personalidade jurídica. É que, houvesse tal consórcio de contar com personalidade jurídica própria, deixaria de haver a reunião de empresas para transformar-se em outra entidade distinta e não desejada pelas que se reuniram para o pretendido fim” (TJRS, em RDP, 14:240).” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, pp. 3/4)
5. “Na jurisprudência, já é clássico o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul AGP 11.363 (publicado na RDP, 14:240), neste sentido:

1993); José Cretella Júnior (Das Licitações Públicas, Editora Forense, 1993); José Torres Pereira Júnior (Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas); e Sérgio Vaz (Nova lei das licitações, princípios, fraudes e corrupção na administração, Edição Datajuris, 1993).

Desta maneira, a Administração Pública não pode desconhecer os princípios aos quais sua atuação está vinculada, sob pena da ofensa acarretar a nulidade do processo administrativo, como vaticina Adílson Abreu Dallari:

“Vamos, pois, proceder a um estudo dos princípios informadores da licitação, atentos à lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem princípio é “a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídico-positiva”, e, em conseqüência, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a

“Visa a concorrência pública a fazer com que maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório”.

Em resumo, resulta claro de todo o exposto que não há vedação legal ou constitucional a uma certa benevolência da Administração no momento de fixar critérios para a habilitação em uma dada concorrência pública. Diante do caso concreto, atentando para as circunstâncias de mercado, ponderando os riscos próprios do específico contrato a ser celebrado, buscando satisfazer da melhor forma possível o interesse público a Administração definirá, “conforme o caso”, o universo de proponentes, sendo certo apenas que não pode vedar ou dificultar a participação de possíveis licitantes, restringindo artificialmente a amplitude do certame.

Em todo negócio pode e deve haver um certo risco. Não há como eliminar totalmente os riscos mediante rigorosos critérios de habilitação. O que se deve fazer é redigir cuidadosamente o contrato, estipulando com precisão e clareza as obrigações das partes, e fixando as responsabilidades pelo inadimplemento. A busca de uma segurança inexistente não deve impedir o regular funcionamento da máquina administrativa, em detrimento do bem-estar da coletividade.

A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

*Portanto, existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isto não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes.” (DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 3a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, pp. 87/88).*

um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”. Por conseguinte, conclui o eminente autor, o desrespeito a um princípio constitui a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme a natureza do princípio que se violou.

Portanto, a aplicabilidade dos princípios informadores da licitação aos atos concretos praticados pela Administração Pública independe da existência de disposição normativa expressa e acarreta diretamente a nulidade dos atos desconformes, ensejando, ainda, a responsabilidade de seus agentes.

O Princípio, por sua importância, serve exatamente para orientar a interpretação e a aplicação de toda e qualquer norma. Na ausência de norma específica, o princípio condiciona ou determina, diretamente, a atuação do agente da Administração.

Seja permitido transcrever aqui alguns apontamentos feitos por Geraldo Ataliba a respeito do valor da noção de princípio: “Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos).

Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da Administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas conseqüências”.” (DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 3a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, pp. 3/4)

É, desta maneira, propósito do processo licitatório encontrar a melhor oferta para o Poder Público, móvel que impulsiona a Administração a aceitar o maior número possível de propostas.

Porém, também é finalidade do certame assegurar-se igualdade de condições para os licitantes interessados, única forma de atender ao princípio da isonomia entre os administrados, e esta isonomia é formal, ou seja, é através da regularidade do procedimento de licitação que se assegura o atendimento à este princípio. Por esta razão, ainda que a Administração Pública não vislumbre prejuízo direto do relaxamento de alguma exigência da lei ou do Edital não poderá dos mesmos afastar-se sob pena de ferir o princípio da igualdade que deve nortear sempre a atuação da administração pública, especialmente no que se refere à licitações.

Enfim, a Administração Pública não tem qualquer tipo de discricionariedade seja para estipular, seja para conferir, os requisitos objetivos de habilitação e os critérios de participação traçados pelo Edital, até porque consistiria em indesejado e perigoso precedente atribuir-se ao Administrador a competência para decidir em quais casos poderá – por qualquer motivo – distender ou não os requisitos formais para habilitação dos licitantes, ou os critérios para julgamento das propostas. A

perda deste norte na atividade administrativa importa em desvio de finalidade⁶ e abuso de poder⁷.

Sob esta ótica é que se deve examinar a participação das cooperativas nas licitações.

3. AS COOPERATIVAS E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O primeiro argumento lançado contra a participação das cooperativas em licitações públicas baseou-se exatamente na quebra do princípio da isonomia, pois as regras incidentes sobre as cooperativas proporcionavam vantagens na composição dos preços em virtude da menor incidência de tributos e encargos sociais. As outras empresas sentiram-se prejudicadas e começaram a impugnar a participação das cooperativas ou a exigir mecanismos de compensação dos benefícios para sincronizar os preços, ou seja, a criação de fatores de correção que eliminassem – para efeito de comparação de preços – as vantagens conferidas pela legislação às cooperativas.

O princípio da igualdade de tratamento entre os licitantes, previsto no art. 37, inciso XXI, da CF/88, integrante do Capítulo VII (“Da Administração Pública”), que, ao dispor sobre processos de licitação, determina que:

“... as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure *igualdade de condições a todos os concorrentes*, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Dispõe o art. 3º, §1º, inciso I, da Lei 8666/93, que:

“§1º – É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e *estabeleçam preferências ou distinções* em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.

6. “O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivo ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público.... Tais desvios ocorrem, por exemplo, quando a autoridade pública ... classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 17a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, pp. 96/97).
7. “O abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia de suas finalidades administrativas”. (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 17a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 94)

Os dispositivos mencionados refletem princípio fundamental norteador de todo e qualquer processos de licitação: o princípio da isonomia (igualdade).

A igualdade entre os licitantes decorre tanto de sua proteção contra a inclusão de cláusulas no instrumento convocatório que desnivalem seu julgamento, quanto da exigência de que todos os Administrados estejam sujeitos às mesmas regras para habilitarem-se ao certame, ou seja, que nenhum deles seja dispensado do cumprimento de requisito formal de habilitação cobrado dos demais, pois qualquer uma destas formas configuraria manobra insidiosa de desvio de poder na Administração Pública, qual seja, a discriminação entre os participantes.

As concorrentes acusam a Administração Pública de desequilibrar a concorrência permitindo a participação de licitantes capazes de apresentar preços mais baixos em virtude de um tratamento diferenciado da legislação. A questão envolve a análise da veracidade das informações acerca da existência de vantagens em termos de legislação tributária e trabalhista para as cooperativas e, sendo confirmada a alegação, quanto à configuração de ofensa ao princípio da isonomia.

De fato, ocorre que as sociedades cooperativas são tratadas de forma diferente pelas leis tributárias e trabalhistas, isto sem mencionar o próprio Código Civil e a legislação específica. Estas diferenças ensejam menores encargos trabalhistas, tributários e financeiros, que favorecem as cooperativas nos certames.

As cooperativas, assim, efetivamente beneficiam-se de um tratamento legal diferenciado que pode causar-lhe vantagens sob certos aspectos e a opinião contrária a participação das cooperativas em licitação sustenta-se exatamente a opinião que tais vantagens, em especial tributárias e trabalhistas, causariam desequilíbrio ofensivo ao princípio da isonomia amparada, inclusive, em doutrina de juristas especializados de notório conceito.

Todavia, a posição decorre de uma leitura distorcida ou mesmo equivocada do princípio da isonomia. O valor essencial presente na aplicação do princípio da isonomia ao processo de licitação implica na proibição da Administração **criar** critérios de habilitação ou julgamento ensejadores de diferenças entre os licitantes que venha a prejudicar desnecessariamente a competitividade entre eles.

Com efeito, sempre que for necessário pela natureza do objeto a ser contrato serem feitas exigências para a habilitação ou criarem-se critérios de avaliação dos licitantes, estas providências serão legais. Por outro lado, quando que for identificada uma estipulação sem justificativa em função da qual seja diminuída a concorrência entre os concorrentes, estará sendo ofendido o princípio da isonomia.

A aplicação do princípio não tem, e nunca teve, qualquer relação com distinções outras estranhas ao processo de licitação, ainda que decorrentes de outras atividades do Estado, como a elaboração de normas gerais (leis), trabalhistas, tributárias, ou de qualquer outro ramo.

A Administração não pode considerar ofensivas ao princípio da isonomia, muito menos compensar, diferenças que existam entre os concorrentes derivadas da realidade externa ao processo de licitação, oriundas de qualquer tipo de circunstância, pois jamais haverá a pretendida igualdade absoluta, muito menos em face da norma, cuja função básica é desigualar⁸, regulando o acesso aos bens da vida.

O que se quer explicitar é a natureza desigualadora das normas jurídicas, um vez que o direito, ao criar as sujeições típicas das normas prescritivas dotadas de caráter coercitivo e definir seu alcance subjetivo, estabelece naturalmente diferenças entre os destinatários da norma. Estas distinções originadas do próprio ordenamento não contrariam o princípio da isonomia, ao revés, o concretizam, pois a igualdade que o Estado Democrático de Direito visa é aquela que trata de maneira igualitária todos os que se encontram em uma mesma situação jurídica.

Assim, a Administração não pode sequer considerar a hipótese – para excluir ou compensar – de contornar as distinções que decorram da própria lei, fundadas no porte da empresa, em sua estruturação societária, em seu desenvolvimento tecnológico, em suas peculiares condições, inclusive tributárias (beneficiar-se de incentivos, temporários ou não, localizar-se em Estado ou Município cuja carga tributária seja diferenciada, etc.) e trabalhistas, ou de qualquer situação não relacionada com o Edital, pois é **dentro dos limites do procedimento de licitação e contratação** que se faz a aplicação do princípio da isonomia em matéria de processo licitatório.

Aceitar a concepção abraçada pelos partidários da necessidade de retirar as cooperativas do certame ou da conveniência de “compensar” as vantagens decorrentes de seu regime legal com ajustes financeiros ou na pontuação, equivaleria a impedir, por exemplo, que empresas prestadoras de serviços sediadas em outros municípios com alíquota de ISS menor participassem do certame⁹ ou o fizessem

8. Toda norma desigual, criando sujeitos ativos e passivos da relação jurídica, diferenciando condutas lícitas de ilícitas. Para regular o acesso aos bens da vida a norma tem que distinguir, por isso a equidade somente ingressa no processo de formação da norma individual decorrente da jurisdição quando a lei expressamente autoriza (art. 127, do CPC). Pretende-se, porém, que a norma desigual atenda aos valores socialmente relevantes.

9. Independente da discussão acerca da competência tributária.

em igualdade de condições com as demais licitantes, ou ainda que empresas que receberam benefícios fiscais para instalar-se em determinada localidade competissem nas licitações em condição semelhante aos concorrentes, o que extrapolaria o alcance do princípio da isonomia, pois este não visa uma utópica igualdade absoluta entre os licitantes no certame, muito menos contra diferenças estabelecidas pela própria lei¹⁰, mas apenas a criação pela Administração de critérios injustificados de habilitação ou julgamento das propostas que desfavoreçam desnecessariamente alguns concorrentes efetivos ou potenciais.

Assim, verifica-se que a participação de cooperativas no processo de licitação não fere o princípio da isonomia e que o processo administrativo da licitação deve observar o pressuposto da igualdade entre os licitantes, em obediência ao princípio constitucional (art. 37, inciso XXI) e à lei ordinária (art. 3º da Lei de Licitações), de forma também a não igualar os desiguais, inclusive, não prejudicar àqueles licitantes que cumpriram corretamente às exigências do ato convocatório permitindo a habilitação de outros concorrentes que tenham negligenciado os requisitos do Edital, ou excluindo os que os preenchem. Estes são os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

“O **princípio da igualdade** constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8a. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1997, p. 258.)

Preocupado em demonstrar os abusos que esse princípio pudesse levar a radicalismos, Celso Antonio Bandeira de Melo adverte, confirmando a posição acima:

“Evidentemente, o princípio da isonomia não deve ser entendido em termos tão absolutos que se converta em impedimento do bom e eficaz desempenho da atividade pública. *É claro que cabe uma série de condições*, variáveis conforme as hipóteses, seja para a fruição de um serviço prestado, *seja para fixar as habilitações necessárias à candidatura de alguém a um cargo público*, seja para qualificar a natureza do serviço ou a especificação do produto que deve ser prestado ou fornecido por particulares.

O que não se pode fazer é, servindo-se deste expediente imprescindível às conveniências administrativas, estabelecer favoritismo para alguns e excluir outros de eventuais benefícios, procurando marginalizar a estes e favorecer àqueles. Isonomia é a igualdade entre os iguais, isto é, entre os que preenchem

10. Até a estruturação da empresa como sociedade anônima enseja custos diferenciados, como publicação de balanços, realizações de auditorias, etc. que, com base no mesmo argumento, ensejariam reequilíbrio no preço.

Licitações públicas: a legalidade da participação de sociedades cooperativas de trabalho em certames

as mesmas condições ou se encontram em condições comparáveis.” (MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 42)

MIGUEL DE SEABRA FAGUNDES, em sua obra *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, ensina que a atividade administrativa só pode ser exercida nos limites das atribuições conferidas na lei:

“Todas as atividades da administração pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas, não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso ainda que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados.” (FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. p. 74.)

Conclui-se, assim, que somente desatende ao princípio da isonomia o tratamento diferenciado criado injustificadamente pela administração nas regras do certame, no que, de forma alguma, pode ser enquadrado qualquer distinção estabelecida na própria lei e, por este argumento, não ser constitucional ou legalmente admissível nem a exclusão das cooperativas dos processos de licitação pública, nem a criação de regras especiais destinadas a “compensar” as demais concorrentes, na habilitação, na pontuação técnica ou no preço, pelas vantagens originadas de normas legais que, neste sentido, pudessem beneficiar as cooperativas.

4. AS COOPERATIVAS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A atuação do Estado obedece a uma legalidade diversa da que limita os particulares, conforme a formulação mais difundida, enquanto ao particular é dado fazer tudo que a lei não proíba, ao Poder Público somente é permitido agir segundo as prescrições legais, princípio conhecido como da legalidade estrita. Sendo assim, o norte buscado pelo Administrador é o que o orienta a encontrar a conduta descrita na norma.

O Estado, por outro lado, além de ter a obrigação de atuar em conformidade com o direito, também, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, tem sua atuação comprometida com a observância da legalidade pelos particulares.

Neste prisma, é importante abordar um outro argumento sustentado contra a participação das cooperativas nas licitações públicas é a de que atuam em fraude à lei trabalhista, seja porque não poderiam prestar serviços à terceiros, senão aos próprios cooperativados, seja porque estariam sonegando os direitos trabalhistas dos empregados. Os que defendem tal entendimento entendem que a vedação do ingresso em licitações é a correta – e única – forma de coibir a presumida fraude à legislação trabalhista.

A tese não tem fundamento jurídico. Em primeiro lugar, não há como se inferir ou presumir-se a fraude, nem mesmo como se concluir previamente que todos os cooperados são, na verdade, empregados de empresas destinadas a fraudar a lei.

Cabe esclarecer que a Cooperativa pode efetivamente ter empregados, ou seja, trabalhadores contratados com vínculo empregatício para atender às atividades estranhas ao objeto da sociedade (uma secretária, um contínuo, um vigilante, etc.), o que não significa que os cooperados possuam tal tipo de vinculação, ou seja, não é correto o argumento sustentado por alguns no sentido de que, se pode ter (ou tem) empregados, a cooperativa não passa de uma empresa disfarçada.

Não se pretende negar a existência de fraudes à legislação trabalhistas perpetradas por empresas que buscam se utilizar da estrutura jurídica das cooperativas para mascarar verdadeiros vínculos empregatícios, como noticia a jurisprudência, mas deve-se evitar a generalização infundada de que toda cooperativa é uma fraude para lesar os direitos trabalhistas de empregados (contrária inclusive aos princípios da boa-fé e da presunção de inocência), até porque a apreciação desta questão extrapolaria, em muito, a competência da Autoridade Administrativa que conduz o certame, sem esquecer que qualquer pretensão neste sentido dependeria sempre de robusta e inequívoca comprovação, a ser apurada através do devido processo legal, seja na via administrativa, seja na judicial.

Se a Administração Pública entende ter contratado com uma empresa que opera mediante fraude à legislação deve rescindir o contrato e aplicar as sanções legais cabíveis, das quais não se tratará no estudo, cujo objetivo é outro.

A doutrina que defende uma semelhança entre as sociedades comerciais e as sociedades cooperativas não contribui para a solução da celeuma por dois aspectos: a) não consegue extrair qualquer consequência jurídica da alegada semelhança, o que torna a teoria inócua; b) padece de fundamentação técnica porque parte de premissa falsa.

Com efeito, da defendida semelhança não se chega a sustentar qualquer efeito jurídico, o que torna a argumentação mero esforço de retórica.

Por outro lado, o alegado desaparecimento dos traços distintivos entre as sociedades cooperativas e as sociedades comerciais não poderia decorrer de legislação de natureza tributária – como já se viu anteriormente – nem, muito menos, da leitura equivocada do conceito de lucro.

O lucro é o retorno do capital investido, a chamada remuneração do capital, que pode ser identificada com a taxa de retorno do capital empatado nas operações

financeiras ou – como assinalou Karl Marx – com a diferença obtida pelo empresário capitalista entre o valor dos bens produzidos e os gastos com a produção, dada ênfase pelo economista alemão ao custo da mão-de-obra (a conhecida *mais valia*).

Como então identificar lucro nas atividades das cooperativas? O cooperado exploraria a si mesmo para obter a *mais valia* de seu próprio trabalho? O lucro, frise-se, é remuneração do capital, não do trabalho.

Não é somente a inexistência de lucro que impede as ilações da doutrina, porque o cooperado tem direitos e obrigações completamente distintos dos empregados, a começar pelo mais óbvio, o risco da atividade, pois, como todo empresário, o cooperado, assume o risco econômico da empresa, diferentemente dos empregados que disponibilizam sua mão-de-obra e recebem sua remuneração independentemente do resultado positivo ou negativo da empresa.

Registre-se que o contrato de emprego tem como objeto a disposição do tempo do empregado (que, por isso, recebe ainda que o empregador não utilize sua força de trabalho), enquanto na cooperativa resta evidenciado que os cooperados associam suas capacidade de trabalho, ou seja, o objeto disponibilizado é o serviço (tanto que recebem na proporção do trabalho realizado e não das quotas de ingresso).

Ainda por outro lado, o direito material do trabalho conhece o princípio do contrato realidade, segundo o qual, independente das formas – notadamente dos instrumentos – prevalecerá para definir a natureza jurídica da vinculação através da qual ajustada a entrega da mão-de-obra a realidade do contrato, seu verdadeiro objeto e suas verdadeiras cláusulas, competindo, porém, ao Poder Judiciário Trabalhista – art. 114 da Constituição Federal – conhecer, processar e julgar as lides fundadas nas relações de trabalho, inclusive para definir a existência de vínculo empregatício, competência reforçada pela jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça que decidiu caber aos Tribunais Regionais do Trabalho a decisão dos conflitos de competência entre os Juízes de Primeiro Grau da Justiça Comum e as Juntas de Conciliação e Julgamento, razão pela qual a abordagem e definição da natureza jurídica do vínculo entre os cooperados e a cooperativa extrapola a competência da Administração – notadamente na fase de licitação.

Repita-se, se houvesse prova de fraude, a solução seria a rescisão do contrato e a aplicação das sanções legais cabíveis, mas a presunção da fraude é uma conduta que não é dada à Administração Pública.

Não há como se vislumbrar a equivalência entre as cooperativas e as sociedades comerciais, muito menos concluir-se que os cooperados de todas as sociedades

cooperativas são, em verdade, empregados, não obstante seja possível tentar-se mascarar relações de emprego através da criação fraudulenta de uma cooperativa, como existe também a terceirização fraudulenta, a abertura de firmas em nome individual (ou sociedades por quotas de responsabilidade limitada) com objetivo de esconder vínculo empregatício, a figura do diretor-empregado, etc, circunstâncias que não podem levar a conclusões generalizantes, nem a presunções de ilegalidades, muito menos a amparar autênticos pré-julgamentos pelas autoridades administrativas encarregadas de conduzir o processo de licitação.

Nenhuma ação da Administração pode pretender ser legítima se fundada neste tipo de concepção preconcebida acerca da realidade. O caso seria de completo desvio de finalidade porque a Administração Pública não pode atuar presumindo a fraude à lei, especialmente porque ao próprio Estado incumbe o dever de fiscalizar as atividades privadas para adequá-las ao ordenamento.

Em última análise, tal comportamento do Estado seria traduzido da seguinte forma: Diante da própria incapacidade do Estado de fiscalizar o funcionamento das sociedades, inclusive cooperativas, a solução arrumada pelo Poder Público seria proibir a contratação de tais sociedades para lhe prestar serviços, não obstante a Constituição Federal, ao tratar da ordem econômica, tenha comprometido o Estado com o fomento do cooperativismo.

Situação análoga ocorre em relação ao receio do Poder Público da Justiça do Trabalho vir a atribuir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por vínculos trabalhistas fraudados em serviços licitados. A solução não pode ser a de generalizar a presunção de fraude através da proibição da contratação de cooperativas, mas contratar bem, executar corretamente os contratos e fiscalizar as atividades.

A Administração Pública também corre o risco de vir a ter declarada sua responsabilidade subsidiária quando contrata sociedades comerciais, seja em matéria trabalhista, seja em matéria tributária, mas não pensa em proibir a contratação de sociedades anônimas ou limitadas por conta deste risco, potencial ou efetivo.

O que tem passado à margem da celeuma é a efetiva responsabilidade da Administração Pública em licitar adequadamente, assinar contratos bem elaborados, fiscalizar a execução dos contratos celebrados e, finalmente, fiscalizar a atuação de todos os entes de direito privado no cumprimento da lei. É da incapacidade do Poder Público de lidar com suas atribuições que surge o problema, não é punindo indiscriminadamente, ou preconceituosamente, este ou aquele seguimento que surgirá a solução compatível com o Estado Democrático de Direito.

O acordo entre Ministério Público do Trabalho e a União Federal se tornou um último argumento para aqueles interessados em coibir a participação de empresas cooperativas em licitações públicas.

O referido acordo, de início, não sobrevive aos próprios vícios. Como a jurisdição não aprecia direito em tese, apenas conflito concreto, a impossibilidade jurídica do pedido (dirigido à disciplina atual e futura de relações jurídicas indeterminadas) por falta de uma das condições da ação, já invalida a relação jurídica processual.

Por outro lado, o Ministério Público do Trabalho não tem legitimidade para propor ação para tutelar direitos individuais (ainda que homogêneos) porque não há norma jurídica lhe atribuindo tal legitimação anômala, menos ainda poderia fazê-lo contra a vontade dos próprios titulares dos direitos (os cooperativados, no caso específico). Além da ilegitimidade ativa, há vício também no pólo passivo, pois para atingir a finalidade pretendida (interferência em relações jurídicas existentes – contratos) seria necessário incluir no pólo passivo, em litisconsórcio unitário e necessário as cooperativas cujos contratos se pretendessem anular, sob pena do processo ser inválido (como é) e das cooperativas estarem fora dos limites subjetivos da coisa julgada (como estão).

A referida ação é apenas uma prova da falta de estrutura do Poder Público e da inexistência de políticas públicas consistentes, comprometidas com os marcos constitucionais.

O Estado está comprometido por força do texto constitucional com o cooperativismo. Ao invés de incentivá-lo, como deveria, define como meta de um órgão – o Ministério Público do Trabalho – por dois anos consecutivos o combate às cooperativas, como se o mal estivesse na forma de organização societária em si mesma e não no desvio de finalidade e na fraude.

Não se criou uma política de fiscalização para encontrar as cooperativas (e outras empresas organizadas sobre outras formas societárias) que estivessem funcionando em desconformidade com os preceitos legais, preferiu-se ajuizar uma ação irregular para impedir que a União mantenha ou celebre contratos com a Administração Pública. Pode parecer uma solução simples, mas, em todos os seus aspectos, é uma solução errada. O Estado no Brasil, caso pretenda estabelecer-se como Estado Democrático de Direito, deve aprender a deixar de fazer o aparentemente mais fácil, para fazer o certo, especialmente observando a Constituição e a lei, ou seja, interpretando a Carta Magna para lhe dar efetividade, não o contrário.

Esta idéia da interpretação como concretização, embora possua maior significação na hermenêutica constitucional (o que não deixa de ser o caso, já que o incentivo ao cooperativismo é norma da Constituição Federal), é importante em todo processo de apropriação do conteúdo jurídico das normas¹¹, razão pela qual o intérprete (e o Estado, notadamente o Poder Executivo, é um intérprete comprometido com a realização da norma emanada do Poder Legislativo) deve procurar alinhar-se com os valores essenciais acolhidos pelo ordenamento.

Resta assim evidenciado que a interpretação das normas deve ser realizada com o escopo de dar concretude aos valores abraçados pela Constituição e pela Lei, através de um processo de diálogo engajado do intérprete que deve levar em consideração ainda o papel do Poder Judiciário como detentor da última palavra em matéria de significado e alcance das normas - inclusive constitucionais¹² – e o papel do Poder Executivo como executor das prescrições legais à elas estritamente vinculado.

O Poder Executivo, em especial em matéria de licitações públicas, não tem qualquer discricionariedade para “corrigir” tratamentos diferenciados derivados da incidência da lei, ao contrário, dado o princípio da legalidade, há de considerar as distinções provenientes das normas como diferenciações presumivelmente justas, sendo-lhe, em verdade, vedado estabelecer ele próprio critérios de distinção – ainda que para “re-igualar” os concorrentes – diferentes dos legais, sob pena de, não observando os limites legais e constitucionais de sua atuação, aí sim violar os princípios consagrados na Carta Magna da legalidade e da igualdade.

CONCLUSÃO

Assim, conclui-se, inclusive em virtude da obrigatoriedade da Administração Pública atender ao princípio da legalidade estrita, que, o Poder Público, em todas

11. “A idéia da aplicação do Direito enquanto concretização, cujos reflexos são profundos no plano da hermenêutica jurídica, adquiriu um especial relevo no âmbito da hermenêutica constitucional: todos os problemas que a aplicação das normas constitucionais suscita são compreendidos como “problemas de concretização”. Em Konrad Hesse, por exemplo, a interpretação constitucional se desenvolve em função de um problema concreto, sendo manifesta a impossibilidade de que ela se realize desprovida de uma pré-compreensão do intérprete.” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 227.)
12. “Atualmente, no entanto, são inegáveis a importância e a especificidade da hermenêutica constitucional, até mesmo em função da atividade do órgão que, em última instância, determina o conteúdo e o sentido das normas constitucionais: o Judiciário. O desenvolvimento da jurisdição constitucional, a elaboração de uma teoria material da Constituição e dos direitos fundamentais e a consciência da democracia como princípio estruturador da ordem político-jurídica materializada na Constituição, acrescentaram um componente qualificado aos princípios e métodos concebidos pela hermenêutica clássica.” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 238.)

as esferas, convergindo sua conduta para a Constituição, como é próprio do Estado Democrático de Direito, não somente está impossibilitado de criar *no processo de licitação* critérios distintivos com o escopo de impedir ou dificultar, a participação de sociedades cooperativas, ou mesmo “compensar” os demais licitantes quando tal participação ocorrer, como, em sentido inverso, deverá incentivar o cooperativismo buscando formas de concretizar o conteúdo da Carta Magna, devendo ainda combater a fraude cumprindo com correção suas atribuições legais, quais sejam, definir com licitude o objeto do certame, licitar adequadamente, formalizar a contratação através de instrumento adequado, fiscalizar a fiel execução do contrato, sem, em momento algum, deixar de proceder ao controle de legalidade das atividades privadas com competência para, por meio do justo exercício do poder de polícia coibir a existência de quaisquer sociedades, cooperativas ou não, atuando em desconformidade com o ordenamento.

REFERÊNCIAS

- BLANCHET, Luiz Alberto. *Licitação, o edital à luz da nova lei*. Curitiba: Juruá Editora, 1993.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.
- _____. *Das licitações públicas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 3a. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.
- DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 8a. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1997.
- FAGUNDES, Miguel de Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FRANÇA, Maria Adelaide de C. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 3.ed. São Paulo: Aide Editora, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

MUKAI, Toshio. *O estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.

PEREIRA JÚNIOR, José Torres. *Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

SILVA, Antonio Marcello da. *O Princípio e os princípios da licitação*. in: Revista dos Tribunais, nº 532, p. 26: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

VAZ, Sérgio. *Nova lei das licitações, princípios, fraudes e corrupção na administração*. Edição Datajuris, 1993.

VII

O DECLÍNIO DA LEI E A ASCENSÃO DOS PRINCÍPIOS NA DOUTRINA DAS FONTES DO DIREITO

Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Advogado, Mestre e Doutorando em Direito pela UFBA, Professor da Pós-Graduação *lato sensu* em Ciências Criminais da UFBA, Professor de Direito Penal da UFBA, Universidade Salvador – UNIFACS, da Universidade Católica do Salvador, das Faculdades Jorge Amado e Faculdade Ruy Barbosa.

RESUMO: Com o advento do racionalismo ilustrado, a lei escrita passou ter um papel de destaque como fonte primária do Direito. A lei era tida como manifestação segura e eficiente da vontade geral, cujo conteúdo era inquestionável. No entanto, a multiplicação das leis, a perda de sua generalidade, as interferências do Executivo fazem com que as leis não tenham sua posição de referência, substituída pelos princípios gerais de direito.

RESUMEN: Con el aparecimiento del racionalismo ilustrado, la ley escrita pasó a tener una posición de destaque como fuente primaria del

Derecho. La ley era considerada como manifestación segura y eficiente de la voluntad general, cuyo contenido era incuestionable. Sin embargo, la proliferación de las leyes, la pérdida de su generalidad, las interferencias del Ejecutivo hacen con que las leyes no tengan su posición de referencia, cambiada por los principios generales de derecho.

PALAVRAS-CHAVE: Lei – Fontes do Direito – Princípios.

PALABRAS LLAVE: Ley – Fuentes del Derecho – Principios.

SUMÁRIO: 1. O surgimento histórico da doutrina das fontes do Direito – 2. O primado da legalidade. O constitucionalismo escrito. As grandes codificações: 2.1. O jusracionalismo e a primazia da lei; 2.2. O constitucionalismo escrito; 2.3. A legitimidade da lei – 3. Crise normativa na sociedade contemporânea. Novos paradigmas. Lei em declínio?: 3.1. A descodificação e o “*big bang*” legislativo; 3.2. As interferências do Executivo na esfera legislativa – 4. A “era dos princípios”. Novo paradigma normativo: 4.1. O Papel do Poder Judiciário. Modelo tridimensional; 4.2. Os Princípios Jurídicos como fontes normativas; 4.3. Princípios e regras – 5. Conclusão.

1. O SURGIMENTO HISTÓRICO DA DOUTRINA DAS FONTES DO DIREITO

As fontes do Direito, segundo Reale¹, significam estruturas normativas que implicam alguém dotado do poder de decidir sobre o conteúdo de uma

1. REALE, Miguel, *Fontes e Modelo do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.

determinada norma jurídica, isto é, a opção por um valor a ser normativamente aplicado a um fato.

Nos compêndios e manuais jurídicos, é comum encontrar um esquema de fontes em que a lei ocupa um espaço de primazia como fonte primária, e as demais fontes (costume, jurisprudência, contrato) ocupam uma posição secundária, quase sempre *praeter lege*.

Na verdade, durante os últimos dois séculos nos acostumamos com um esquema normativo de fontes do Direito fundado num sistema constitucionalista de separação de poderes, de inspiração iluminista, em que cumpre ao legislador (órgão colegiado) estabelecer as normas gerais, impessoais e abstratas, que limitavam não apenas os administrados, mas também o Estado; ao Poder Judiciário foi dado o papel de decidir os conflitos a partir das leis já editadas; e aos cidadãos, o poder conferido para criar normas jurídicas particulares entre si, desde que, numa expressão tradicional, não fossem violadas a ordem pública e os bons costumes.

Esse pensamento é corolário do pensamento jusracionalista que inspirou a formação das primeiras codificações, e que, em certa medida, tem respaldo até os dias atuais. Mas, na verdade, nem sempre foi assim, e nem sempre será assim. O problema das fontes, e de sua respectiva legitimidade, não estava vinculada a uma determinada forma, nem tampouco a um critério racional de sua materialização.

Miguel Reale assinala ter havido um tempo em que o poder se vinculava intimamente à pessoa de seu detentor, sobretudo quando vigia a teoria da origem divina da autoridade, um valor transcendente cercado de mito e mistério, que representavam a fonte de sua legitimidade, como algo além do humano, numa época em que as normas de Direito ainda se confundiam com as normas morais e religiosas. Nesse momento, não se pode pensar num sistema de fontes do Direito, já que a fonte, assim como o Direito, é personalizada na figura de um editor normativo².

Ainda que, posteriormente, as normas não proviessem todas de uma mesma origem, predominava o pensamento de que o Direito tinha origem divina ou na natureza. Por outro modo de dizer, o Direito era algo dado, e não construído pela cultura humana.

Na Idade Média, por exemplo, uma característica marcante do Direito era que o mesmo não era vinculado ao conceito que hoje se denomina “Estado”, pulverizado em diversas fontes, cada qual com seu caráter natural, sagrado ou

2. Op., cit., p. 53

divino, sem uma preocupação intrínseca com uma esquematização ou estruturação hierárquica. Nas palavras de Fábio Andrade³:

Um aspecto relevante nesse período era a presença em cada país de uma multiplicidade de fontes normativas. Existiam, de um lado, os direitos locais (com seus estatutos e costumes), bem como a legislação do poder central desses países. Do outro, o ‘Corpus Juris’, que se constituía em uma fonte independente da autoridade estatal, e, sob vários aspectos, superior. Acrescente-se, por fim, o Direito Canônico, com aplicação às matérias espirituais.

Na idade Média não poderia medrar a idéia contemporânea de Reale de que cada ordenamento jurídico possui um *numerus clausus* de fontes, de tal maneira que os enunciados normativos só podem ser compreendidos como válidos se atenderem determinados pressupostos relativos à estrutura de que promanam. Sem um sistema organizado de fontes – o que só foi possível com o advento das codificações – não é possível, de antemão, catalogar e identificar as fontes normativas, muito menos diferenciá-las de normas meramente religiosas e morais. O pensamento jurídico medieval não poderia ser esquematizado de acordo com o sistema de fontes que agora conhecemos e adotamos.

Um sistema ordenado de fontes somente aparece com o pensamento científico no Direito, e com ele, a separação de poderes e o princípio da legalidade, em fins do século XVIII e início do Século XIX. Uma série de fatores, de ordem jurídica, política, sociológica poderia justificar o surgimento do paradigma de primazia do Direito escrito surgida a partir do iluminismo.

Ferraz Jr.⁴, por exemplo, destaca, do ponto de vista jurídico, o fato do direito tornar-se cada vez mais escrito – e um dos fatores decisivos para tanto foi o do Estado absolutista que concentrava em si o poder para editar normas. O acréscimo do *jus scriptum* contribuiu de forma decisiva para a segurança e precisão no conhecimento das normas jurídicas, vez que permitiu um cotejo crescente de diversos conjuntos normativos, e, diante da materialização física das fontes, tornou-se possível um pensar ordenado acerca das mesmas, na qual está a essência do surgimento da hierarquia das mesmas.

Do ponto de vista político, a burguesia, saída vitoriosa com a Revolução, constituiu-se em nova classe dirigente, elite portadora de uma escala valorativa, possuindo como substrato econômico o liberalismo, e como substrato jurídico um Direito Natural fundado nos pressupostos da razão humana.

3. ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da Codificação: crônica de um conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 51

4. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª Ed., São Paulo, Editora Atlas, 2003, p.72

Segundo Natalino Irti, a burguesia européia, no século XIX, possui, como elite, uma característica que a distingue das demais minorias hegemônicas históricas: uma fidelidade tenaz a uma filosofia geral da vida, que sustenta e justifica o exercício do poder. E o valor originário e fundamental dessa filosofia é a primazia do indivíduo, como fonte de iniciativas e de centro de responsabilidade. E o direito tem um papel a desempenhar nesse novo mundo, nas palavras de Irti⁵:

Al derecho se le piden los instrumentos, que puedan ofrecer la más rigurosa garantía de los valores dominantes, y por lo tanto, que faciliten la plena realización de las elecciones individuales.

E nesse momento histórico surgiu a necessidade de se assegurar instrumentos normativos, fornecidos pela classe dominante de então, que concedesse estabilidade e segurança para o desenvolvimento da sua ideologia.

Um sistema ordenado, hierárquico e seguro de fontes, em que os cidadãos a pudessem lançar-se ao risco do sucesso ou fracasso de suas atividades, sem que a insegurança do espectro normativo, ou que interferências indevidas do Estado interferissem na sua iniciativa privada. Assim, voltando à fórmula descrita no início deste tópico, a lei encarregada de eleger as normas gerais e abstratas, o juiz encarregado de aplicar a lei individual no caso concreto, e aos cidadãos a liberdade de contratar livremente em face da máxima da *pacta sunt servanda*. O costume, ainda que tivesse sua tentativa de redenção com o pensamento de Savigny, foi paulatinamente perdendo terreno em nome da segurança e certeza do novo império da lei.

2. O PRIMADO DA LEGALIDADE. O CONSTITUCIONALISMO ESCRITO. AS GRANDES CODIFICAÇÕES

2.1. O jusracionalismo e a primazia da lei

A burguesia, vitoriosa da Revolução, trazia consigo uma ideologia, uma filosofia de vida, de política, de Estado. Com efeito, o surgimento do Estado Liberal burguês trouxe no seu bojo a divisão de poderes de Montesquieu, o contratualismo de Locke e Rousseau.

E o Direito tinha um papel nesse contexto. Reinava uma convicção de que a razão humana, inspiradora das leis escritas, conduziria o homem a um mundo melhor, um mundo em que a certeza e a segurança das expectativas, cristalizadas

5. IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Trad. para espanhol de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, José Maria Bosch Editor S.A., 1992, p.18

num documento escrito, permitiria a cada cidadão escolher os próprios caminhos de sua felicidade, sem que o Estado impedisse a escolha de tais fins.

A Revolução burguesa significava, na visão dos vencedores, o triunfo do Direito natural “racional”, e só através do Direito escrito, calcado no princípio da legalidade, seria possível realizá-lo. Segundo Machado Neto⁶, a burguesia, enquanto lutava ainda para conquistar o poder, foi partidária do Direito Natural; mas, ao chegar ao poder, legislando, adotou como Direito Positivo justamente o Direito Natural que ela lutara para fazer positivar. Sanchis⁷, no mesmo sentido, diz que o triunfo do legalismo quis representar uma espécie de translação à ordem positiva dos esquemas próprios de do Direito Natural racionalista.

A partir desse momento histórico, apresenta-se o primado da legalidade e a famosa expressão “Estado de Direito”. A lei passou a ocupar um lugar de excelência, inicialmente tão radical a ponto de partidários da Escola de Exegese recusarem qualquer espécie de interpretação.

O precursor filosófico do pensamento penal moderno, Beccaria, com inspiração nitidamente em Rousseau, diz justamente que as leis são o resultado de um contrato social, cabendo apenas a elas definir crimes e cominar penas, sendo abominável ao juiz qualquer interpretação legal, sendo abominável qualquer consulta a um chamado “espírito da lei”, que poderia ser reduzida num silogismo perfeito⁸. Segundo Immanuel Kant, no Capítulo III de sua *Crítica da Razão Prática*, a lei seria tão sagrada, tão inviolável que seria crime o fato de colocá-la em discussão

A Lei passou a ocupar lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos, mais pela necessidade de segurança e certeza do que propriamente pela fixação de seu conteúdo, pois, até então, o teor do direito escrito visava tão-somente positivar as normas que interessavam às classes mais fortes, e definir as regras do jogo político.

Salienta Sanchis⁹ que a reivindicação da lei como forma exclusiva de regulação representava, por um lado, o fim do Estado absoluto e o monopólio de poder conferido ao monarca, e, por outro, o anúncio de um Estado liberal empenhado

6. MACHADO NETO, A. L. *O problema do Método na Ciência do Direito*, Salvador: Livraria Progresso, 1958 p. 36.
7. SANCHIS, Luis Prieto, *Ley, Principios, Derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p.08
8. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, *Dos Delitos e das penas*, Trad. J. Cretella jr. E Agnes Cretella. 2ª Ed. –São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.32-33
9. Op. Cit., p. 8

na garantia de um âmbito seguro de imunidade em favor de sujeitos privados e juridicamente iguais.

A legalidade, cujo monumento inicial por excelência é o Código, cria e delimita as regras do jogo político e jurídico, e pela primeira vez surge a idéia de que as leis escritas servem não só como fundamento de obediência dos cidadãos, mas também como limitadores do poder estatal. As leis precisam ser obedecidas por governantes e governados. Luciano Gruppi¹⁰ sintetiza o primado da legalidade segundo a concepção do Estado liberal, como o fato de que a soberania do povo deve ser sobreposta e delimitada pelas leis, que estão acima dela e são invioláveis, indiscutíveis. Assim, a Lei é reflexo da soberania do povo e não se discute mais sua legitimidade, já que formulada por intermédio de todos, devidamente representados no regime democrático representativo.

Afirma José Eduardo Faria¹¹ que a legalidade significa um conjunto escalonado de leis, fundada na codificação, estruturada em função de um conceito pre-existente de poder público, que delimita as áreas de atuação dos setores público e privado.

Cria-se um novo período: o mundo da segurança, porque a burguesia procura consolidar, através do Direito, sua escala de valores, para que toda a sociedade reconheça nessa escala positivada um fundamento da obrigatoriedade jurídico-política. Quanto mais rígidas e estáveis as regras do jogo (impostas pelos vencedores da Revolução), quanto mais previsíveis as expectativas sobre o limite de atuação no âmbito público e privado, mais necessário se torna a existência de um Direito codificado. No aspecto, pondera Larenz¹²:

Uma época que identifica o Direito com a lei e esta com a vontade do legislador, assim como uma concepção instrumental do Direito ou uma concepção para a qual valem mais a segurança jurídica e a calculabilidade das resoluções do que a justiça, propende a reduzir a faculdade do juiz em relação à interpretação das leis e a negar o desenvolvimento aberto do Direito.

Diante da necessidade de um modelo seguro de esquema normativo, não houve recorrência apenas à lei, mas também à codificação. O Código Civil de 1804 na França pode ser considerado o paradigma-mor do modelo de codificação, uma vez que se trata de decorrência direta dos postulados ideológicos da Revolução,

10. GRUPPI, Luciano, *Tudo começou com Maquiavel*, Porto Alegre: LPM, 1996, p. 17.

11. FARIA, José Eduardo. Globalização e Justiça, in PEREIRA; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 78.

12. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego, 3. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.521

os quais influíram diretamente na legislação civil e criminal de todo mundo, pois, como salienta Fábio Andrade¹³, o processo de codificação francesa não se limitou ao Código Civil de 1804, tratando-se de um movimento global de codificação que culminou na elaboração de vários códigos, dentre os quais a Codificação Criminal de 1810. E as conquistas de Napoleão fazem com que o influxo das codificações francesas se alastrasse pela Europa, e servissem de modelo para as demais disciplinas jurídicas, inclusive o Direito Penal.

Salienta Wieacker¹⁴ que os códigos jusnaturalistas foram atos de transformação revolucionária. Nas palavras do Autor:

Apesar do carácter muito facetado das circunstâncias do seu aparecimento, estes códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. Distinguem-se de todas as anteriores redações de direito desde logo pelo facto de que eles não fixam, ordenam ou melhoram ('reformam') direito já existente, nem pretendem completá-lo (como, por exemplo, as 'Ordonnances' francesas e as Reformationen alemãs do século XVI); eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica.

José Eduardo Faria muito bem destaca esse novo modelo legislativo¹⁵:

A funcionalidade da dogmática jurídica sempre esteve diretamente associada à tripla capacidade do legislador de (a) organizar coerentemente a legislação, dando-lhe unidade e sistematicidade, (b) de individualizar os conflitos, procurando atomizá-los para melhor dispersá-los e (c) de se expressar por meio de uma linguagem objetiva, clara e homogênea, uma vez que um dos pressupostos do sistema normativo é a sua validade erga omnes: ninguém pode eximir-se das obrigações legais alegando seu desconhecimento. Sem coerência sistemática e linguagem específica, propiciando normas genéricas e impessoais hierarquicamente dispostas, e abstrações como a igualdade perante a lei ou a autonomia da vontade, as instituições de direito dificilmente teriam condições operacionais de desempenhar suas funções básicas no âmbito do Estado capitalista e da ordem burguesa – as de garantir a segurança das expectativas, o cálculo econômico e o equilíbrio entre os poderes. No limite, portanto, toda experiência jurídica é reduzida à dimensão estrita do dogma normativo e à pretensa racionalidade formal de um legislador presumivelmente tão coerente quanto onisciente.

Natalino Irti¹⁶ enxerga justamente neste momento o ambiente propício para o encontro da idéia de sistema e os modernos Códigos Civis. Com efeito, o sistema

13. ANDRADE, Fábio Siebeneichler, op. cit., p. 71.

14. WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, Trad. António Manoel Botelho Hespanha, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p.366-7

15. FARIA, José Eduard, *A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*, in FARIA, José Eduard [org], *A crise do Direito numa sociedade em mudança*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1988, p.14

16. IRTI, Natalino, op. cit, p. 129.

prima pela unidade e pela ordenação, e os códigos privados parecem oferecer justamente, por intermédio de sua estrutura fechada, a unidade lógica, “quase física” do Direito, em especial do Direito privado¹⁷. O Código é a materialização física de um sistema, podemos dizer até que o Código, no século XIX, é o sistema.

Os códigos são leis que contêm, numa ordem sistemática, as normas que se referem a alguma matéria jurídica. Mesmo que haja uma significativa quantidade de leis fora do código, que tenham relação, quanto à matéria, com o conteúdo do Direito codificado, ainda assim o sistema está no código, pois ali que se encontram os princípios com os quais se interpretam as disposições da legislação extravagante.

Os códigos do século XIX, portanto, personificam o sistema; os axiomas do sistema são as regras gerais de aplicação ali previstas. Surge um novo período histórico, em que as consolidações são substituídas pelos códigos, cuja natureza e estrutura, em muito diferem dos modelos anteriores. A distinção não se encontra no seu conteúdo, mas na sua extensão, importância e organicidade. Podemos destacar, como características básicas de um código¹⁸:

- a) **Organização sistemática**, partindo do pressuposto de organização estruturada e interrelacionada entre suas normas, num esquema em que visam evitar antinomias e incertezas valorativas.
- b) **Caráter axiomático-dedutivo**, ou seja, prima por estabelecer normas regras, impessoais, axiomáticas, a partir da qual será possível conhecer (deduzir-se) toda aquela área do Direito abrangida pela codificação.
- c) **Homogeneidade valorativa**. Um Direito codificado atende a determinados pressupostos ideológicos que vão inspirar o Direito positivo. Partindo da idéia de sistema, constata-se que os valores ali consignados são harmônicos. Evidentemente, se o Código vai, por um lado, representar um sistema axiomático, e, de outro, parte de uma ideologia burguesia dominante que

17. Isto porque, como afirma Jürgens Habermas (*Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2, cap. 9), a premissa ideológica da separação do Estado da sociedade, prosseguiu com a idéia de que “o Direito privado, ao organizar e despolitizar a sociedade econômica impediu a intrusão do Estado, garantiu a liberdade **negativa** dos sujeitos jurídicos e assim o princípio da liberdade jurídica. O Direito público, ao contrário, foi alocado por uma divisão de trabalho à esfera do Estado autoritário no sentido de se manter um freio sobre a Administração que operava sob checagens interventivas (Eingriffsvorbehalt). Ao mesmo tempo, ao Direito público cabia também garantir pela via da proteção jurídica ao indivíduo o status, a condição, jurídico-**positiva** do cidadão”.

18. Cf. MELLO, Sebastian, *Direito Penal: Códigos, Sistemas e Microsistemas*, Curitiba: Juruá, 2004.

tem bem definidos seus valores e expectativas, não poderia haver um código que não fosse axiologicamente uniforme.

- d) **Extensa abrangência**, ambicionando esgotar o ramo do Direito por ele regulado. Embora a escolha do que vai ser Direito codificado seja uma verdadeira eleição da matéria que vai estar ali contida, esta escolha busca ser o mais abrangente possível, para que o código chegue a ser exaustivo.
- e) **Aspiração de longa vigência**. Se não chegam a ter a pretensão de eternidade, como os códigos das civilizações primitivas, a estrutura dos modernos códigos visa criar um Direito estável, seguro, que vise a diminuir o grau de incerteza das relações.
- f) **Influxo jusnaturalista**. Não foi por acaso que a escola de exegese surgiu na França, no início do século XIX. O Código de Napoleão representava a união entre Direito natural e Direito positivo, com a ascensão dos valores presentes na ideologia do Direito natural “racional”, que passavam a estar presentes no Direito positivo.

2.2. O constitucionalismo escrito

O primado da Lei escrita começa com a própria Constituição. René David¹⁹, após destacar o primado da lei como fonte do direito na família Romano-Germânica, destaca que, no vértice da hierarquia das disposições de direito escrito encontram-se as leis constitucionais. Como sustenta Canotilho²⁰, o racionalismo iluminista alavancou uma ordem política abstratamente arquitetável e realizável, alicerçando, no plano da Teoria do Estado, a idéia de uma lei criadora e ordenadora de uma comunidade política.

Canotilho ainda, relacionando constitucionalismo e liberalismo, menciona que a sociedade burguesa fornecia o substrato ideológico ao Estado constitucional, que, por sua vez, criava condições políticas favoráveis ao desenvolvimento do liberalismo econômico, apontando quatro razões para isso²¹.

- a) A economia capitalista necessita de segurança jurídica, que não existia no Estado Absoluto, em que o monarca poderia discricionariamente interferir na esfera jurídico-patrimonial dos súditos. A construção constitucional

19. DAVID, René, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho, 4 Ed. São Paulo: Martins Fontes, p.120.

20. CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p.259

21. Op.Cit., p.261-2.

liberal tem em vista a certeza do direito, protegendo o sistema codificado de liberdade do Direito privado burguês.

- b) O estado constitucional permitiria a ascensão política da burguesia através da influência parlamentar, cujas funções permitiriam calcular os riscos e o desenvolvimento econômico sob a perspectiva jurídica.
- c) Ainda que as constituições liberais não tivessem um código das liberdades econômicas, era clara a opção pelo princípio da mínima restrição aos direitos fundamentais economicamente relevantes.
- d) A regra censitária de acesso às funções públicas fazia com que o constitucionalismo ratificasse juridicamente um *status* econômico.

No mesmo sentido, Jorge Miranda²² identifica no Estado constitucional liberal um novo paradigma, em que é substituída a tradição pelo contrato social; a soberania do príncipe, pela soberania da lei como expressão da vontade geral, a razão do Estado pelo Estado executor de normas jurídicas. E os instrumentos técnicos-jurídicos principais tornam-se, doravante, a Constituição, o princípio da legalidade e a separação de poderes.

Neste contexto, a Constituição passa a ser a fonte das fontes, e seu caráter de fundamentalidade e fonte primordial do direito se revela no próprio conceito, fornecido pela doutrina. Kelsen, coerente com sua teoria pura, conceitua como constituição em sentido material, como o escalão mais elevado do direito positivo, como norma positiva através das quais é regulada a produção de normas jurídicas gerais.

Embora saliente que esta constituição pode ser produzida por via consuetudinária ou por um ato legislativo, Kelsen dá destaque ao que chama de Constituição Formal, isto é um documento²³.

E, como sustenta Edivaldo Brito²⁴, a norma constitucional é lei, e tem forma de norma jurídica, como verdadeiramente o é, pois, sob o ponto de vista analítico, não existe diferença entre a norma constitucional e as demais normas jurídicas. A distinção surge quando da análise sob o prisma da pragmática da comunicação humana.

22. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora Ltda., t.1: Preliminares- o Estado e os sistemas constitucionais, 1990, p.83.

23. KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.257.

24. BRITTO, Edivaldo, *Limites da Revisão Constitucional*, Brito, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992, p.43

A doutrina costuma conceituar Constituição como lei, ainda que sendo uma lei fundamental, mas sempre tratando a norma constitucional como norma legal, que, desta maneira, tem preferência no esquema de fontes. Neste sentido, Ferraz Jr.²⁵ (p.232):

Nos regimes constitucionais, com base na constituição, são elaboradas leis, que, no quadro geral da legislação como fonte, são de especial importância. As próprias constituições costumam garantir-lhes uma proeminência na forma de um princípio: ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

No mesmo sentido, Reale²⁶, ao afirmar:

O modelo legal ocupa, na escala dos modelos, um lugar proeminente, prevalecendo sobre os demais modelos jurídicos, desde que, ao tratar, por exemplo do modelo negocial, não o faça com infração do ordenamento constitucional, o qual, no seu todo, forma o horizonte paradigmático de validade de toda e qualquer forma de modelagem jurídica, da experiência. Desde que conforme, em suma, com a Lei Magna, o Modelo legal disciplina a vigência ou a eficácia dos modelos jurisdicional, consuetudinário e negocial, suspendendo a eficácia daqueles que não se achem em sintonia com as normas constitucionais e as normas ordinárias que as complementam. Só neste sentido, preservado o valor patrimonial da Constituição, é que se pode falar em primado hierárquico do modelo legal, por sinal que de um ponto de vista lógico e não axiológico,

E a constituição, neste sentido, é lei, e o modelo legal tem prevalência porque o modelo constitucional é um modelo legal.

2.3. A legitimidade da lei

O jusracionalismo legalista fazia uma associação imediata entre legalidade e legitimidade. O conhecido brocardo “*dura lex sede lex*” adquiria um primado jamais visto anteriormente. Substituía-se a vontade do príncipe pela vontade da lei. Surgia o novo soberano, o “legislador”, como um ente despersonalizado, mas que personificava o poder político plural, formado a partir do consenso de diversos segmentos e fatores reais de poder.

Mas, pergunta-se, este novo sistema de fontes e modelos era legítimo? Ou, utilizando a expressão de Ferraz Jr.²⁷, num contexto pragmático, há uma justificação do modo em que o sistema normativo calibra e estabelece sua imperatividade?

25. Op. Cit., p.232

26. Op.Cit., p.67

27. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Teoria da Norma Jurídica*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.162

Esta pergunta surge porque os mesmos fatores que proporcionaram à lei condição de excelência no direito europeu continental, tornaram praticamente impossível participação popular maciça na formulação dos documentos escritos que faziam o direito na época. A lei era formulada por órgãos especializados, escolhidos por um sistema eleitoral censitário, oportunidade em que a parcela livre da população tem a oportunidade de escolher seus representantes, vinculados a partidos políticos.

Como ressalta Nelson Saldanha²⁸, se o Estado de direito significa legalidade, significa também o ideal de fundar o poder sobre o consentimento e identificar em termos éticos o governar e ser governado. Na democracia moderna o povo exerce o poder indiretamente, através do chamado regime constitucional pluralista, pelo qual a Constituição estrutura o poder como decorrência de uma competição entre partidos políticos, que representam os distintos setores de interesse dentro de uma nação (ou seria melhor dizer que congregam os diversos fatores reais de poder?), que estabelecem regras que vão subordinar a todos.

Assim, a nova concepção de democracia representativa, em vez de participativa, conduz a um novo conceito de legitimidade, baseada no consenso entre os diversos segmentos sociais. Com efeito, não são poucos os exemplos de Constituições firmadas com espedeque num verdadeiro pacto entre interesses distintos e até antagônicos, com o objetivo de permitir a unidade e a segurança jurídica do Estado.

A legitimidade, e a justificação do discurso era a própria lei, que, por sua vez, arrimavam-se nos ideais do liberalismo que ensejaram o triunfo da revolução burguesa. E os referidos ideais faziam com que a legitimidade de uma Constituição ou de uma Lei repousasse no próprio fato de terem elas sido resultado de um procedimento formal ordenado (já que os métodos em tese, permitiam o acesso de todos aos poder, mas modelos de calibração permitiam a manutenção da elite econômica no controle das decisões jurídico-políticas). E a Constituição, construída através de um procedimento em que tem chance de participar todo o povo (em tese), representa a própria soberania popular personificada.

Mas pergunta-se: mas se a legitimidade é formada pela idéia de consenso numa sociedade heterogênea, é evidente que as normas escritas nem sempre vão corresponder aos valores de todos os cidadãos. Como se justificar a eficácia e a legitimidade da lei nestes casos? Através do Estado mínimo, do liberalismo. Ora,

28. Saldanha, Nelson, *Estado de Direito, Liberdades e Garantias (estudos de direito público e teoria política)*, 1ª Ed., São Paulo, Sugestões Literárias S.A., 1980 pág. 19

se os grupos cada vez mais são heterogêneos, o poder, para legitimar-se, recorre justamente à legitimidade pelo procedimento e pelo direito escrito.

A legalidade preserva o fundamento da obrigação jurídico-política, através da preservação dos direitos políticos e do princípio da igualdade perante a lei, que subordina a todos – quem manda e quem obedece. Assim, acabando com a noção de que determinada pessoa possa estar acima do poder e confundir-se com ele, a lei, impessoal, geral, formada por intermédio de um sistema representativo onde as minorias participam. Vale repetir as normas do Estado liberal são de natureza política. Asseguram-se os direitos de liberdade e igualdade formal, estabelecem-se as regras do jogo, e aí está o poder legítimo, em que as minorias alimentam a ilusão de se tornarem maioria, um dia, pois, em tese, as regras do Estado liberal democrático permitem que minorias possam chegar ao poder de forma pacífica, sem que ecloda uma revolução.

Para José Eduardo Faria²⁹, é de se admitir que a legitimidade procedimental crie um paradoxo: o poder legítimo, com autoridade, está baseado no direito positivo, quando é justamente o direito positivo que deveria basear-se na legitimidade para subsistir.

3. CRISE NORMATIVA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA. NOVOS PARADIGMAS. LEI EM DECLÍNIO?

A ilusão do liberalismo não durou mais que um século e meio. As regras do *laissez-faire* conduziram ao ambiente muito bem representado pela metafórica imagem de raposas e ovelhas juntas em um mesmo cercado. Os privilégios do dinheiro e da propriedade, assegurados pela revolução burguesa, conduziu a tamanhas desigualdades sociais que esmagava por completo a participação dos descontentes. O século XIX, em sua segunda metade, foi repleto de manifestações em busca da verdadeira legitimidade do exercício do poder, baseada muito mais nos valores que nos procedimentos.

E não se confunda que a busca da legitimidade material deseja, na verdade, uma busca quase utópica pela Justiça. Recorrendo novamente a José Eduardo Faria³⁰, o importante não é saber se os critérios pelos quais se justifica o exercício do Poder são justos ou injustos, verdadeiros ou falsos. O que realmente interessa é examinar se ditos critérios efetivamente oferecem razões que justifiquem, de

29. FARIA, José Eduardo, Globalização e Justiça, in: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 81

30. Op. Cit. p. 83.

forma convincente, a natureza da obrigação política que estabelecem. Em outras palavras, se os valores que emanam do grupo que exerce o poder, e das normas positivadas encontram um respaldo de obediência voluntária da população, é de se reconhecer um governo legítimo, embora nem sempre seja justo.

Lassale³¹ já advertia, há mais de século e meio, pelo fato de que, se uma Constituição escrita não corresponder à Constituição real, ela fatalmente sucumbirá, tornando-se nada mais do que uma folha de papel. Analisando sob o prisma da legitimidade da lei, é de se dizer que se a norma escrita não externar os valores que brotam no seio da comunidade e fundamentam a obediência jurídico-política, ou esta norma não terá nenhuma eficácia social, ou se a eficácia tiver de ser imposta única e exclusivamente pela força, advirá, certamente, descontentamentos capazes de conduzir ao arbítrio puro e simples, à guerra civil ou à revolução.

E novamente surge o problema do crédito que se dá ao sistema de fontes normativas. A paixão irrestrita pela fonte legal, como se o legislador jamais pudesse errar no conteúdo, e certos dispositivos seriam válidos e legítimos apenas porque se originaram de um ato formalmente designado como “Lei”. Esse modelo conduz a um neopositivismo jurídico, fazendo com que, na crítica de Edivaldo Brito³², para quem a forma indireta de legitimação do poder faz com que amiúde as decisões legais - legítimas, portanto, apenas na forma – afastem-se da legitimidade material, quer dizer, a lei afasta-se dos fatores reais de poder – verdadeiros fins a que se presta o procedimento formal. Quando o conteúdo da lei não encontra correspondência nos valores presentes no seio da comunidade, corrompe-se o próprio Estado de Direito. Jogam-se fora as funções e valores do Estado, elevando à categoria de fim o que era apenas meio – a norma escrita.

Há um paulatino descrédito da lei como instrumento destinado à razão, para entender a lei e um direito como um fenômeno histórico, social e cambiante, e, sobretudo, representa um ato de vontade. Até mesmo Kelsen, paradigma de um direito axiologicamente neutro, se manifesta, como vimos acima, a conceituar a norma jurídica como sendo um ato de vontade, e não uma cristalização de uma razão abstrata e atemporal³³.

31. LASSALE, Ferdinand, *A essência da Constituição*, 2. ed., Trad. Walter Stonner, Rio de Janeiro: Liberjuris, 1988, p.42.

32. *Limites à Revisão constitucional*, Fabris, Porto Alegre, 1993, pág. 50.

33. KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas*, Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris, 1998, p.02.

E a lei paulatinamente veio sofrendo um processo de descrédito. Sanchis³⁴ aponta cinco razões para o descrédito legislativo. Primeiro, a lei envelhece e não consegue e é incapaz de oferecer respostas aos novos conflitos, o que acarreta lacunas, bem como soluções obsoletas e insatisfatórias. Em segundo lugar, o Direito não tem um caráter sistemático ou coerente, deixando nas mãos do juiz a resposta para o caso concreto. Também menciona a existência de outras fontes sociais que competem com a lei e que devem ser ponderadas pelo intérprete. O quarto ponto é que a letra da lei se revela insuficiente no sentido em que traz por trás de si uma constelação de valores que devem ser considerados pelo juiz no caso concreto. E por último, a compreensão dos enunciados jurídicos não se trata apenas de uma tarefa meramente reflexiva.

Além das razões mencionadas por Sanchis, algumas outras considerações merecem ser feitas. A estrutura normativa fundada numa Constituição como lei fundamental de uma ordem jurídica, e os Códigos como instrumentos legislativos extensos, lógicos, sistemáticos e totalizantes, pode se justificar num conceito de validade Kelseniana, de acordo com um processo dinâmico de validade, mas não sustenta sua efetividade numa sociedade cada vez mais plural, dividida e multifacetada em verdadeiros “guetos” sociais, políticos e jurídicos.

A Lei, geral e abstrata, celebra uma igualdade, enquanto a pós-modernidade é uma celebração da diferença, ainda que todas elas sob o mesmo manto de uma ordem jurídica constitucional. Como afirma Habermas³⁵, “*enquanto o paradigma do bem-estar social faz concessões para as diferenças e as congela enquanto tais mediante regulações especiais, no modelo do mercado liberal as desigualdades efetivas são rapidamente ignoradas e trivializadas*”.

Há diversas microculturas que convivem num universo único normativo, submetidos todos à mesma constituição, e à mesma lei, embora vivam realidades e universos fático-sociais absolutamente distintos. A abstração de um sistema de fontes baseados no império da lei não consegue concretizar interesses múltiplos de uma adolescente de 16 anos, da cultura dos *shopping centers*, que estuda num colégio particular da cidade de São Paulo e uma trabalhadora rural da mesma idade, órfã, que vive no interior do Tocantins, semi-analfabeta. O critério de fraude sexual, definida no art. 215 do Código Penal deve ser idêntico para ambas? Certamente que não.

A celebração das particularidades demonstra o verdadeiro fracasso prático de um sistema tradicional de fontes, através do qual a lei vem paulatinamente sofren-

34. Op.Cit., p.20.

35. HABERMAS, Jürgens, op. cit., v.2, cap. IX.

do. A certeza e a segurança almejada pelo racionalismo jusracionalista se vêem derrotadas pela constante modificação legislativa e a multiplicação de normas, bem como a utilização de termos vagos e incertos que terminam por deixar o conteúdo normativo a critério do juiz, bem como o Executivo que interfere cada vez mais em atos de natureza legislativa. A celebração da igualdade formal soçobra diante das inúmeras regulações de situações específicas nem sempre justificadas.

Todos estes fatores demonstram um descrédito no sistema tradicional de fontes, pois a lei se vê ameaçada por atos do Poder Executivo, por atos do Poder Judiciário e até por atos do Poder Legislativo, como se verá.

3.1. A descodificação e o “big bang” legislativo

O declínio do sistema de fontes baseado no Direito codificado tem início com o aparecimento dos primeiros microssistemas jurídicos, no século XIX, notadamente o Direito do Trabalho e o Direito Comercial, em que os princípios jurídicos a serem aplicados a estes setores da realidade social não eram mais compatíveis com um sistema legislativo fundado na igualdade formal racionalista, e certos institutos eram peculiares dessa nova realidade social que surgia.

Mais adiante, as novas necessidades oriundas do Estado Social fizeram surgir uma demanda enorme de legislação de conteúdo social, que possibilitasse um mínimo de reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação. Nisso, surge a intervenção do Estado no domínio econômico, com a adoção de uma filosofia regulamentista e prolixa, repleta de particularidades e exceções³⁶.

Irti³⁷ define esta nova posição normativa com a ascensão do Direito Constitucional com a metáfora de que o Código Civil não é mais o centro do “universo jurídico” a partir do qual gravitam as leis especiais, vinculadas a seus princípios. Outros núcleos de normas constituem-se em sistemas próprios unificados pelo grande conjunto de regras e princípios que é a Constituição.

Tivemos oportunidade de destacar, na obra *Direito Penal: Códigos, sistemas e microssistemas*, que o surgimento acelerado de novos interesses e conflitos de interesses, relações, necessidades, camadas de estratificação, terminou por fazer surgir uma quantidade enorme de leis, que explodem num verdadeiro “big bang”

36. Sanchis, Luis Prieto, op.cit., p.27.

37. Op.Cit., p. 63.

legislativo³⁸, dada a força com que desconstruíram as codificações surgidas nos séculos XIX e XX. São as tão faladas leis especiais, situadas topograficamente fora dos códigos, que vão regular uma restrita, às vezes pontual, faixa da realidade social. Fábio Andrade³⁹ destaca o aspecto nitidamente particularista destas leis especiais, que surgem em contraposição à lei geral e abstrata, segundo a concepção clássica de Rousseau.

A sociedade de nosso tempo, conflitiva, dispersa e fragmentária, não mais pode ser atendida por um modelo codificado, mas sim por diversas leis especiais, assim chamadas porque nascem de interesses alheios aos interesses generalizantes próprios de um código, mas porque nascem como estatuto de grupos. Pondera Natalino Irti⁴⁰: “*El grupo se reconoce en la ley especial, allí vislumbra su propia carta constitucional, la negocia, construye, defiende en la confrontación con el Estado y con otros grupos*”.

Nessa medida, o Código paulatinamente vai perdendo sua auto-suficiência, passando a necessitar de outros textos para superar e solucionar os conflitos, cada vez mais vinculados à Constituição. Diante da particularização da lei, cada corporação, classe, categoria ou segmento de estratificação social tem sua própria regulação, há uma tendência de que as leis vão adquirindo vida própria e autonomia em relação ao código, de tal forma que elas deixam de ser especiais para se tornar excepcionais, o que vai permitir a formação dos microssistemas jurídicos. Orlando Gomes⁴¹, o primeiro a tratar dos microssistemas em nossa legislação pátria, afirma:

O Código Civil foi o estatuto orgânico da vida privada, elaborado para dar solução a todos problemas da vida de relação dos particulares. Não é mais, a olhos vistos. Perdeu, com efeito, a generalidade e a completude. Suponho que jamais conseguirá recuperá-las. O cidadão indiferenciado, que o código tomava por modelo, é hoje o indivíduo qualificado e concreto que a si mesmo procura proteger-se pela inserção em categorias ou grupos, com estatuto próprio.

No sentido de Silva Sanchez⁴², a partir de um determinado momento se percebe que certos setores, até então marginalizados da sociedade, são, acima

38. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 44.

39. ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da Codificação – Crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 131.

40. Op.cit., p.133.

41. GOMES, Orlando, A caminho dos micro-sistemas. In: *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

42. SANCHEZ, Jesús-María Silva, *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.63.

de outras considerações, titulares de bens jurídicos individuais ou difusos, que adquirem a condição de *atypische Moralunternehmer*, ou atípicos gestores da moral, coletiva, antes fundada nas mãos dos estamentos burgueses-conservadores, passam a ser divididos entre associações ecologistas, feministas, ONG'S, de defesa dos interesses dos homossexuais, de consumidores, vizinhos pacifistas, grupos religiosos, dentre outros, cada um deles reclamando soluções próprias a seus respectivos interesses.

Como cada vez mais o Estado possui uma interferência direta ou indireta na vida das pessoas, o conceito de liberdade se modifica, de modo que há uma verdadeira inversão do princípio de que “*o contrato tem força de lei entre as partes*”, que é substituído pelo “*a lei tem força de contrato entre as partes*”.

O Direito legislado passa a ter um caráter contratual justamente porque suas características vão se aproximando do negócio privado: a celebração da diferença faz com que cada vez os indivíduos tenham expectativas específicas junto ao Estado, e cada grupo de pressão atua junto ao legislativo que passa a atuar no interesse de certas categorias. É possível sustentar, com base em Lorenzetti⁴³, que a criação legislativa não é mais um ato de soberania estatal, mas o acordo prévio de grupos de interesses organizados.

Percebe-se, portanto, o declínio da lei como fonte do direito pelo desprestígio dado à mesma pelo próprio Poder legislativo, que a transforma num instrumento cada vez mais contratual, celebrada “ao gosto do freguês”, isto é, de acordo com os interesses do grupo de pressão de ocasião. Seu caráter de fonte primária vai depender de uma conjugação (não mais hierárquica, como antes), de uma série de outras fontes, pois o costume pode retirar-lhes a eficácia social, a decisão poder retirar-lhe a vigência no caso, e o negócio jurídico pode substituir-lhes a vontade.

3.2. As interferências do Executivo na esfera legislativa

Desprestigiada se vê também a Lei pelo excesso no exercício do Poder Regulamentar pelo Executivo. Para Sanchis⁴⁴, isto se revela também como um fenômeno do Estado Social, em que o estado chama a si o poder normativo. A decadência do Direito, que é principalmente decadência da lei, deriva, além do incremento e da multiplicação das normas, do fato do Executivo assumir, no lugar do Legislativo, a função de criar normas, de modo que os tecnocratas substituem a vontade geral.

43. Op. Cit., p.58.

44. Op.Cit., p.22.

Ferraz Jr.⁴⁵ menciona, sobre a questão das fontes, que são conhecidos certos atos de legislação que cabem ao Poder Executivo e que gozam de “força de lei”, como fórmula típica do Estado gestor contemporâneo, visando atender aos problemas gerados pela celeridade de mudanças sociais. Desta forma, adota um conceito amplo de legislação que engloba, além das leis promulgadas pelo Poder Legislativo, as medidas provisórias, os decretos, os regulamentos, resoluções, regimentos, instruções normativas, portarias.

Neste contexto, quando o poder de decidir sobre normas gerais é, paulatinamente, transferido do Legislativo para o Executivo, não há dúvida: cria-se um *déficit* de legitimidade em tal modelo.

Esse declínio do modelo legal pela intromissão do Executivo em atos legislativos podem ser exemplificados com duas situações, alvos de críticas não apenas da doutrina, mas também da própria sociedade civil: as medidas provisórias e as leis penais em branco heterogêneas.

No que se refere à medida provisória, não se nega que o atual modelo pós moderno faz com que, em situações extremadas e de urgência, o Poder Executivo seja obrigado a tomar medidas normativas sobre matéria que não pode aguardar a manifestação do legislador, pelas vias ordinárias. É uma ponderável razão para outorgar ao chefe do Executivo a competência e a prerrogativa para legislar, substituindo-se precária e provisoriamente ao legislador.

Ocorre que há notórios abusos no exercício do Executivo em legislar, o que fortalece, novamente, o declínio da lei como fonte principal do direito. No caso brasileiro, são conhecidos os exemplos de ingerência do Executivo na esfera de normação, seja através da figura do decreto-lei, seja da medida provisória, cujo abuso faz com que referidos instrumentos deixem de ser fonte normativa excepcional para tornar-se fonte principal de normação, que relega ao Poder Legislativo a tutela de questões de menos urgência.

E esta invasão cada vez mais interfere no espaço reservado à autonomia das partes na esfera privada, e chega até às raias do Direito Penal. Com efeito, no Direito Penal, mais do que em qualquer ramo do direito, a legalidade tem um papel de proeminência, cristalizada em diversos dispositivos da Constituição Federal, assegurando princípios como da anterioridade da lei, da inexistência de tribunais de exceção, da observância do devido processo legal, da proibição de medidas provisórias em matéria penal, da cominação legal dos crimes e penas.

45. FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª Ed., São Paulo, Editora Atlas, 2003, p.234.

E não é só. Defende-se, na esfera penal, sob o influxo de Ferrajoli⁴⁶, algo além do que uma mera legalidade, mas uma estrita legalidade, “*no sentido de que se tem sido associado até o momento de metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica e de suas aplicações, é uma garantia que se refere só ao direito penal*”.

Malgrado o esforço da doutrina em preservar a legalidade penal como uma vestal intacta aos influxos dessa hipertrofia legislativa e assegurar a higidez da norma penal, evitando seu declínio, o certo é que ainda assim a lei entra em declínio, na esfera penal, sob o influxo do Poder Executivo, especialmente na chamada norma penal em branco heterogênea.

A lei penal em branco é conhecida como aquela que tem a sanção determinada e o preceito incompleto, vazio de parte do seu conteúdo, que será preenchido por outra fonte normativa. Quando se trata de norma penal em branco heterogênea, esse complemento ao preceito incriminador será fornecido por uma fonte proveniente de outro órgão distinto daquele de onde se originou a norma penal originária. Em outras palavras, a norma penal em branco heterogênea é aquela em que parte do conteúdo incriminador estará contido em um decreto, regulamento, portaria, jamais em lei em sentido estrito.

Questiona-se se a possibilidade de delegar ao Executivo a complementação do conteúdo de normas incriminadoras violaria o princípio da reserva legal em matéria criminal. Na doutrina Penal tradicional, forjada em época em que não havia tanta contaminação de influxos extralegais nos preceitos incriminadores, o entendimento é de que não se tratava de violação ao dito princípio, desde que não fosse outorgasse uma carta branca ao outro poder para que assumia funções repressivas.

Ocorre que, atualmente, a decisão sobre o que é ou não crime, a essência da conduta incriminada acaba sendo decidida pelo Executivo. Quais são, afinal, as substâncias entorpecentes de uso proibido? Quais os produtos cuja entrada ou saída é proibida no território nacional? Quais são as doenças cuja notificação é compulsória? Quais são os armamentos de uso proibido? Em todas essas situações, o poder de decidir incumbe ao Executivo, dando o legislativo apenas a forma. No entendimento de Zaffaroni, Batista, Alagia, & Slokar⁴⁷, é complicado demonstrar

46. FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal* – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.305.

47. ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito pena*. Rio de Janeiro, Revan, 2004, p.205.

que as referidas normas penais não configuram uma delegação legislativa não autorizada constitucionalmente.

A lei penal está em declínio quando é o Executivo e seus mecanismos de política criminal, mesmo que não tenham caráter legiferante nessa matéria, acaba “*administrativizando*” a norma penal, em que o legislador, e a lei, como fonte, entra mais uma vez em declínio, transferindo novamente a outro poder algo que, na sua construção constitucional, só pode ser feito através de lei.

4. A “ERA DOS PRINCÍPIOS”. NOVO PARADIGMA NORMATIVO

4.1. O Papel do Poder Judiciário. Modelo tridimensional

A ode à lei como suprema fonte normativa não é compatível com a pós-modernidade, cada vez mais voltada para um mundo fragmentado em diversas culturas, interesses, diferenças, em que os diversos quadros de estratificação social que compõem a sociedade atual não podem mais ser engessados num modelo legalista absoluto.

Não foi em vão que deixou de se mencionar um declínio da lei pelo influxo do Poder Judiciário, em que a importância da decisão e do precedente são cada vez mais decisivos, especialmente nos países de tradição romano-germânica, acostumados à prevalência de um modelo legislativo.

O modelo jusracionalista representa, máxime qualquer dúvida, um exagero normativista, que ao longo do século XX foi paulatinamente substituída por concepções doutrinárias que dão maior espaço ao aspecto valorativo da experiência jurídica. Entre nós, merece destaque a contribuição de Reale e a Teoria Tridimensional do Direito, na qual podem, dentre outras, realçar as seguintes idéias⁴⁸:

- a) A Ciência do Direito é compreensivo-normativa, mas a norma não é uma proposição lógico-ideal; é antes uma realidade cultural e não um instrumento técnico de medida no plano ético da conduta, pois nela e através dela se compõem conflitos de interesses, e se integram renovadas tensões fático-axiológicas, segundo razões de oportunidade e prudência.
- b) A elaboração de uma determinada e particular norma não é mera expressão do arbítrio do poder, muito menos a expressão de um silogismo. É antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, como experiência

48. REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1968, p.77-8.

axiológica concreta, em cujo processo se insere o poder, condicionado por um complexo de fatos e valores em função dos quais é feita a opção por uma das soluções regulativas.

- c) A experiência jurídica deve ser compreendida como um processo de objetivação e discriminação de modelos de organização de conduta, sem perda do seu sentido de unidade, que vai desde as representações jurídicas (formas elementares e espontâneas do direito) até o grau máximo de expansão e incidência normativas dadas pelo direito objetivo estatal.
- d) A norma jurídica (e todos os modelos jurídicos) não pode ser interpretada com abstração dos fatos e valores que condicionam seu advento, nem dos fatos e valores supervenientes, assim como da totalidade do ordenamento em que ela se insere.

Mas ainda assim o referido autor, na sua obra *fontes e modelos*, mantém-se fiel à soberania legal, ao conceituar os modelos jurídicos judiciais como subordinados, na medida em que consubstanciam aplicações *in concreto* dos modelos legais fixados em abstrato, conferindo-lhes autonomia apenas no caso de lacuna ou omissão da lei.

Em outro texto, mais recente, o próprio Reale destaca o papel do juiz que não pode apenas seguir um “catecismo de deveres abstratos”. Seguindo nessa linha de raciocínio, entende Reale que o papel da jurisdição se estende para além de um formalismo, posto que escapa a noção de que o juiz deve declarar o direito. Na verdade, quem declara o direito é o legislador e o jurista, enquanto o juiz declara o que é “de direito”, o que significa, uma ato existencial de participação na vida de outro ser humano⁴⁹.

Reale Jr. sustenta que o papel do juiz é de mediação que torna concretamente eficaz a obra do legislador⁵⁰. E essa mediação não se dá apenas tendo em vista o ordenamento jurídico no qual a norma objeto de interpretação está inserida, mas também nos valores vigentes no meio social.

Numa outra escala também orientada a valores, Posiciona-se Karl Larenz, que ressalta o papel do juiz no desenvolvimento do direito. Com efeito, entende que a interpretação e o desenvolvimento do Direito pelos Tribunais são distintos

49. REALE, Miguel, *A ética do Juiz na Cultura Contemporânea*, in NALINI, José Renato [coord]. *Uma nova ética para o juiz*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.

50. REALE Jr., Miguel, *razão e subjetividade no Direito Penal*, Ciências Penais, Ano 01, n.º 00, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.236.

graus de um mesmo processo de pensamento, pois a simples interpretação da lei pelo Tribunal já representa, na visão do Autor, um desenvolvimento do Direito. E assinala três sentidos interpretativos: um, em sentido estrito, limitado pelo sentido lingüístico possível; outro, relativo ao preenchimento de lacunas, dentro do quadro teleológico do plano originário da lei⁵¹. Até neste ponto há certa semelhança com o pensamento de Reale. Porém, Larenz vai além, para o desenvolvimento judicial do direito para além do sentido de meras lacunas da lei. A interpretação passa a ser feita não dentro dos limites normativos da fonte legal, mas dentro dos quadros e dos princípios diretivos de todo ordenamento jurídico. O pensamento do Autor é elucidativo⁵²:

Contudo, como em uma época mais recente os tribunais reivindicaram para si, cada vez em maior medida, a faculdade de desenvolver o Direito e, segundo o estado das coisas, tinham que reivindicá-la, isto conduziu progressivamente a uma ampliação do conceito de lacuna. Se este conceito não tem de perder deste modo todo o conteúdo enunciativo, parece-nos oportuno identificar a delimitação do desenvolvimento judicial do Direito com a integração de lacunas, como de facto sucedeu na prática dos tribunais superiores. Em tal caso, para o desenvolvimento do Direito superador da lei, que já não é só integração de lacunas, têm que valer outros critérios, os quais já não podem inferir-se só da lei, mas da ordem jurídica como um todo de sentido. Que tais critérios existem, indica-o especialmente a fórmula da Lei Fundamental (art.º 20, parágrafo 3), que diz que o poder executivo e a administração da justiça estão vinculados à <lei e ao Direito>. Nesta fórmula expressa-se que <lei> e <Direito> não são por certo coisas opostas, mas ao Direito corresponde, em comparação com a lei, um conteúdo suplementar de sentido.

Percebe-se, portanto, a decisão judicial ocupando importante papel no desenvolvimento judicial do direito, capaz de, no caso concreto, extrair decisões que sejam *extra legem*, mas *intra jus*, dentro do esquema normativo geral e dos princípios que os inspiram.

Isto significa que o juiz pode descartar completamente a lei e decidir de acordo com seu livre-arbítrio? Certamente que não. Para Larenz, o limite do desenvolvimento judicial superador da lei encontra-se justamente quando não é possível uma resposta no quadro do conjunto da ordem jurídica vigente, algo que só pode ser obtido através do legislador⁵³. Como diz o Autor, em princípio, um juiz, vinculado à lei e ao direito, como está, não tem o arbítrio de emitir uma

51. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego, 3. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.520.

52. Op.Cit., p.522.

53. Op.Cit, p.607.

resolução *contra legem*⁵⁴, só podendo fazê-lo em situações especiais, baseada no sentido todo da ordem jurídica. E qual seria o elemento que daria o sentido de todo à ordem jurídica? Não são outros senão os princípios jurídicos.

4.2. Os Princípios Jurídicos como fontes normativas

Nos manuais jurídicos, quando se trata de fontes do direito, com muita dificuldade se observa a menção aos princípios jurídicos, e quando os mesmos são mencionados, há a menção, quase residual, dos princípios gerais de direito como critério supletivo de decisão em caso de lacuna na lei.

Na verdade, embora se discuta muito a questão de que o decisionismo do caso concreto irá substituir como fonte, é possível dizer que o problema não está na importância dada à decisão, mas ao princípio. O declínio e a banalização das fontes formais de manifestação jurídica surgem da impossibilidade dos quadros restritos da lei resolverem de forma satisfatória todas as hipóteses normativas surgidas e modificadas a cada instante, de modo que os princípios adquirem função de relevo nos estudos de filosofia do Direito, da Teoria Geral do Direito, e, sobretudo, da Dogmática Jurídica.

Atualmente a compreensão normativa passa por uma análise principiológica do Direito. Segundo Prieto Sanchis⁵⁵, os princípios podem, de um lado, servir a malabarismos conceituais e propósitos ideológicos, como podem, de outro lado, funcionar como meio de atingir uma certa racionalidade argumentativa, mas como também forma de encobrir a mais disparatada operação hermenêutica. Todavia, não se pode negar que os principais campos discursivos na esfera jurídica giram em torno dos princípios. Nunca se gastou tanta tinta com o objetivo de se definir o que são os princípios, como os mesmos se distinguem das regras jurídicas, qual sua posição sistemática, de que forma se relacionam quando entram em oposição, e, sobretudo, de que forma as pautas valorativas que eles representam irão influir no conteúdo dos subprincípios e regras jurídicas contidas nos subsistemas constitucionais.

Os princípios são atualmente indispensáveis para uma compreensão normativa. Segundo lição de Canaris⁵⁶, os princípios vão conferir a unidade do sistema

54. Embora na visão de Kelsen (TPD, 296), a sentença “ilegal” seria uma “norma contrária às normas”, o que seria uma contradição *in terminis*. Pelo seu entendimento de derivação dinâmica, entende que a possibilidade da lei conseguir predeterminar o conteúdo das normas individuais é sensivelmente limitada. Assim, uma sentença ilegal seria, sim, válida se não impugnada e produzisse regularmente seus efeitos.

55. SANCHIS, Luis Prieto, *Ley, Principios, Derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998, p.47.

56. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2. ed., trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p.77.

justamente porque reconduzem a multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos. Larenz⁵⁷ conceitua os princípios como uma “*pauta diretiva de normação jurídica que, em virtude de sua própria força de convicção, podem justificar resoluções jurídicas*”.

Mas como diferenciá-los das regras jurídicas? Princípios são normas jurídicas? São fonte do Direito? A introdução desta discussão no pensamento contemporâneo deve-se a Josef Esser, na sua obra “*Grundsatz und norm*”, posteriormente acompanhado pelo pensamento de Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris. Este último, após conceituar o sistema jurídico como uma ordem teleológica de princípios gerais de Direito, faz uma clara oposição a princípios e normas jurídicas, no sentido de que a conexão aglutinadora de normas, capazes de conferir-lhes unidade, não pode ser uma norma jurídica⁵⁸. Mais adiante, com arrimo na opinião de Esser, afirma que os princípios não são normas, por serem incapazes de aplicação imediata, pois necessitam os mesmos de ser normativamente consolidados.

Criticando as idéias principiológicas de Esser, e sua teoria da transformação de princípios de política, moral ou costume em princípios jurídico, Kelsen⁵⁹, na sua obra póstuma, entende que os princípios jurídicos não podem ser confundidos com princípios de política, moral ou costume, são, na verdade, motivos do legislador, do juiz ou do órgão da administração, e como motivos, não seriam obrigatórios. E acaba por entender que a idéia de tais princípios está atrelada a uma idéia jusnaturalista.

Ocorre, porém, que a suposta incapacidade de aplicação imediata dos princípios, nem sua referência a valores descaracteriza os princípios como fonte do direito.

Genaro Carrió⁶⁰, de maneira bastante didática, explica de que maneira um princípio pode ser considerado como fonte normativa, comparando as regras jurídicas e as regras futebolísticas. Menciona, no cotejo entre direito e futebol, três tipos de normas: uma que proíbe e sanciona uma conduta precisa, por exemplo, a proibição de colocar a mão na bola e o homicídio; outro tipo de norma que proíbe e sanciona um tipo de infração cuja conduta não está absolutamente predeterminada, havendo uma variedade de hipóteses fáticas que podem enquadrar-se no modelo normativo, a exemplo do jogo perigoso e da norma de responsabilidade civil do código civil.

57. Op. Cit., p. 674.

58. Op.Cit. p.76/77.

59. KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas*, Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris, 1998, p.148-9.

60. CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre Derecho Y Language*, Buenos Aires: Abeledo Penot, 1990.

Alude, ao final, uma terceira categoria de regra, mais ampla e que constitui o que se chama de princípio, tal como a lei da vantagem no futebol, pela qual o juiz deve mandar prosseguir o jogo se a marcação da falta acabar prejudicando a equipe que sofreu a infração. Na esfera jurídica, menciona o famoso caso *Riggs vs Palmer*, em que o herdeiro assassino não pode lucrar com a herança em decorrência do seu crime. Em suma, de ambas as normas se extrai um princípio, de que ninguém deve levar vantagem com sua própria torpeza. Essa terceira categoria de normas que poderiam ser conceituadas como princípios, posto que possuem quatro características básicas: a) versam sobre a aplicação das regras do jogo; b) dirige-se primordialmente aos árbitros; c) justifica a introdução de exceções a regras de primeiro grau; e d) apresenta certo grau de neutralidade tópica.

Alexy⁶¹ caracteriza princípios e regras como espécies de normas jurídicas, posto que ambos dizem o que *deve ser*, e ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deontológicas básicas de mandado, permissão ou proibição. Assim, para Alexy, os princípios, assim como as regras, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que sejam razões de natureza bem distinta.

E preciosa é a contribuição de Sanchis⁶² para caracterizar os princípios como fonte do Direito. Afirmando que a noção princípio geral é algo distinto da lei e da decisão. Diz que, numa concepção positivista do Direito, não é possível o cabimento de uma fonte normativa “aberta”, pois o positivismo impõe que o Direito, como fenômeno empírico, se expresse através da lei ou do costume (incluído aí o judicial). E, neste sentido, aceitar a existência de normas não obedientes ao modelo legal (enunciados lingüísticos) nem tampouco costume (práticas sociais) significa, para Sanchis, reconhecer que existe direito sem que carente de uma vontade normativa que a respalde, ou nas palavras do autor, os princípios são “*llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación suponiendo que se pueden obtener normas a partir de normas*”. Assim, conclui que os princípios constituem uma criação do direito com sede interpretativa.

Mas, de qualquer forma, quando se fala de princípios gerais de direito, salienta Sanchis, não se pensa neles diretamente, mas sim nas normas legais, constitucionais e ou jurisprudenciais, as quais, não se sabe por que, recebem o nome de princípios. Assim, qual a distinção, afinal, entre princípios e regras jurídicas?

61. ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 83.

62. Op.Cit., p.50.

4.3. Princípios e regras

Demonstrado que os princípios são norma, cumpre distingui-los das meras regras jurídicas. São inúmeros os critérios pelos quais seria possível distinguir princípios e regras, cumprindo-nos fazer um recorte de algumas das principais distinções, que ao final vão justificar o novo paradigma normativo das fontes, e demonstrar, pelos critérios, que os princípios são jurídicos, têm validade e eficácia.

Há certa divergência de critérios, mas é possível encontrar, na doutrina, alguns traços distintivos comuns que merecem ser observados.

A posição de Canaris reveste-se de importância decisiva na medida em que, sob nítido influxo de seu mestre Karl Larenz, compreende os princípios como elementos portadores de unidade de um sistema jurídico, concebido como uma ordem teleológica de princípios gerais de direito. Destaca Canaris⁶³ que os princípios não valem sem exceção e podem entrar em contradição entre si, diferentemente das regras jurídicas, cuja existência simultânea e contraditória é logicamente incompatível. A existência de exceções conduz necessariamente à idéia de existência de princípios que estão em oposição mútua. Com efeito, não se pode admitir que uma norma, por si só, possa ir de encontro a um princípio sem soçobrar, salvo se a norma tiver fundamento em outro princípio preexistente. Além disso, defende a idéia justamente de que os princípios são carentes de concretização, só obtendo seu significado através de uma combinação de complementação e restrição recíprocas.

Ronald Dworkin⁶⁴ estabelece que tem natureza lógica a distinção entre princípios e regras. Embora ambos os conjuntos de padrões apontam para decisões jurídicas particulares em determinadas circunstâncias específicas, distinguindo-se, porém, quanto à natureza da orientação que oferecem e quanto à dimensão.

As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*), de modo que ou a regra é inteiramente válida – devendo produzir-se, desta forma, as consequências jurídicas –, ou ela não é válida, nada contribuindo para a decisão no caso. A existência de exceções não descaracteriza a regra como tal⁶⁵, mas apenas

63. Op.Cit., p.88 e segs.

64. DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p.39

65. E, de fato, as exceções, ainda que estejam em outro texto normativo, podem estar inseridos na mesma norma-regra, pois a norma, como visto, não é apenas o texto legal, mas o sentido construído a partir da interpretação destes textos. No Direito Penal, isto é facilmente perceptível pela teoria dos elementos negativos do tipo, em que o conceito conglobante de tipicidade faz com que as exceções ao caráter ilícito da conduta típica sejam considerados como elementos negativos do tipo, integrantes da própria regra jurídica.

são partes da mesma, que podem ser indicadas num mesmo texto normativo ou em outros. Os princípios não se apresentam dessa forma, apenas apresentam uma razão para decidir desta ou daquela maneira, que podem entrar em confronto com outros princípios, um podendo prevalecer sobre o outro no caso concreto, no que o autor chama de contra-exemplos, que não podem ser tidos como exceção, posto que são inumeráveis.

Como conseqüência da primeira distinção, aponta Dworkin uma segunda, relativa à dimensão de peso, de modo que, quando os princípios se inter cruzam, o encarregado de resolver o conflito tem que levar em conta a força relativa de cada um, sem que, com isso, o princípio se torne inválido. Ao contrário, se duas regras estão em conflito, uma delas não pode ser válida.

Cumpra tratar, também, das distinções traçadas por Robert Alexy⁶⁶, para quem a diferença entre regras e princípios é qualitativa, fundada num ponto fundamental. Os princípios seriam verdadeiros mandados de otimização, que se caracterizam pela possibilidade de serem cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. As regras, por seu turno, são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve ser feito exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Ou seja, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. E esta diferença se revela nítida quando se faz o exame da solução de conflitos nas hipótese de colisão de princípios e colisão de regras. Na colisão de regras, um conflito só pode ser resolvido, ou pela introdução de uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou declarando inválida uma das regras. No caso dos princípios, a solução é inteiramente distinta. Quando dois princípios entram em colisão, um princípio cede a outro sem que se torne inválido, de modo que os princípios têm peso distinto e prevalece o princípio com maior peso.

No Brasil, merecem destaque as distinções traçadas por Eros Roberto Grau e Humberto Ávila. Deste último, encontramos uma síntese da descrição entre regras e princípios⁶⁷:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

66. Op.Cit., p.86 e segs.

67. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios – da definição á aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.70

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

De tudo o que foi exposto, é possível destacar justamente um elemento comum, que a necessidade de concretização do princípio através de outras esferas normativas. O princípio pode estar concretizado na lei, ou será concretizado na decisão, o que põe os princípios numa posição de fundamentabilidade no sistema das fontes do direito. Em outras palavras, princípios são, sim, normas, que possuem papel fundamental, normogénético, ocupando uma posição privilegiada dentro da estrutura do ordenamento jurídico. A proximidade da idéia de direito faz o princípio servir como fundamento de uma fonte tradicional, de modo que acabam sendo a *ratio*, o fundamento das demais fontes, sejam fontes legais, sejam fontes judiciais.

5. CONCLUSÃO

O declínio da lei não é o declínio do direito. O positivismo jusracionalista, e, posteriormente, o pensamento neopositivista fez crer que toda manifestação normativa deveria ser oriunda de uma fonte formal do Estado. Assim, promoveu uma quase simbiose entre lei e norma, de modo que a sentença nada mais seria do que uma lei individualizada, trazida de um silogismo, e o costume, uma figura residual tendente a desaparecer.

Esse pensamento era justificado no século XVIII, em que a multiplicidade de fontes gerava insegurança, a vontade do soberano no Estado Absoluto gerava incerteza no conteúdo do Direito, a ausência de divisão de poderes e mecanismos de controle, a insegurança e a falta de uniformidade nos critérios interpretativos demandavam uma fonte segura e estável. Assim defende-se a submissão absoluta, quase sacral, à lei como manifestação racional da vontade da população.

A submissão à lei, porém, não é a mesma coisa de submissão ao Direito. A reação jusnaturalista transformou o legislador num soberano absoluto, cujas decisões não devem ser discutidas pela dogmática jurídica, pela doutrina ou nem mesmo pelo juiz. A função do jurista é descritiva, e o juiz, um mero aplicador do Direito.

A realidade contemporânea demonstra, entretanto, que a heterogeneidade de realidades e interesses dentro de um mesmo universo jurídico tende a formar guetos e microssistemas, com uma escala valorativa que se constitui um verdadeiro

mosaico normativo, impossível de ser unificado ordenadamente num sistema. A unidade sistemática depende de pautas normativas que permitam uma decisão concreta dentro de uma escala de possibilidades jurídicas, mantendo a unidade e a harmonia do ordenamento jurídico, mesmo na possibilidade de oposição ou contradição entre essas pautas. E isso significa pensar o direito de acordo com uma multiplicidade de valores, cuja escala quase sempre não pode ser recepcionada pela lei.

Destaca Reale⁶⁸ que a compreensão da problemática jurídica pressupõe a consideração do valor como objeto autônomo, irreduzível aos objetos ideais, cujo prisma é dado pela categoria do ser. Se os valores são fundantes do dever-ser, a sua objetividade é impensável sem ser referida ao plano da história. Conseqüentemente, segundo o mesmo autor, o conceito de experiência jurídica é vista como modalidade de experiência histórico-cultural, na qual o valor atua como um dos fatores constitutivos dessa realidade (função ôntica), e, concomitantemente, como prisma da compreensão da realidade por ele constituída (função gnoseológica) e como razão determinante da conduta (função deontológica).

E a discussão dos valores só é possível numa escala normativa principiológica. E por isso é possível dizer que o Direito vive hoje a era dos princípios. Não se pode negligenciar a concreta existência, constatada na experiência jurídica, dos princípios como pautas valorativas abertas, carentes de preenchimento, ou, como prefere Alexy, de mandados de otimização. Foi uma longa trajetória até que os princípios adquirissem status de normas jurídicas, superando uma idéia de que teriam apenas uma dimensão axiológica. O pensamento principiológico, orientado a valores, não representa um jusnaturalismo tardio, pois os princípios, ainda que não expressos numa fonte normativa estão presentes na realidade jurídica, não apenas como valores, mas como normas⁶⁹.

E, por tudo o que foi dito aqui, vê-se que o princípio como norma, seja considerado um imperativo, um juízo, e, especialmente, por quem vê na norma um discurso. Distingue-se da norma moral.

E o reconhecimento do princípio como norma e como fonte do Direito parece um pressuposto do pensamento jurídico contemporâneo. E esse pensamento parte de uma idéia: a norma é apenas parte de um todo (ordenamento jurídico), que só pode tornar-se sistema se houver um elemento ou um conjunto de elementos que

68. REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1968, p.79-80

69. No aspecto, Alexy. (p. 136 e segs), com apoio em von Wright, justamente distingue os valores dos princípios pelo fato dos primeiros possuírem caráter axiológico, enquanto os últimos, caráter deontológico.

confira unidade e sentido ao conjunto de normas, bem como pontos de conexão que demonstrem a existência, não apenas de elementos em comum entre o repertório de fontes que compõe a ordem jurídica, mas da forma de relação e ordenação desses elementos da ordem jurídica.

São os princípios, desta sorte, que irão conferir a unidade ao sistema normativo. No aspecto, Paulo de Barros Carvalho⁷⁰, que o princípio é uma norma portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade, agregando outras regras de Direito Positivo.

Descartar os princípios como fonte normativa só é possível num sistema jurídico racional-axiomático, ou num sistema puramente formal. Mas ambas as concepções revelam-se inadequadas na sociedade contemporânea. O sistema puramente formal descarta o pensamento valorativo, enquanto o pensamento axiomático, típico do juraracionalismo, reduz a multiplicidade cultural-valorativa da experiência jurídica a axiomas, que, para se tornarem sistemáticos num sistema de fontes legais, têm que ser necessariamente compatíveis entre si, e, para isso, necessitam de uma escala unitária de valores. Esta escala era possível há dois séculos, quando das primeiras codificações, em que havia uma classe vencedora e que poderia impor sua escala única de valores. Ou talvez seja possível num Estado autoritário, mas não num estado Democrático de Direito da pós-modernidade.

Disso decorre que não existem, no Direito, princípios absolutos, pois, na sua concretização, eles vão sendo continuamente limitados por outras normas, que são fundadas, por sua vez, em outros princípios, revelando, no seu jogo concertado, a realização normativa dos fatos diante das múltiplas de valores.

Sanchis⁷¹ resume a invocação principialista como sendo mais juiz que legislador, mais pensamento problemático que razão lógica, mais direito do que lei, mais pluralismo ideológico que coerência axiológica, mais integração das diferenças que uniformidade política, enfim, um direito dúctil, em vez de um direito “a secas”.

Assim, no eterno dilema entre a segurança jurídica e a certeza do direito, de um lado, e, de outro, o ideal de todo pensamento jurídico de ser um direito justo e adequado às vicissitudes do caso, surge os princípios, que, de um lado, poder servir como elemento que, a um só tempo, podem reduzir o arbítrio do legislador

70. CARVALHO, Paulo de Barros, *Tributo e segurança jurídica*, In LEITE, George Salomão [coord.], *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 351-2

71. Op. Cit., p.48

e do juiz, na medida em que ultrapassam o *telos* da lei para chegar ao *telos* da própria ordem jurídica, e seu conteúdo, alcance e peso só são possíveis de obter através da interpretação.

E é justamente a Constituição, mais do que mero texto, e sim o conjunto normativo fundamental que constitui, ordena e disciplina o modo de viver de um povo, que irá, de forma expressa ou implícita, conferir a força unificadora e integrativa aos princípios. Na Constituição, mais que mera folha de papel, serão encontrados o que Lassale chamava de *fatores reais de poder*, mas que, na verdade, são princípios. Desta forma, o declínio da lei como fonte principal da ordem jurídica torna-se, em certa medida, inevitável, mas, de outra sorte, permite que a lei perca seu caráter de totalidade para que seja considerada uma parte da engrenagem normativa, numa unidade ordenada, que, desde Kant, constitui o pressuposto básico para a formação de um sistema.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da Codificação: crônica de um conceito*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, *Dos Delitos e das penas*, Trad. J. Cretella jr. E Agnes Cretella. 2ª Ed. –São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- BRITTO, Edivaldo, *Limites da Revisão Constitucional*, Brito, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2. ed., trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas Sobre Derecho Y Lenguage*, Buenos Aires: Abeledo Penot, 1990.
- CARVALHO, Paulo de Barros, *Tributo e segurança jurídica*, In LEITE, George Salomão [coord.], *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2003.

- COELHO, Luís Fernando, *Lógica Jurídica e interpretação das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DAVID, René, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho, 4 Ed. São Paulo: Martins Fontes.
- DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Trad. Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- ENGLISH, Karl, *Introdução ao pensamento jurídico*, 7. ed., Lisboa: Trad. J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FARIA, José Eduard. *A noção de paradigma na Ciência do Direito: notas para uma crítica ao idealismo jurídico*, in FARIA, José Eduard [org], *A crise do Direito numa sociedade em mudança*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1988.
- _____. Globalização e Justiça, in: GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *Poder e Legitimidade*, São Paulo: Ed. Perspectiva, 1978.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Teoria da Norma Jurídica*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª Ed., São Paulo, Editora Atlas, 2003.
- GOMES, Orlando, A caminho dos micro-sistemas. In: *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Trad. Flávio Bueno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v.1, 2, 1997.
- HECK, Luís Afonso, *Regras, Princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy*, In LEITE, George Salomão [coord.], *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo, Malheiros, 2003.
- IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Trad. para espanhol de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, José Maria Bosch Editor S.A, 1992.
- GOMES, Orlando, A caminho dos micro-sistemas, in: *Novos Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GRAU, Eros Roberto, *A ordem econômica na Constituição de 1988 – interpretação e crítica*, 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991 .
- GRUPPI, Luciano, *Tudo começou com Maquiavel*, Ed. LPM, Porto Alegre: 1996.

- HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Bueno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.
- IRTI, Natalino, *La edad de la descodificación*, Trad. para espanhol de Luis Rojo Ajuria, Barcelona, José Maria Bosch Editor S.A, 1992.
- KANT, Immanuel, *Crítica da razão prática*, Trad. Afonso Bertagnoli, 4. ed., Rio de Janeiro: Ediouro.
- _____. *Crítica da razão pura*, Trad. J. Rodrigues de Menege, 9. ed., Rio de Janeiro: Ediouro.
- _____. *A metafísica dos costumes*, trad. Edson Bini, Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, Trad. João Baptista Machado, 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria Geral das Normas*, Trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego, 3. ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*, 2. ed., Trad. Walter Stonner, Rio de Janeiro: Liberjuris, 1988.
- LOPES, Mônica Sette. *A Equidade e os poderes do juiz*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, *Fundamentos de Direito Privado*, Trad. Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- MACHADO NETO, Antonio Luiz, *O problema da Ciência do Direito: Ensaio de Epistemologia jurídica*. Livraria Progresso Editora, Salvador, 1958.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.
- _____. Legitimidade ontem e hoje: papel do juiz em tempos de globalização. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da Ufba*, Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, v.6, 1998.
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora Ltda., t.1: Preliminares- o Estado e os sistemas constitucionais, 1990.
- MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 11ª Ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- REALE, Miguel, *Fontes e Modelo do Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.

- _____. *A ética do Juiz na Cultura Contemporânea*, in NALINI, José Renato [coord]. *Uma nova ética para o juiz*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. *Teoria Tridimensional do Direito*, Saraiva, São Paulo, 1968.
- REALE Jr., Miguel. *Razão e subjetividade no Direito Penal*, Ciências Penais, Ano 01, n.º 00, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 226-249.
- SANCHEZ, Jesús-María Silva, *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SANCHIS, Luis Prieto, *Ley, Principios, Derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 16. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.
- TEMER, Michel, *Elementos de Direito Constitucional*, 12ª Ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- WIEACKER, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, Trad. António Manoel Botelho Hespanha, 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito pena*. Rio de Janeiro, Revan, 2004.

VIII

A TÓPICA DE VIEHWEG E A NOVA RETÓRICA DE PERELMAN: CONTRIBUIÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO E APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Elayne Leal de Oliveira

Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduada, *lato sensu*, em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Salvador.

RESUMO: A “Tópica e jurisprudência” de Theodor viefweg e o “Tratado da argumentação” de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca se destacam por sua significativa contribuição à ciência do direito e à hermenêutica jurídica. A partir da percepção a cerca do emprego das diversas técnicas argumentativas na práxis jurídica dos tribunais, torna-se possível desmitificar as construções jurisprudenciais cujo conteúdo, muitas vezes, oculta sentimentos e ideologias. Deste modo, a atividade jurídica pode ser expressa no poder e na arte de convencer.

PALAVRAS-CHAVE: Tópica; Argumentação; Práxis jurídica.

ABSTRACT: The “Topics and law” of Viehweg and the “Treaty of the argumentation” of Chaïm Perelman and Lucie Olbrechts-tyteca, are detached for their expressive contribution for the law science and the legal hermeneutics. From the perception about the application of the several argumentative technics in the juridical practice of the Courts, it’s possible to unmask the jurisprudential construction whose content, of tenthly, hidden feelings and ideologies.

KEYWORDS: Topics; Argument; Juridical practice.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A tópica de Viehweg: 2.1. Breves comentários da tópica de Vico, Aristóteles e Cícero; 2.2. Viehweg e sua definição de tópica – 3. A teoria da argumentação e Chaïm Perelman: 3.1. A argumentação e a adesão dos espíritos; 3.2. O acordo, a escolha dos dados e sua apresentação como pontos de partida da argumentação; 3.3. As técnicas argumentativas – 4. A argumentação jurídica: o uso da tópica e da argumentação na prática jurídica: 4.1. Exemplo de aplicação pelo STF da Argumentação jurídica e da tópica – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho, sob o título de “A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição à ciência do direito e aplicação jurisprudencial”, aborda uma questão de grande relevância no campo do direito e da hermenêutica jurídica

a partir da “Tópica e Jurisprudência” de Theodor Viehweg e do “Tratado da Argumentação” de Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca. Estas obras são contemporâneas e surgiram como fim de oferecer alternativas para a superação dos paradigmas existentes nos moldes do positivismo jurídico já enfraquecido nos fins do século XIX.

A Tópica surgiu da insuficiência do positivismo abranger toda a realidade do direito a partir de normas positivas, escritas ou não, em vinculação com as regras. Através de uma alusão à Vico, Viehweg compreende o caráter dos estudos do tempo atual em que há uma interação entre método antigo tópico-retórico e o método novo crítico-cartesiano, tomando-se como ponto de partida não mais o trabalho com premissas verdadeiras ou falsas, mas com premissas verossímeis que levam em consideração os diversos posicionamentos.

Trata-se de um estilo de pensar por problemas sem pretensão de dar respostas, mas que se encontra aberto para discussão. Nele a interpretação lhe é parte integrante e auxílio constante para o juiz quando necessária a aplicação do direito a cada caso concreto. A interpretação é elemento inventivo que permite ao sistema jurídico uma maior elasticidade e adequação da norma aos anseios da sociedade cujas relações que a permeiam são sempre dinâmicas e mutáveis.

Por sua relevância e por consistir a tópica num elemento indissociável da argumentação é que num primeiro momento ela foi abordada sob o título: “A tópica de Viehweg”.

Num segundo momento, não menos importante, mas somente por questão metodológica, aborda-se-á a teoria da argumentação de Perelman e Lucie. Buscou-se em apertada síntese compreender a dinâmica da argumentação a partir da noção de auditório, adesão dos espíritos e da relevância do uso das técnicas argumentativas.

Pautada na afirmação de que toda argumentação visa à adesão dos espíritos por meio do discurso e que este para obter o êxito desejado deve utilizar técnicas argumentativas, a teoria da argumentação de Perelman oferece um poderoso instrumento de persuasão e convencimento através do elenco de técnicas argumentativas positivas ou negativas que influenciarão na receptividade das premissas reais ou preferíveis propostas pelo orador ao auditório.

Em um terceiro momento, após breve reflexão acerca das diversas espécies de técnicas argumentativas e de sua compreensão à luz da tópica de Viehweg, apresenta-se um exemplo de sua aplicabilidade na práxis jurídica do Supremo Tribunal Federal. Com isso, visa-se desmistificar as construções jurisprudenciais

com aplicação fato-norma desprovida de valores, sentimentos e ideologias. Pois, na verdade, o que se percebe, na maior parte das vezes, são decisões cuja fundamentação muitas vezes pauta-se em princípios oriundos da visão jusnaturalista, em visível contraposição à aplicação estrita da norma posta.

Conforme já foi dito, não se visa com este trabalho uma análise exaustiva da obra desses dois grandes autores, mas, tão-somente, estudar os aspectos mais relevantes e sua influência para a ciência do direito e sua aplicação na prática jurídica dos tribunais, magistrados e demais profissionais do direito.

2. A TÓPICA DE VIEHWEG

Em sua obra intitulada “Tópica e Jurisprudência”, Viehweg propõe-se a contribuir com a pesquisa de base da Ciência do Direito, a partir da aliança entre a doutrina jurídica e a prática a que elas se referem. Nesse sentido, considera as teorias do direito como teorias com função social e, por isso, necessitadas de um estilo de pensamento denominado tópico.

Num primeiro momento, Viehweg faz alusão a nomes como Vico, Aristóteles e Cícero, numa verdadeira retomada do pensamento tópico da Antiguidade greco-romana, com vistas a construir os alicerces que sustentariam a construção de sua análise do direito somada ao seu processo de aplicação incorporando-os como objeto à Ciência do Direito. Esse processo de retomada do pensamento tópico da Antiguidade surge também como contraponto da sistematização no campo do direito que se firmou na Era Moderna, principalmente, por influência do positivismo jurídico prevalecente no século XIX.

Em sua empreitada, Viehweg visa resgatar o raciocínio tópico do direito definindo-o como pensamento problemático, sem, entretanto, descartar por completo o pensamento sistemático. Muito pelo contrário. Viehweg foge do radicalismo de Perelman e admite, assim como Vico, a mescla entre os dois modos de pensamento a fim de garantir a segurança do ordenamento jurídico aliado a sua maior flexibilização que o torne capaz de, na prática, acompanhar as transformações sociais em cada caso concreto.

Nesse sentido, sua obra caminhará para o reconhecimento do ordenamento jurídico como um autêntico conjunto de *topoi* que, uma vez consolidado, se vincula às normas jurídicas. De fato, Viehweg privilegia a problematização do sistema jurídico, e esta será a verdadeira responsável pela busca de premissas que, por meio da interpretação, permitirá ao juiz adequar um conjunto de elementos fáticos ao catálogo conceitual existente no sistema, sem olvidar que sua compreensão também irá incorporar ao sistema jurídico novos conteúdos normativos.

Haverá, portanto, o que Ferraz Junior denominou de “via de mão dupla”, pois o sistema jurídico oferece o embasamento formal para as decisões judiciais, mas podem ter seu conteúdo alterado ou ampliado pela aplicação do direito em cada caso concreto.

2.1. Breves comentários da tópica de Vico, Aristóteles e Cícero

Viehweg inaugura seu primeiro capítulo abordando acerca da contribuição de Vico à Tópica. Segundo o autor, as idéias fundamentais de Vico, circundavam a idéia de método científico antigo e moderno, no qual o método antigo ou retórico (tópico) se caracterizaria por ter como ponto de partida o senso comum, responsável pela manipulação do verossímil, contraposição de pontos de vistas e utilização de silogismos. Ao passo que o método moderno ou crítico tinha como ponto de partida a “verdade primeira” conseguida através de longas cadeias dedutivas.

Através dessa concepção de método antigo e moderno, Vico pôde fazer uma análise acerca das vantagens e desvantagens de cada um e assim mensurar a relevância de cada um dos métodos e sua necessária combinação em busca da formação de um juízo maduro. Desta forma, Vico verificou que, embora o método novo ou crítico favorecesse a agudeza e precisão, percebia-se o predomínio das desvantagens, uma vez que, importava na perda de penetração, estiolamento da fantasia e memória e pobreza da linguagem. Entretanto, tais prejuízos poderiam ser evitados pela mescla com o antigo método retórico cuja “peça medular” é a tópica. Isto porque, a tópica proporcionaria a sabedoria, o despertar da fantasia e da memória, além de ensinar como considerar um estado de coisas de ângulos diversos.

Viehweg distingue a teoria do pensamento por problemas do pensamento dedutivo-sistemático, mas, assim como Vico, acolhe a necessária coexistência de ambos na formação da jurisprudência, pois nenhum pensamento pode abster-se do método dedutivo, tampouco poderá a jurisprudência deixar-se engessar pelos rigorismos a ele inerentes.

Num segundo momento de sua obra, Viehweg aborda a importância da Tópica de Aristóteles e da Tópica de Cícero.

A busca pela compreensão do que é exatamente a tópica importa, por si só, a prévia compreensão do pensamento daquele que primeiro atribuiu-lhe este nome: Aristóteles. Na “Tópica”, Aristóteles resgata a antiga disputa, outrora dos domínios dos retóricos e sofistas, situando a tópica no terreno da dialética, não do apodítico, pois não proporciona uma solução certa, mas apenas opinável derivada do senso comum (WARRAT, 1995, p. 94).

Segundo Viehweg, Aristóteles revela sua intenção de aplicar a Ciência Lógica à velha arte de argumentar, na medida em que o desenlace de sua tópica partia de proposições conforme opiniões para formar raciocínios sobre todos os problemas que se pudessem colocar e evitar as contradições, desenvolvendo, notadamente, um raciocínio para atacar e defender.

Ademais, Aristóteles considerava o campo da arte da argumentação como um primeiro degrau da filosofia. Essa arte da argumentação, por sua vez, valia-se do raciocínio dialético, distinto dos demais pela índole de suas premissas. Isto porque, estas seriam opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com a aceitação de todos ou da maior parte por parecerem verdadeiras. Nesse sentido, a tópica foi desenvolvida por raciocínios derivados de premissas que parecem verdadeiras com base em uma opinião reconhecida.

Na análise de Viehweg, na dialética dispõe-se também da indução e do silogismo como modos de fundamentação, surgindo ainda mais quatro procedimentos instrumentais. Quais sejam: a) A descoberta e a apreensão das premissas; b) A discriminação da plurivocidade existente nas expressões lingüísticas e discriminação das diversas determinações categoriais; c) A descoberta das diferenças entre gênero e espécie; e d) A descoberta de semelhanças nos diferentes gêneros.

A partir dessa ordenação, tornou-se possível o tratamento dos “Topoi”. Expressão cunhada pela primeira vez por Aristóteles e que se referiam a diferentes objetos jurídicos, físicos e políticos. De forma que partindo do “Topos”, pode-se obter um silogismo ou um entimema sobre objetos do Direito. Para Viehweg, são “[...] pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade” (1979, p. 27).

Aristóteles defende uma técnica peculiar da discussão que se inicia com a arte de perguntar. Esta requer a descoberta do “topos” que se deve empregar, a colocação de perguntas concretas e ordenadas e o direcionamento adequado ao interlocutor. Essa posição se coaduna perfeitamente com a definição dada por Viehweg da tópica como modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles.

Já a tópica de Cícero, por sua vez, apesar de menos aprofundada que a de Aristóteles, ofereceu valiosa contribuição à formação do juízo enquanto parte fundamental de dissertação. Isto porque, para Cícero a dissertação era composta da invenção e da formação do juízo.

No processo de formação do juízo emerge o *Topoi* como uma fonte do material para demonstração. Para tanto, Cícero apresenta um *catálogo de topoi* que

segundo Viehweg, visa seu aproveitamento seu aproveitamento prático. Nesse jaez, há *topois* estreitamente ligados com o assunto de que se trata – denominado de científicos ou técnicos -, e *topois* que procedem de fora, considerados atécnicos. Assim, Cícero conclui que não existe nenhuma polêmica à qual não se possa aplicar algum *topoi*, mesmo quando nem todos sejam adequados para qualquer inquirição.

Cícero entendeu a tópica como uma práxis da argumentação que se vale de um *catálogo de topoi* com vistas aos resultados, diferentemente de Aristóteles que, em que pese a profundidade de seus escritos, visa à teorização com ênfase nas causas. Desta forma, Cícero põe em evidência o importante papel da tópica na construção da jurisprudência. Esta evidenciação da importância da tópica na aplicação do direito também será resgatada por Viehweg quando este rompe com o formalismo excessivo e propõe o uso da base tópica como instrumento de ampliação do acervo conceitual do sistema jurídico. Isto com vistas à busca não só do direito, mas do justo para cada caso concreto.

Assim sendo, pode-se concluir que, enquanto a tópica aristotélica reconhecia a força persuasiva no confronto de opiniões baseadas numa bem feita elaboração de premissas – *ars disputationis* -, Cícero entendeu a tópica não mais como uma dialética, mas como uma práxis da argumentação – *ars inveniendi*. Viehweg não ignorou os benefícios da dialética aristotélica, nem da natureza inventiva da tópica como proposta por Cícero, motivo pelo qual desenvolveu sua teoria com característica tópico-dialética.

2.2. Viehweg e sua definição de tópica

Viehweg retorna à Aristóteles quando da elaboração de sua definição de tópica como técnica de pensamento problemático. Isto porque, ao aderir à noção aristotélica de tópica como organização segundo zonas de problemas em torno dos quais os raciocínios giram, Viehweg reforça a pretensão tópica em fornecer indicações de como não ficar sem saída diante de uma aporia. Esta segundo ele, “[...] designa precisamente uma questão que é estimulante e iniludível, designa a falta de um caminho ou situação problemática que não é possível iluminar” (VIEHWEG, 1979, p. 33). Subsiste, entretanto, como vínculo de toda busca e aplicação do direito, a aporia da busca do justo e que deve sempre orientar o pensamento por problemas.

Nestas circunstâncias, todo o problema, desde que objetivo e concreto, provoca um jogo de suscitações a favor e contra que constitui o que se denomina de tópica ou arte da invenção. Portanto, o problema é o guia que, conforme o pensamento aristotélico, direcionam os raciocínios.

Viehweg define o problema como toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta. Para tanto, requer necessariamente um entendimento preliminar de acordo com o qual assume aspecto de questão que busca por solução.

Além disso, apresenta um desenvolvimento abreviado do pensamento sistemático no qual o problema é trazido para dentro de um conjunto de deduções a partir do qual se infere uma resposta. Salienta, outrossim, que ao considerar esse conjunto de deduções inseridos num sistema, importa no reconhecimento de que o problema se ordena dentro, também, de um sistema. Isso gera como consequência a restrição quanto ao tipo de problemas que poderão servir ao raciocínio dedutivo, pois somente os problemas que possuam soluções poderiam ingressar nos sistemas, tornando-os imunes às influências de aspectos fáticos cujas soluções dependessem de uma interpretação.

Diferentemente se dará quando ocorrer o acento no problema. Isto porque, buscar-se-á um sistema que sirva de ajuda, ou seja, a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas que podem ser de pequena ou ínfima extensão. Tanto de uma forma ou de outra, percebe-se que existem conexões essenciais entre problema e sistema, mas não confusão entre eles.

Nesse sentido, alia-se à posição outrora defendida de Vico da necessária mescla da tópica com o pensamento dedutivo-sistemático. A total adoção da dedução pressupõe a rigidez absoluta das premissas, ao passo que a tópica oferece a ampliação de conteúdos conceituais. Assim, ao adotar-se um raciocínio problemático, mesmo em face dos conceitos jurídicos precisos e determinados, ter-se-á um direito aplicado mais capaz de atender ao ideal de justiça, pois mais ajustado, por força da interpretação, às características específicas de cada caso concreto.

Segundo Mendonça, (2003, p. 101) “Raciocinar com base no problema exige uma capacidade de buscar soluções que ao mesmo tempo sejam palatáveis em termos sistêmicos e que não impliquem a pura desconsideração das peculiaridades do caso sob análise”. Vê-se, portanto, a importância da interação entre ambos, pois é preciso que a tópica construa suas premissas a partir da análise dos problemas e tais premissas devem ser, por sua vez, orientadas e organizadas logicamente.

Tal posição leva Warrat (1995, p. 94) a afirmar que “Viehweg presta culto ao método”, pois a relação que estabelece entre discurso topicamente organizado e discurso sistemático não é tão radical como em Perelman. Para Viehweg, o problema procede de um nexos compreensivo preexistente, porém abrangente. Assim, a tópica, enquanto técnica de pensar por problemas, não poderá ser entendida se não inclusa numa ordem a ser determinada.

Desta forma, ao deparar-se com um problema deve-se buscar premissas que sejam adequadas e fecundas, capazes de conduzir a pontos de vista diretivos, *topoi* ou lugares comuns, e “que constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida” (FERRAZ JR, 2003, p. 329), mas isso se dará de forma implícita e que Viehweg denominou de tópica de primeiro grau.

Nessa tópica de primeiro grau, o apóio se dará na sua forma mais simples, através de um repertório de pontos de vista já preparados de antemão e que produzirão os *catálogos de topoi*. A noção desses catálogos, segundo Mendonça (2003), está diretamente ligada à criação de um vínculo lógico entre as diferentes máximas admitidas num sistema. Mas esse conjunto de soluções deve ser dotado de certa flexibilidade que lhe permita adequar-se a novos problemas. Por isso Ferraz (2003, p. 330) os caracterizou de elásticos.

Já ao procedimento que se utiliza desses catálogos, Viehweg denominou de tópica de segundo grau. Sua elaboração, entretanto, exige um critério de referência localizado e situacional (FERRAZ, 2003, p. 330). Deste modo, Viehweg salienta que esse repertório, que contém pontos de vista já preparados, quando se apresentam em catálogos não constituem um conjunto de deduções, pois é o problema que lhe confere sentido.

No tocante aos *topoi*, Viehweg os concebe no sentido amplo, ou seja, abrange os que são universalmente aplicáveis – tratados por Aristóteles e Cícero – e, os que são aplicáveis somente a um determinado ramo. Sua função consiste precisamente em servir a uma discussão de problemas. Nesse sentido, devem ser entendidos de modo funcional, uma vez que servem de orientação e como condutores do pensamento.

A constante vinculação ao problema surge como empecilho à tópica, uma vez que esta consiste num procedimento de busca de premissas. Assim cumula a tarefa primeira da *inventio* com a tarefa secundária da *conclusio*. Conforme salienta, “[...] a tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora” (VIEHWEG, 1979, p. 40). Entretanto, na busca dessas premissas far-se-á por vezes necessário a interrupção à vista do problema, porém sem renunciar por completo a vinculações.

O raciocínio tópico de Viehweg, enquanto técnica e não método, rejeita vinculações absolutas. Entretanto, alguns vínculos se fazem necessários para que haja um mínimo de consenso e previsibilidade, cuja interpretação emerge como precioso instrumento (MENDONÇA, 2003, p. 103).

Viehweg ressalta sempre a extraordinária importância dos *topoi* e dos *catálogos de topoi* quando da fixação e da construção de um entendimento comum, pois são muito apropriados para mostrar a dimensão dentro da qual alguém se move. Assim, a qualificação dos raciocínios constitui verdadeiro indicador do espírito ou motivação de quem os servem.

Na incessante busca do direito, a tópica emerge como modo de trabalhar de forma a permitir aos juristas entender o direito como algo que eles constroem de uma maneira responsável. Desta forma, diante de problemas novos, ainda não contemplados pela legislação vigente, a interpretação adequada mediante pontos de vista ajustados a essas novas situações surgem como soluções eficazes até que a legislação intervenha. Estes pontos de vista, por sua vez, por não estarem organizados por um nexo dedutivo são mais fáceis de serem ampliados e completados, diferentemente das normas jurídicas que são mais rígidas.

Nesse sentido, Viehweg assevera que existe uma identidade de atitude entre os juristas e retóricos, pois tanto entre os primeiros como entre os segundos domina um modo de pensar tópico correspondente, em linhas gerais, à dialética aristotélica pautada na prudência.

Não se trata a tópica de um método, mas de uma técnica. Apesar de suas grandes contribuições à jurisprudência, a tópica não pode ser convertida em método uma vez que não se trata de um procedimento lógico e rigorosamente verificável, com nexo unívoco de fundamentos que caracteriza um sistema dedutivo. Trata-se, outrossim, de um estilo. Posição esta divergente da de Leibniz que pretendeu matematizar a tópica. Tal intento, porém, malogrou ante a ênfase dada a axiomática e à logística.

A ênfase dada ao método axiomático tem estreita relação com a finalidade do sistema jurídico de produzir decisões unívocas de conflito através da dedução. Para isto, segundo Viehweg, ter-se-ia de encontrar uma ou várias proposições que pareçam apropriadas para presidir as demais de modo imediato ou mediato de forma que essas proposições possam remontar-se aos axiomas, ou, vice-versa. Assim, dá-se a completude dos axiomas, que, por sua vez, devem ter assegurado sua integridade, compatibilidade e independência.

Entretanto, o tecido jurídico que efetivamente existe não é um sistema no sentido lógico, mas é uma indefinida pluralidade de sistemas cujo alcance é muito diverso e cuja relação recíproca não é estritamente passível de comprovação. Portanto, acertado o entendimento majoritário de que a axiomatização não é suficiente para captar em plenitude a estrutura da argumentação.

Não se trata tão-somente da busca do direito, mas também de sua aplicação. Por isso, a tópica em Viehweg assume feição de técnica e não de um método em que se exigem rigorismos tais como um procedimento preciso e sem risco, mantedor de axiomas indubitáveis e teoremas ajustados. De fato, o direito enquanto ciência humana está longe de possuir ou adequar-se a tais rigorismos, pois o seu próprio conteúdo é mutável por força da constante mutabilidade das relações que rege.

Em sua “Tópica e Jurisprudência”, Viehweg caracteriza a jurisprudência como uma técnica que está a serviço da aporia da busca da justiça e cuja estrutura deve ser descoberta na tópica – técnica do pensamento problemático. Isso se dará atendendo as seguintes exigências: a) A estrutura total da jurisprudência deve ser determinada a partir do problema; b) As partes integrantes da jurisprudência devem ficar ligadas ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele; c) Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados numa implicação que conserve sua vinculação com o problema.

Portanto, mais uma vez, ratifica sua idéia de que a estrutura total da jurisprudência só pode ser determinada a partir do problema, e este se encontra estreitamente ligado à aporia fundamental da busca da justiça. Deste modo, torna-se decisiva a escolha especial de premissas à vista da aporia fundamental, sem olvidar da imprescindibilidade da dedução em todo pensamento.

Viehweg não descarta o uso da dedução, entretanto, atribui-lhe importância secundária, de forma que, se a dedução produz resultados não satisfatórios como resposta a questão central, será possível interrompê-la por meio de uma invenção ou “topos” ou proposições diretivas próprias de um espírito tópico. Esses *topoi* funcionam como possibilidades de partida da discussão num processo deliberativo e comunicativo, à vista das considerações de natureza lógica, crítica-linguística e ética que empreende.

No que se refere à lógica, esta permanece ligada ao discurso, pois no discursar e contraditar se manifestam ações linguísticas que se submetem, como ataque e defesa, a um procedimento rigoroso da argumentação num estilo retórico, no qual aquele que consegue, em proveito próprio, responder a todos os lances do opositor, se torna o vencedor do diálogo numa visível adequação à situação discursiva pragmática.

No tocante a corrente crítico-linguística, afirma-se que a situação pragmática geral – base de qualquer discurso -, somente poderá ser suficientemente compreendida caso se concebam as suas verbalizações como mútuas instruções para a invenção e uso linguísticos.

Já o procedimento dialógico sob o aspecto ético pressupõe que no relacionamento discursivo emergem deveres comunicativos, tais como os deveres de afirmação, fundamentação, defesa e esclarecimento. É o que Viehweg caracterizou como “[...] discurso, enquanto ação teórica, com deveres retóricos” (1979, p. 107). Deste modo, somente através do preenchimento dos deveres discursivos garantir-se-á afirmações confiáveis que contenham um interesse geral.

A interpretação desenvolve-se no interior da tópica e é responsável pela permanente adequação do ordenamento jurídico aos fatos sociais no transcorrer do tempo. Conforme saliente Ferraz (2003, p. 330),

[...] a própria interpretação dos fatos exige o estilo tópico, pois os fatos de que cuida o aplicador do direito, sabidamente, dependem das versões que lhes são atribuídas. Ademais, o uso da linguagem cotidiana, com sua falta de rigor, suas ambigüidades e vagezas, condiciona o jurista a pensar topicamente. Por isso em seu raciocínio, ele sabe, de algum modo, que não há sistema em si que possa resolver todos os problemas jurídicos.

Ante o exposto, conclui-se que a tópica proposta por Viehweg atende, de certa forma, à sua pretensão de contribuir com a Ciência do Direito na medida em que apresenta a técnica de pensamento por problemas como instrumento de resgate da aporia fundamental do direito, diretamente relacionada com a noção de justiça. Nesse sentido, o direito positivo deixa de ser a matriz do ordenamento jurídico para ser o ponto de partida na aplicação tópica do direito, desta vez, orientada também pelas peculiaridades do caso concreto e pelo contexto. Portanto, ter-se-á uma interpretação menos dissonante da realidade e mais capaz de acompanhar as constantes transformações sociais.

3. A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E CHAÏM PERELMAN

Nascido na Polônia em 1912, seguindo mais tarde para Bélgica onde passou a lecionar lógica, ética e metafísica na Universidade Livre de Bruxelas, o doutor em direito e filosofia Chaïm Perelman tornou-se conhecido por sua valiosa contribuição ao estudo sobre a argumentação em geral e, especialmente, a argumentação no campo do direito.

Assim como Viehweg, sua teoria da argumentação foi desenvolvida em oposição aos parâmetros do positivismo jurídico e do normativismo kelseniano predominante no século XIX cuja ênfase era dada à abordagem dedutiva da matéria jurídica, em detrimento de um tipo de análise fundada no direito aplicado. Essa abordagem dedutiva para ele representava uma limitação indevida e perfeitamente injustificada do campo onde intervém a faculdade de raciocinar e de provar.

Baseado num primeiro momento no pensamento aristotélico, Perelman inicia uma reflexão sobre as funções do discurso e sua essencialidade à teoria do conhecimento, pois este não pode mais ser reduzido à sua instância lógico-dedutiva como único critério de racionalidade dos discursos científicos. Isto porque, os parâmetros lógico-formais próprios das ciências exatas não são capazes de atender às exigências que a complexidade do mundo aliada à mutabilidade do direito, enquanto ciência social, reclama. Por isso, busca agregar aspectos do raciocínio relativos à verdade e sua interferência ou correspondência com os que são relativos à adesão.

Apesar de abordar a argumentação de modo geral, Perelman enfatizou em sua obra conjunta com Lucie Oldbrechts-Tyteca – Tratado da argumentação - a argumentação jurídica. O autor destacou a atividade jurisdicional na construção de significado das normas e seus procedimentos argumentativos. Nesse sentido, a tópica presente nas práticas dos tribunais, conforme foi abordado no capítulo anterior ao se estudar Viehweg, está umbilicalmente relacionada com os procedimentos argumentativos, pois a estrutura do processo, por si só, é dialética. Desde sua proposição ao seu julgamento far-se-ão necessários variados procedimentos argumentativos com fito de se alcançar à adesão e o convencimento.

Seus escritos não só são fascinantes pela desenvoltura com que disserta, como são empolgantes por conduzir o leitor a refletir sobre o modo como as técnicas por ele explicitadas são corriqueiras não só na práxis jurídica, mas também nos diversos diálogos que vivencia ao longo dos dias e da vida.

3.1. A argumentação e a adesão dos espíritos

Toda a argumentação visa à adesão dos espíritos por meio do discurso. E para tanto, se pressupõe a existência de um contato intelectual, pois já não é possível ao orador deixar de considerar as condições psíquicas e sociais sem os quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. Assim sendo, para que haja argumentação é preciso que haja uma comunidade efetiva dos espíritos.

Entretanto, essa comunidade dos espíritos requer um conjunto de condições cujo mínimo indispensável é a exigência de uma linguagem comum, ou seja, de uma técnica que possibilite a comunicação. Isto porque, para argumentar deve-se buscar ter apreço pelo interlocutor, pelo seu consentimento ou por sua participação mental. Deve, portanto, haver uma preocupação com o interlocutor e com seu estado de espírito, sob pena do orador ser considerado arrogante ou pouco simpático.

Segundo Perelman (2005, p. 21), “[...] fazer parte de um mesmo meio, conviver, manter relações sociais, tudo isso facilita a realização das condições prévias para o contato dos espíritos”. Deste modo, até mesmo as conversas frívolas e sem interesse aparente não devem ser descartadas, pois, por vezes, contribuem para o bom funcionamento de um mecanismo social indispensável.

A argumentação visa à adesão de um auditório, pois é para ele que o discurso se dirige. É para ele que se deve destinar toda a atenção do orador, por isso, é preciso conquistar sua atenção não só nas condições prévias da argumentação, mas durante toda ela. Esse auditório, segundo Perelman, é representado pelo conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação, sendo, portanto, o agente construtor do orador.

Isto porque, para quem se propõe a persuadir exige-se a construção do auditório adequado à experiência e adequando à realidade. Para Perelman (2005, p. 24), “O conhecimento daqueles que se pretende conquistar é, pois, uma condição prévia de qualquer argumentação eficaz”. Pois, a imagem inadequada do auditório pelo orador poderá ter conseqüências desagradáveis, tal como o surgimento de um efeito revulsivo entre auditório e orador.

De fato, o orador deve estar apto a utilizar argumentos múltiplos para conquistar os diversos elementos de seu auditório, mas isso se pressupõe um mínimo de entendimento e contato entre orador e auditório. Por esse motivo Perelman (2005, p. 24) conclui que “É a arte de levar em conta, na argumentação, esse auditório heterogêneo que caracteriza o grande orador”.

De grande relevância para as diversas áreas o conselho do autor (PERELMAN, 2005, p. 25): “Perante uma assembléia, o orador pode tentar situar o auditório em seus marcos sociais. Perguntar-se-á se o auditório está incluído por inteiro num único grupo social ou se deve repartir seus ouvintes em grupos múltiplos ou, mesmo opostos”. Na verdade, é o auditório que acaba construindo e direcionando o orador, e este para melhor alcançar seu intento poderá valer-se dos diversos meios disponíveis como música, iluminação, jogos, teatro e outros meios.

O poder exercido pelo orador, no enfoque dado por Perelman à retórica, não consiste na eloqüência do discurso, mas na conquista do auditório pelo orador e que poderá dar-se pelo uso de diversas técnicas argumentativas. Segundo Lacombe (2003, p. 201), esse resgate da retórica fundamenta-se em uma relação hermenêutica e dialógica, de compreensão e acordo. Nela se estabelece uma relação pessoal ou intersubjetiva na qual o ouvinte está fadado a se submeter à evidência.

Assim, deverá haver uma adaptação do orador ao auditório. Nisso consiste a necessária habilidade do orador em despir-se de sua própria animação de espírito

para animar-se pelo espírito de seu auditório. Quando isso não ocorre, e o orador se deixa envolver por suas paixões, quebra-se o elo que poderia haver entre o orador e o auditório impossibilitando, desta forma, a abertura de espírito do auditório ao que é proposto pelo orador. Cria-se o que hoje se percebe como uma rejeição do auditório por aparente perda da cientificidade do discurso do orador.

Por tais motivos Perelman sempre ressalta que é a extensão do auditório que condiciona em certa medida os processos argumentativos a serem desenvolvidos pelo orador e não o inverso.

Ainda nas primeiras páginas de sua obra, Perelman propõe-se a distinguir persuasão de convencimento. Entretanto, reputa-se de maior relevância salientar que quem ditará necessariamente a diferenciação entre ambos é a natureza do auditório, que ele por sua vez classifica em três espécies. Quais sejam, o primeiro auditório formado pela humanidade inteira e que será denominada de auditório universal, o segundo formado pelo interlocutor a quem se dirige num diálogo, e o terceiro constituído pelo próprio sujeito quando delibera as razões de seus atos. No entanto, apesar da existência das três espécies, é o auditório universal que agrega maior valoração por apresentar-se menos precário a vista dos demais.

Não se trata, entretanto, de uma conceituação linear acerca do auditório universal. Isto porque, a deliberação de um sujeito consigo mesmo pode ser considerada uma encarnação do auditório universal na medida em que, enquanto dotado de razão, o ser humano é capaz de experimentar o valor de seus próprios argumentos desprezando todos os procedimentos que visem conquistar os outros.

Partindo do pressuposto que o objetivo da argumentação é a adesão dos espíritos, poder-se-ia dizer que quanto maior a intensidade dessa adesão maior a eficácia da argumentação. E esta se dará a partir do momento em que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida pelo orador ou haja, ao menos, uma disposição para ação a ser desencadeada no momento oportuno.

Para o autor, somente a argumentação permite a compreensão das decisões. Além disso, quando voltada para o futuro, se propõe a provocar uma ação após ter atuado por meios discursivo sobre o espírito dos ouvintes. Não há que se falar em violência, ou seja, em recorrer-se ao uso da força, mas ao estabelecimento de uma comunidade dos espíritos. Conforme salienta Perelman (2005, p. 69), “Como a prova retórica jamais é totalmente necessária, o espírito que dá sua adesão às conclusões de uma argumentação o faz por um ato que o envolve e pelo qual é responsável”.

3.2. O acordo, a escolha dos dados e sua apresentação como pontos de partida da argumentação

Conforme o já exposto, toda a argumentação destina-se à adesão dos espíritos de um auditório. Entretanto, faz-se necessário um ponto de partida preliminar que é o acordo entre o orador e esse auditório. Segundo Perelman, esse acordo tem por objeto ora o conteúdo das premissas explícitas, ora as ligações particulares utilizadas, ora a forma de servir-se dessas ligações. Na verdade, trata-se de uma preparação para o raciocínio argumentativo.

São as premissas escolhidas pelo orador e concordes com o auditório que servem de fundamentos para construção do argumento que visa à adesão. Essas premissas são objetos de acordo que podem versar sobre o real ou sobre o preferível. Quando as premissas pertencerem ao real ter-se-ão os fatos, as verdades e as presunções.

Os fatos referem-se, segundo o autor, a uma realidade objetiva que designa, em última análise, o que é comum a vários entes pensantes e poderia ser comum a todos, ou seja, fala-se numa adesão do auditório universal de forma tal que seja inútil reforçá-la. Do ponto de vista argumentativo, só se estaria diante de um fato se sobre ele existir um acordo universal, não controverso. Portanto, o fato como premissa é um fato não controverso.

As verdades, para Perelman (2005, p. 77), são “[...] sistemas mais complexos, relativos a ligações entre fatos”. As verdades possuem um alcance mais geral e, assim como os fatos, seu uso é habitual na argumentação. Entretanto, não se aconselha o uso concomitante de ambos como ponto de partida da argumentação, pois se presume que somente um dos dois goze plenamente do acordo do auditório universal.

Diferentemente dos fatos e das verdades que gozam já num primeiro momento do acordo universal, as premissas necessitam que a adesão seja reforçada num dado momento por outros elementos. Isto porque, o uso das presunções resulta em enunciados cuja verossimilhança não deriva de um cálculo aplicado a dados de fato e nem o poderia sê-lo. Pois, as presunções estão vinculadas, em cada caso particular, ao normal e ao verossímil que possa servir de base aos raciocínios.

O normal depende sempre do grupo de referência e raramente poderá ser reduzida a uma avaliação de frequências. Isto porque, qualquer complemento de informação pode provocar uma mudança do grupo de referência e com isso modificar a concepção do que é notável ou monstruoso. Perelman ressalta que a função do orador será, em geral, favorecer essa modificação comunicando informações

novas. Segundo ele, “É a oposição entre dois grupos de referência que permite, a um só tempo, que uns se espantem que um mortal tenha morrido e outros se espantem com esse espanto”.

Os fatos, as verdades e as presunções se direcionam para o acordo do auditório universal. Entretanto, quando se pretender apenas a adesão de grupos particulares ter-se-á como objetos de acordo os valores, as hierarquias e os lugares do preferível.

Os valores intervêm em todas as argumentações e no campo jurídico eles aparecem tanto na base como ao longo de todo o desenvolvimento. Pois, são usados para motivar o ouvinte a fazer certas escolhas e para justificar estas de modo que se tornem aceitáveis e aprovadas por outrem.

Esses valores podem ser desqualificados, subordinados a outros ou interpretados, mas não se poderá rejeitá-los sob pena de recair no uso da violência e não da discussão. Conforme ressalta Perelman (2005, p. 85), “Nossa concepção, que considera os valores como objetos de acordo que não pretendem a adesão do auditório universal, colide com as diversas objeções”.

Os valores que pretendam a adesão universal não poderão ser precisos. Isto porque, se assim o for apresentar-se-ão simplesmente como aspirações de certos grupos particulares. Para Perelman, o papel dos valores é o de justificar escolhas sobre as quais não haja acordo unânime, inserindo essas escolhas numa espécie de contexto vazio, mas sobre o qual reine uma acordo mais amplo. Devem, portanto, ser vagos para que se apresentem como universais e assemelhem-se ao estatuto dos fatos.

Assim como os valores, as hierarquias também aparecem como esteio da argumentação. Quando admitidas se apresentam sob os aspectos concreto e abstrato. O aspecto concreto pode se referir a classes de objetos, mas cada um considerado em sua unicidade concreta. Já a abstrata pode introduzir nas relações entre coisas uma ordem que transforma a superioridade, o preferível, em hierarquia sistemática, em hierarquia em sentido estrito. Ou seja, pode estabelecer um conjunto de hierarquia. Assim, os fundamentos da hierarquia são tão múltiplos quanto os próprios valores por elas coordenados. Tanto é que Perelman conclui ser a hierarquização a responsável por designar os valores que deverão ser sacrificados.

Perelman também aborda, assim como Viehweg, a importância dos *Topoi* na argumentação. Para ele, os *topoi*, dos quais derivam os *tópicos*, ou tratados consagrados ao raciocínio dialético que ele denominou de “lugares”, servem para fundamentar valores ou hierarquias, ou reforçar a intensidade da adesão que eles

suscitam. Nesse sentido retoma a concepção aristotélica de *topoi* como lugares que designam rubricas nas quais se podem classificar argumentos, ou seja, “lugares como depósitos de argumentos” (PERELMAN, 2005, p. 94).

Perelman distingue os “lugares” ou *topoi* em comuns e específicos sob a ótica aristotélica e suas influências – para Viehweg trata-se, respectivamente, da tópica de primeiro grau e de segundo grau. Mas, afirma só chamar de lugares as premissas de ordem geral que permitem fundar valores e hierarquias e que Aristóteles estuda entre os lugares do acidente. Para Perelman, esses lugares constituem premissas mais gerais que intervêm para justificar a maior parte das escolhas do orador.

Segundo o autor, todos os auditórios sejam eles quais forem, são levados a levar em conta lugares tais como lugares de quantidade, de qualidade, da ordem, do existente, da essência ou da pessoa. Esses lugares possuem grande importância na prática argumentativa, mas não representam ainda o rol exaustivo dos “lugares” existentes.

Outro ponto de partida para a argumentação consiste na interpretação dos dados. Segundo Perelman, a utilização dos dados que visam à argumentação necessita de uma elaboração conceitual que lhes confira um sentido e os torne relevantes para o seguimento do discurso. Ou seja, além da seleção dos dados é preciso que esses sejam interpretados seja enquanto signos ou como indícios.

Deste modo, a justa interpretação de uma expressão consistiria na aprovação do autor dessa expressão segundo o contexto em que está inserido. É, portanto, sempre o contexto que atribui à palavra sua função e o papel que desempenha. Ademais, a clareza de um texto encontra-se condicionada pelas possibilidades de sua interpretação e por isso nunca será absolutamente assegurada se não houver uma delimitação do contexto. Para Perelman, a linguagem não é somente meio de comunicação, mas também instrumento de ação sobre as mentes, meio de persuasão.

Perelman salienta (2005, p. 150) que “Os valores aceitos pelo auditório, o prestígio do orador, a própria língua de que se serve, todos esses elementos, ficam em constante interação quando se trata de ganhar a adesão dos espíritos”. Por esse motivo, a seleção dos dados e sua interpretação são de suma importância para o desenvolvimento da argumentação.

Além do acordo e da escolha dos dados e sua adaptação, tem-se ainda como ponto de partida da argumentação a apresentação dos dados e a forma do discurso. Isto porque, uma apresentação eficaz e que impressione a consciência dos ouvintes é essencial não só em toda a argumentação visando à ação imediata, mas

também naquela que visa orientar o espírito de certa forma a inserir os elementos de acordo num contexto que os torne significativos e lhes confira o lugar que lhes compete num conjunto.

Deste modo, o orador deve estar atento à organização de seu tempo e à atenção dos ouvintes, além de realizar uma escolha adequada dos termos para expressar o pensamento. Assim, pode-se perceber que a apresentação dos dados deve observar as formas verbais que melhor correspondam à intenção argumentativa.

Não é a performance do orador que ditará a adesão dos ouvintes, mas a qualidade valorativa do fundamento que sustenta. Porém, em toda argumentação é preciso que haja oposições que lhe dará um dinamismo muito próximo da realidade das relações humanas. Para tanto, visando o enfrentamento dessas oposições Perelman propõe técnicas da argumentação, que segundo Lacombe (2003, p. 203), “[...] se apresentam como via propícia ao acordo”.

3.3. A técnicas argumentativas

Apesar da importância dos pontos acima abordados, foi o desenvolvimento das técnicas argumentativas que mais despertou a atenção dos leitores para a obra de Perelman e Olbrechts-Tyteca, principalmente no meio jurídico.

Perelman propõe-se a analisar a estrutura dos argumentos isolados. Entretanto, salienta os perigos da análise de um elo de argumentação fora do contexto e independente da situação em que se encontra inserido. Isto ocorre, como já foi visto, por causa do caráter equívoco da linguagem e pelo fato das motivações de uma argumentação não serem quase nunca explicitados.

Portanto, para que seja possível discernir esquemas argumentativos torna-se importante interpretar as palavras do orador e suprir os elos faltantes. Pois os argumentos podem basear-se tanto na relação da pessoa do orador com seu discurso, como no que toca à consideração do discurso como expediente oratório.

Nesse sentido, os planos em que essa reflexão se situa são diversos. Isto porque, pode o discurso ser analisado como ato, como indício, como meio ou referir-se unicamente ao conteúdo ou à linguagem utilizada. Segundo Perelman (2005, p. 214), “Contrariamente ao que se passa numa demonstração na qual os procedimentos demonstrativos ocorrem no interior de um sistema isolado, a argumentação se caracteriza por uma interação constante entre todos os seus elementos”.

O autor busca discernir os argumentos segundo sua fundamentação que poderá lastrear-se em correlações fáticas e criação de vínculos entre situações, ou

em dissociações ou rupturas desses vínculos. Quando o processo argumentativo ocorrer mediante correlações ou vínculos entre situações ter-se-á um processo de ligação. Quando ocorrer mediante dissociações ou rupturas entre situações ou elemento ter-se-á um processo de dissociação.

Os processos de ligação consistem em esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa estruturá-los e valorizá-los positiva ou negativamente um pelo outro. Essa solidariedade serve para vencer resistências, provocar adesão ao que não se quer, para obter o que se quer. Interessa mais a maneira pela qual se apresentam as opiniões ao real concernentes, e forma que possam ser tratadas quer como fatos, quer como verdades, quer como presunções.

Os processos de dissociações “[...] são técnicas de ruptura com o objetivo de dissociar, separar, desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento” (PERELMAN, 2005, p. 215). Não se tratam de técnicas excludentes, mas complementares e que sempre operam conjuntamente, diferindo, muitas vezes, quanto à ênfase a ser dada em cada abordagem.

Perelman classifica os argumentos de ligação em quase-lógicos, fundados na estrutura do real e os que fundamentam a estrutura do real.

Os argumentos quase-lógicos apresentam-se como comparáveis a raciocínios formais, lógicos ou matemáticos, mas que possuem uma aparência demonstrativa. Segundo Mendonça (2003, p. 231), baseiam-se boa parte das vezes em correlações até discutíveis em termos materiais, pois é preciso, na verdade, um esforço para instituir premissas dotadas de nexos lógico-formal numa argumentação cujo caráter é não-formal.

Esses argumentos podem aparecer na forma de estruturas lógicas, tais como contradição, identidade e transitividade, e na forma de relações matemáticas, tais como a que se dá na relação entre as partes e o todo, do menor com o maior e a relação de frequência.

Através do estudo desses argumentos Perelman demonstra uma série de benefícios e malefícios que seu uso pode acarretar para o orador. De certo modo, o recurso à lógica mediante a aplicação de regras, leis e normas, o recurso à diplomacia, à ironia, ao argumento do ridículo, à regra de justiça, ao argumento do sacrifício, dentre outros, enquanto teses de defesa auxiliam em certa medida o orador. Entretanto, este deve estar atento para o comportamento e à realidade do auditório sob ameaça de se deparar com uma controvérsia entre as premissas

propostas e as premissas aceitas pelo auditório. Quando isso ocorre compromete demasiadamente à adesão do auditório e compromete a credibilidade do orador.

Os argumentos fundados na estrutura do real têm como fundamento a ligação existente entre os diversos elementos da realidade que estão associados entre si. Eles podem se apresentar mediante uma ligação de sucessão ou de uma ligação de coexistência.

Os argumentos de sucessão são caracterizados pela existência de uma relação de causa e efeito. E se classificam, por sua vez, em argumentos pragmático, de desperdício, de direção e de superação. O argumento pragmático, segundo Perelman, é aquele que permite apreciar um ato ou um acontecimento consoante suas conseqüências favoráveis ou desfavoráveis. Isso pode ser feito através da verificação de seus efeitos, não necessitando de nenhuma justificação para ser aceito pelo senso comum. Entretanto, em geral, o argumento pragmático só pode desenvolver-se a partir de acordo sobre o valor das conseqüências.

O argumento do desperdício consiste em dizer que, uma vez que já se começou uma obra, que já se aceitaram sacrifícios que se perderiam em caso de renúncia à empreitada, cumpre prosseguir na mesma direção. Nesse sentido, “Numa concepção otimista do universo, a idéia do desperdício incentiva a completar estruturas, integrando nelas aquilo cuja ausência é sentida como algo que se deixou escapar” (PERELMAN, 2005, p. 319). Esse argumento lembra o do sacrifício inútil.

Ao argumento do desperdício pode ser reportada a preferência concedida ao que é decisivo, ao passo que no sentido inverso desvaloriza uma ação ao insistir em seu caráter supérfluo. Ou seja, “[...] enquanto o argumento do desperdício incita a continuar a ação começada até o êxito final, o do supérfluo incita a abster-se, pois um acréscimo de ação teria efeito nulo” (PERELMAN, 2005, p. 320).

O argumento de direção, que Perelman denomina de procedimento das etapas, consiste, essencialmente, no alerta contra o uso o procedimento das etapas que poderá ser inútil ou até nocivo. O modo de se proceder à divisão em etapas depende da opinião que se forma da menor ou maior facilidade de transpor as etapas determinadas. Em cada uma de suas fases é solicitada uma decisão. Isso pode acarretar em desenvolvimentos ambíguos ou sem fim.

O argumento da superação consiste na possibilidade de ir sempre mais longe sem que se entreveja o limite nessa direção e com isso haverá um crescimento contínuo de valor. “O que vale não é realizar certo objetivo, alcançar certa etapa, mas continuar, superar, transcender, no sentido indicado por dois ou vários pontos

de referência”, onde cada situação serve de trampolim que permite prosseguir indefinidamente numa certa direção.

Entre esses argumentos é possível notar a idéia de sucessão, de desenvolvimento. Diferentemente dos argumentos de ligação de coexistência que são aqueles que unem duas realidades de nível desigual. Neles o fundamental é a relação da essência em suas manifestações e seu protótipo nasce das relações existentes entre pessoas e seus atos.

Deste modo, na argumentação, a pessoa autora de uma série de atos e de juízos é um ser duradouro que a sua volta se agrupa toda uma série de apreciações e fenômenos aos quais ela dá coesão e significado. Quando essa interação se dá entre ato e pessoa, nítida se faz a influência dos atos sobre a concepção da pessoa. Nesse sentido, a reação do ato sobre o agente é capaz de modificar constantemente a concepção de pessoa e esta nunca se dará por concluída.

O valor que é atribuído ao ato incita a atribuição de um certo valor à pessoa, mas não se trata de um valor determinado, ou seja, ao se conceder certo valor a um juízo poder-se-á apreciar seu autor. Por isso, na argumentação deve-se levar em conta a boa reputação do orador, de forma que os atos anteriores somados a boa reputação incorporam-se à pessoa, tornando-se um ativo que poderá ser invocado para defesa pessoal.

Ademais, muitas vezes a boa reputação torna-se ponto de partida da argumentação e serve para prever certos atos desconhecidos, interpretar atos conhecidos ou transferir para os atos do juiz formulado sobre o agente. Esse mecanismo de transferência não segue, por sua vez, uma ordem cronológica, mas contribui para vinculação dos atos a uma qualidade estável da pessoa.

Pode-se concluir que a boa fama reporta a um sinal positivo, ao passo que a má fama marca a pessoa com um sinal negativo. Isso se dá por força do que Perelman denominou de polarização das virtudes e dos vícios.

Dentre os argumentos de coexistência, tem-se que o argumento de autoridade apresenta-se como o mais utilizado nas fundamentações das decisões judiciais. Ele consiste num argumento condicionado pelo prestígio que utiliza ato ou juízos de uma pessoa ou grupo de pessoas como meio de prova a favor de uma tese.

Atacado pelos positivistas como argumento destinado a camuflar a irracionalidade das crenças, segundo Perelman, o argumento de autoridade revela-se de extrema importância, pois apesar de contestável, o mesmo não pode ser descartado.

Na seara jurídica é com base no uso desse argumento que se levam em consideração a tradição jurídica manifestada através da doutrina e da jurisprudência na busca da justiça. Assim, quem o utiliza se compromete, pois repercute sobre quem o emprega. E, ao invés de constitui única prova, o argumento de autoridade vem completar uma rica argumentação. De forma que se constata que uma mesma autoridade é valorizada ou desvalorizada conforme coincida ou não com a opinião dos oradores.

Os argumentos fundados na estrutura do real permitem ao orador buscar na realidade elementos para dar sustentação a sua tese. Isso contribui muito para uma maior adesão e abertura do auditório ao discurso do orador, pois existirá uma identificação direta entre o argumento usado e o auditório, uma vez que se trata de experiências já vivenciadas por este.

Quando não for possível essa identificação entre argumento usado pelo orador e as experiências vivenciadas pelo auditório, conforme Mendonça (2003, p. 232), poder-se-á estar diante de um argumento fundante da estrutura do real.

As ligações que fundamentam a estrutura do real podem ocorrer a partir do fundamento pelo caso particular que pode se dá como exemplo, como ilustração ou como modelo e a partir do raciocínio por analogia. Segundo Mendonça (2003, p. 233), “O argumento que funda a estrutura do real reflete muito mais uma tentativa do orador de transferir ao auditório seus padrões do que propriamente uma busca de aproximação com a realidade deste último”.

Trata-se de um direcionamento dado às pessoas mediante uma generalização a partir de casos particulares - como no argumento pelo exemplo, ou da ilustração mediante o fornecimento de casos particulares que esclarecem o enunciado geral e impressionam o auditório, ou uso do modelo quando dotado de prestígio e reconhecimento – ou através do recurso á analogia, tão largamente utilizado na práxis jurídica como instrumento, por vezes, eficaz na busca da aporia da justiça.

Conforme lição de Mendonça (2003, p. 234),

O orador elege os traços de identidade que considera mais relevantes entre situações originalmente diferentes e confere a eles maior destaque no discurso, deixando em segundo plano as diferenças. A analogia é procedimento eminentemente de caráter persuasivo, que não atua na esfera causal, pois aproxima pela via discursiva situações de realidades distintas.

Situação diametralmente oposta ocorre com o uso dos argumentos formados a partir de dissociações de noções. Pois neste caso o que se pretende é uma ruptura ou dissociação entre fatos, realidades, valores ou conceitos mediante exaltação

das diferenças com conseqüente diminuição dos pontos em comum. Visa-se o abalo ou o rompimento da solidariedade constatada ou presumida entre as teses admitidas e as que se opõe às teses do orador.

Segundo Perelman, a dissociação de noções determina um remanejamento profundo dos dados conceituais que servem de fundamento para a argumentação. Pois “Não se trata de cortar os fios que amarram elementos isolados, mas de modificar a própria estrutura destes” (PERELMAN, 2005, p. 469).

O raciocínio dissociativo contribui e muito para o afastamento de máximas consagradas pelo auditório, podendo conferir ao discurso do orador certo ineditismo ou vanguardismo. Trata-se de um argumento largamente utilizado na prática jurídica por seus operadores como mecanismo de defesa ou fundamentação de decisão.

Apesar de Perelman diferenciar-se muito de Viehweg no tocante ao crédito que este último ainda presta ao cartesianismo quando aspira transformar o estilo tópico em método, é possível notar que suas teorias não são excludentes, mas são complementares. Essa complementação se dá pelo fato de que “Enquanto a tópica faz uma análise mais direta do mecanismo histórico de surgimento e modificação das instituições jurídicas, a teoria da argumentação direciona a sua atenção ao conjunto de procedimentos que dão origem a tais instituições” (MENDONÇA, 2003, p. 236)

Assim sendo, a dimensão tópica da ciência jurídica aliada às técnicas argumentativas vem, nos dias atuais, oferecer subsídios para uma fundamentação judicial mais coerente e mais afim com o reclame da justiça e com o dinamismo próprio das relações sociais. Podendo-se concluir que, assim como a aplicação tópica do direito, “A nova retórica vê o direito vivo exatamente na atuação dos juízes voltada à solução dos conflitos de interesse” (MENDONÇA, 2003, p. 236-237).

4. A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: O USO DA TÓPICA E DA ARGUMENTAÇÃO NA PRÁTICA JURÍDICA

A atividade jurídica por si só reclama o uso da tópica e da argumentação. Isto porque, praticamente todos os profissionais do direito no desempenho de suas funções buscam tornar verossímeis seus arrazoados ou decisões mediante processos determinados de persuasão, ainda que não tenham plena consciência disso.

O advogado busca o convencimento do juiz para defender o interesse da parte que representa e para tanto se vale de argumentos das mais variadas espécies; o juiz ao prolatar suas decisões deve atender ao postulado do livre convencimento

motivado, portanto, suas sentenças devem apresentar um desencadeamento lógico de idéias e premissas consoante o sistema jurídico e a realidade para cada caso concreto; o membro do Ministério Público em seus pareceres ou demais trabalhos deve atentar para um bom embasamento teórico e judicial que lhe forneça subsídios para sua atuação. Dentre outros, na prática, o profissional do direito não pode agir sem se valer do farto leque argumentativo oferecido pela Teoria da Argumentação e da Tópica.

O reconhecimento do ordenamento jurídico como autêntico conjunto de *topoi* somado à perspectiva da nova retórica como metodologia jurídica pressupõe um direito mais dinâmico, pois alicerçado não somente no direito positivado, mas também no produto da interpretação e da aplicação da norma jurídica pelos juízes e pelos tribunais. Motivo pelo qual tanto Perelman quanto Viehweg ressaltam a presença do pensamento tópico-dialético na atividade jurídica presente na tradição.

Segundo Mendonça (2003, p. 237), “Em realidade, o juiz atua como orador que pretende atingir determinado auditório com sua tese que está presente na fundamentação de sua sentença”. Essa sentença, por sua vez, apresentar-se-á organizada através de um conjunto de argumentos sem olvidar da busca do justo, indissociável da idéia ou razão de ser do direito. Assim, “Um juiz para produzir uma decisão seleciona seus argumentos não só tratando de persuadir sobre tecnicismo de sua decisão, mas também atendendo à função socializadora que sua sentença passará a cumprir” (WARAT, 1994, p. 100).

Nesse contexto, a tópica encontra-se presente tanto no processo interpretativo do direito quanto na sua aplicação que poderá ocorrer através do enquadramento jurídico dos fatos. Ou seja, para cada fato social relevante para o direito buscar-se-á sua decodificação à luz do arcabouço conceitual existente no sistema jurídico mediante um processo interpretativo. Deste modo, o sistema jurídico além de embasar as decisões judiciais, também se deixa ampliar a partir do processo de aplicação do direito para cada caso concreto.

A atividade jurisdicional, enquanto atividade tópica e argumentativa por natureza, não se encontra na órbita do puro exercício de autoridade do juiz. Mas, pressupõe uma atuação eivada de valoração que o capacita a exercer sua liberdade de decisão e escolha entre argumentos, ainda que vinculado, de certa forma, ao sistema jurídico. Tem-se como ideal o juiz que se vale de seu poder discricionário para conciliar o direito com a busca de uma solução justa.

A abordagem tópico-dialética desenvolvida tanto por Perelman quanto por Viehweg privilegia a idéia do direito como terreno propício para resolução de controvérsias e permitem aos aplicadores do direito uma maior liberdade de

atuação. Diferentemente do período no qual o positivismo jurídico ditava a norma como fonte única do direito.

Não há como negar a influência e importância que o pensamento tópico inserido na argumentação e suas técnicas exercem sobre os julgados nas diversas esferas decisórias do judiciário brasileiro. Seja mediante o uso dos argumentos de ligação ou dissociação, ou mediante o estabelecimento de resoluções para as diversas controvérsias mediante o pensamento problemático, é fato que não há aplicação do direito dissociada dos raciocínios tópico-dialético como se verá num exemplo dessa utilização pelo Supremo Tribunal Federal que se segue.

4.1. Exemplo de aplicação pelo STF da argumentação jurídica e da tópica

Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Medida provisória nº 207, de 13 de agosto de 2004 (convertida na Lei nº 11.036/2004, que alterou disposições das Leis nº 10.683/03 e Lei nº 9.650/98, para equiparar o cargo de natureza especial de presidente do Banco Central ao cargo de Ministro de Estado), proposta pelo Partido da social Democracia Brasileira – PSDB. O relator para o caso foi o Ministro Gilmar Mendes.

O Relator, o Senhor Ministro Gilmar Mendes, em seu relatório registrou ser comum a presente ação de Inconstitucionalidade à ação direta já proposta pelo Partido da Frente Liberal (PFL), na qual impugnava a Medida Provisória nº 207 por força das alterações nos dispositivos 8ª e 25ª da Lei 10.683/2003, do art. 2º, 3º e 5º inciso VIII e parágrafo único da Lei 9.650/1998. Tendo sido argumentado que havia a inconstitucionalidade do afastamento da subordinação do Banco Central à orientação, coordenação e supervisão do Ministério da Fazenda; invasão da medida provisória ao campo reservado à Lei Complementar; vedação a edição de medida provisória sobre direito processual civil e penal, uma vez que argumentou o objetivo de alterar o regime de competência para processar e julgar o Presidente do Banco Central; ausência dos pressupostos de relevância e urgência da medida provisória.

Ao passo que o PSDB alegou ofensa ao art. 62 da Constituição, tendo em vista a ausência dos pressupostos de relevância e urgência; impugna a equiparação entre o Presidente do Banco Central e os Ministros dos Estados; ofensa ao princípio de separação dos poderes e ofensa ao art. 192 da Constituição, pois, uma vez integrante do Sistema Financeiro Nacional, toda e qualquer modificação na estrutura, organização e fundamento e atribuições do Banco Central do Brasil deve ser feita por meio de Lei Complementar.

O Relator para o caso foi o Ministro Gilmar Mendes, que, se valeu das mais variadas técnicas argumentativas no tocante a alegação de ausência de relevância e urgência. Tendo para tanto aduzido o seguinte:

[...] no caso é difícil considerar ilegítimas as razões explicitadas na Exposição de motivos correspondentes à MP 207, no sentido do papel absolutamente diferenciado do Presidente do Banco Central, tanto no plano interno quanto internacional. [...]. *Fosse correta tal impugnação, em muitas ocasiões se poderia impugnar uma Medida Provisória indagando porque ela não teria sido editada no primeiro dia do governo. Esse não me parece um argumento consistente, pois desconsidera um aspecto básico, qual seja a dimensão política e historicamente condicionada da atuação do Poder executivo.*

Nesta passagem de seu voto o Relator utiliza argumentos dissociativos de noções a fim de romper com a solidariedade proposta pelo Requerente, ou seja, alega ter sido desconsiderada a dimensão política e historicamente condicionada da atuação do Poder Executivo. Segundo complementa, a incompreensão desta dimensão tem gerado uma série de equívocos na avaliação dos requisitos de relevância e urgência.

Ainda para ratificar sua posição vale-se da técnica argumentativa fundada na estrutura do real, eis que busca na realidade elementos para dar-lhe sustentação:

Essa perspectiva desconsidera os inúmeros fatores que condicionam a prática dos atos de governo e o exercício do poder político. Há limitações de toda ordem. *Por vezes o fator é interno à administração.* Exemplo disso seria a ineficiência do Governo de identificar problemas e propor soluções. *E também há condições que são externas à estrutura do Executivo, como, por exemplo, a composição parlamentar que dá sustentação ao Presidente em determinado momento.* Há inúmeros outros fatores, e alguns transbordam as fronteiras nacionais [...] *O que pretendo enfatizar é essa dimensão política e histórica, ínsita ao próprio Direito Constitucional, que explica uma permanente mudança de cenário ao longo de um mandato presidencial. É nesse contexto dinâmico que são tomadas decisões pelo Presidente da República.* As condições políticas existentes no primeiro dia de mandato não são as mesmas de hoje ou do dia em que foi editada a MP 207.

Continua S. Exa.:

Lembro aqui, ademais, um registro de Canotilho, [...]. Penso, de modo diverso, que a partir do plano constitucional, há um amplo espaço para as mais diversas estratégias constitucionais. E como sabemos no âmbito do jogo de política e do direito, não obstante a existência daquilo que Canotilho designa como “espaço de indeterminação que permite a inventividade”, não há escolhas absolutamente livres.

Nesse trecho, valeu-se o Relator tanto da argumentação fundada na estrutura do real no tocante ao uso do argumento de autoridade evidenciada por uma referência

à obra de Canotilho, eminente jurista, como também se valeu do argumento de dissociação de noções ao apresentar seu pensamento, em determinado sentido, diverso da autoridade a quem referencia.

Noutro momento vale-se de argumentações que fundamentam a estrutura do real: “[...] os ‘jogadores do direito’ estão vinculados às referidas regras convencionais, ou pretendendo enfatizar é que não é promissora uma perspectiva que quer no plano, inviabilizar sumariamente a própria ação política e o *próprio jogo do direito*”. Note-se que o relator, consoante Canotilho, vale-se de uma ilustração à medida que se utiliza a noção de jogo para trazer a lume uma determinada realidade do direito.

Respaldando sua argumentação no pensamento de Garcia Amado, assevera que a atividade jurídica, enquanto realização do direito histórico, remete-se ao pensamento tópico, e não ao sistemático. Acrescenta pensamento de Garcia Amado e Viehweg no tocante a natureza tópica da lei. Assim, sob o argumento de autoridade conclui não aceitar as afirmações peremptórias no sentido da ausência dos requisitos de relevância e urgência, ou ainda, as eventuais alegações de que o ato impugnado seria fruto de um casuísmo.

Acrescenta mais adiante um argumento quase-lógico por implicação:

Quando a Constituição diz, no art. 84, inciso I, que compete privativamente ao Presidente da República nomear e exonerar os Ministros de Estado, obviamente está implícito que tal nomeação se dará na forma da Constituição e da lei. *Não poderá, por exemplo, o Presidente nomear um menor de 21 anos para chefiar um Ministério. Também não poderá nomear alguém que esteja privado de seus direitos políticos* (art. 87 da constituição).

Outrossim, apresenta argumentos que fundamentam a estrutura do real, pelo exemplo:

Não procedem, ademais, as alegações que buscam caracterizar a existência de uma incongruência decorrente da norma impugnada em face da ordem constitucional. Em verdade, o modelo constitucional contém algumas situações que demonstram um tratamento bastante casuístico no que toca aos cargos mais elevados da República.

O primeiro exemplo é justamente o do Advogado-Geral da União, que é Ministro por determinação legal. [...]. Outro exemplo interessante é o dos Comandantes Militares. Não obstante os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica estarem subordinados ao Ministério da Defesa, tais autoridades remanescem com foro especial perante esta Corte. Note-se que tais autoridades sequer possuem status de Ministro.

Por fim, estão abrangidos pela mesma disposição que confere prerrogativa de foro aos Comandantes Militares os chefes de missão diplomática de caráter

permanente (CF, art. 102, I, “c”). Também aqui temos um tratamento idêntico ente autoridades de diferente hierarquia, tendo em vista que os chefes de missão diplomática estão subordinados ao Ministro das Relações exteriores.

Ou seja, ainda que estivesse o Presidente do Banco Central subordinado ao Ministro da Fazenda, o que obviamente não ocorre no caso, não poderíamos extrair da Constituição um argumento normativo no sentido de que é incongruente conferir a autoridade de hierarquia distinta um mesmo foro judicial, pois é a própria constituição que faz isso.

Ademais, utiliza-se do raciocínio dissociativo para ratificar a inexistência de inconstitucionalidade:

Cabe, ainda, lembrar, uma breve consideração em relação à suposta ofensa à regra do art. 84, inciso I, a carta. No que toca ao Presidente do Banco Central, remanesce intacta a competência presidencial para nomear ou exonerar a qualquer tempo. A condição relativa à aprovação pelo Senado constitui um requisito adicional que na verdade fortalece o sistema constitucional de distribuição de poderes e que, obviamente, não elimina a ampla competência do Chefe do Executivo.

O Ministro também faz uso do argumento de autoridade valendo-se de precedentes da corte: “Cabe também lembrar que esta Corte já se pronunciou no sentido de que as questões de pessoal relativas ao Banco Central não estão sujeitas à reserva de lei complementar (ADI 449, Min. Carlos Velloso)”.

Como bem observa Mendonça (2003, p. 301), os raciocínios tópicos são inerentes à prática jurídica como um todo. Muito distante de a práxis jurídica ser tão-somente aplicação de regras, é ela uma constante interação com a realidade e com o exercício da motivação para o convencimento.

Nesse sentido, tanto Viehweg quanto Perelman ofereceram à ciência do direito valorosa contribuição dada a importância, na prática, da teoria da argumentação para uma abordagem tópica do direito. Pois é da essência dos procedimentos argumentativos a formulação de *topoi* ou tópicos para seu manejo.

A partir do momento que em seus julgados os juizes se utilizam desses argumentos retirados dos *topoi* ou *conjuntos de topoi*, suas sentenças tendem a se aproximar mais da realidade. Como já foi dito anteriormente, não se trata de um ato de autoridade, pois eivado também de valores e atento ao contexto em que está inserido o aplicador da norma. Não se trata da direta adequação fato-norma, mas de um ato decisório também lastreado nos princípios gerais cuja fonte é o senso comum.

5. CONCLUSÃO

“A tópica de Viehweg e a nova retórica de Perelman: contribuição e aplicação mediante a constituição da argumentação jurídica”, foge à pretensão de esgotar

as incontáveis contribuições que “O tratado da Argumentação Jurídica” de Perelman e que a “Tópica e Jurisprudência” de Theodor Viehweg de fato representou à ciência do direito.

Entretanto, através da releitura de seus trabalhos foi possível atentar para a sempre atual aplicação da tópica e da argumentação não só na prática jurídica, mas também no transcender dos diversos diálogos e discussões que o homem trava, enquanto ser social, ao longo de sua vida.

O método tópico-retórico de Viehweg trata-se, fundamentalmente, de uma proposta revitalizadora da dogmática jurídica na medida em que lhe devolve a dimensão jusnaturalista perdida nos tempos em que dominavam o pensamento positivista e kelseniano. Viehweg através de sua obra tenta mostrar quão são íntimas as conexões existentes entre o pensamento argumentativo, a dogmática jurídica e os processos de interpretação da lei.

Isso se dará através do reconhecimento da tópica como pensamento problemático inserto no sistema jurídico. Ou seja, através do sistema jurídico será oferecido o embasamento formal para as decisões judiciais, mas estas poderão ser ampliadas consoante princípios ou valores retirados dos *topoi* ou *conjuntos de topoi* com vistas à busca pelo justo em cada caso concretamente posto. Trata-se, de fato, de uma verdadeira “via de mão dupla”, na qual o sistema e a Tópica coexistem harmonicamente.

Neste diapasão, Perelman assemelha seu pensamento ao de Viehweg quando também busca uma retomada do pensamento aristotélico através do desenvolvimento de uma teoria epistemológica sobre os discursos, distanciada e oposta ao positivismo jurídico. Perelman elaborou uma verdadeira “teoria do convencimento” (WARRAT, 1995, 93), na qual o auditório aparece como o destinatário primeiro do discurso e guia do processo de escolha dos argumentos pelo orador em vista do convencimento e da adesão.

A tópica de Viehweg e a argumentação de Perelman propõem o resgate da investigação de soluções no campo do direito a partir da atividade intelectual dos juizes sem olvidar da realidade em que se encontram inseridos. Nesse sentido, a aplicação do direito ganha amplitude e dinamismo, pois não mais se encontra delimitada pela norma posta.

O estudo da tópica de Viehweg e das técnicas argumentativas como propostas por Perelman permite aos profissionais do direito, além da elaboração de fundamentações coerentes, a percepção das ideologias e valores pessoais que direcionam os julgados tanto prolatados pelos tribunais, quanto pelos magistrados.

Além disso, permite ao advogado, quando no exercício da advocacia, à elaboração de uma argumentação subsistente com vistas à dissociação ou associação de noções necessárias à defesa ou refutação de teses e imprescindíveis à conquista do convencimento do magistrado.

REFERÊNCIAS

- ALEXI, Robert. *Teoria da Argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: 2003. (Coleção Biblioteca de teses).
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHETS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito I: interpretação da lei, temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2. ed. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

IX

UM DIÁLOGO ENTRE GADAMER E ROSS

Eugênio Kruschewsky

Mestrando em Direito – UFBA. Advogado. Procurador do Estado. Professor de Direito Civil na UNIFACS e Faculdade Baiana de Direito. Professor de Processo Civil na EMAB.

RESUMO: O trabalho procura traçar linhas interscissivas entre a hermenêutica jurídica de Alf Ross e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, realçando, pois, as idéias comuns presentes na teoria de ambos, bem como sublinhando os pontos dissonantes, para concluir pela acentuada semelhança na estrutura da abordagem dos temas correlatos.

RIASSUNTO: Questo lavoro intenta fare una intercessione tra l'interpretazione di Alf Ross e di Hans-Georg Gadamer, sottolineando i punti affini e diversi, tutto in somma per concludere acirca della similitudine nella struttura dei posizione correlati.

PALAVRAS-CHAVE: Alf Ross. Hans-Georg Gadamer. Hermenêutica. Hermenêutica jurídica. Hermenêutica filosófica. Teoria da norma. Pré-compreensão. Método. História efeitual. Aplicação. Papel contributivo do intérprete. A experiência hermenêutica. Linguagem. Universalidade da hermenêutica.

PAROLE PRINCIPALI: Alf Ross. Hans-Georg Gadamer. Interpretazione, Interpretazione giuridica. Interpretazione filosofica. Teoria della norma. Precomprensione. Metodo. Applicazione. La contribuizione dell'interprete. La esperienza nella interpretazione. Linguaggio. L'universalidad della interpretazione.

SUMÁRIO: *Tomo I: Para conhecer Alf Ross:* 1. O corte epistemológico – 2. Teoria da norma – 3. A interpretação do direito: 3.1. Caracterização da interpretação; 3.2. O papel contributivo do intérprete – a natureza de sua atividade – *Tomo II: Para conhecer as principais idéias de Gadamer que afetam o pensamento de Ross:* 1. Introdução e Metodologia – 2. Síntese Biográfica – 3. Principais idéias de Hans-Georg Gadamer, com ênfase nas que possam relacionar-se com os ensinamentos de Alf Ross: 3.1. A valorização da pré-compreensão e a reabilitação do preconceito: 3.1.1. Paralelo com Ross; 3.2. O problema do método: 3.2.1. Paralelo com Ross; 3.3. A história efeitual como princípio: 3.3.1. Posição de Ross; 3.4. A reconquista do problema fundamental da hermenêutica: a aplicação: 3.4.1. Cotejo com o pensamento de Ross; 3.5. O papel do intérprete jurídico: criação e praticidade: 3.5.1. Comparação com Ross; 3.6. O conceito de experiência e a essência da experiência hermenêutica: 3.6.1. Cotejo com o magistério de Ross; 3.7. A linguagem: 3.7.1. Paralelo com Ross; 3.8. Universalidade da hermenêutica: 3.8.1. Cotejo com o magistério de Ross – 4. Conclusão – Referências.

TOMO I: PARA CONHECER ALF ROSS

1. O CORTE EPISTEMOLÓGICO

Para melhor compreender a proposta de estudo de Ross, apresenta-se relevante desvendar o seu corte epistemológico, posto que a construção do seu pensamento encontrará neste corte um limite de atuação e ao mesmo tempo uma trilha a seguir.

Mas antes mesmo de avançar na delimitação do campo de estudo de Ross, convém conhecer, em apertada síntese, dados biográficos e suas mais marcantes influências.

Nasceu na Dinamarca em 1899, tendo falecido em 1979. Em 1934 doutorou-se. Foi um expoente da escola realista do Direito, de feição normativista, integrando, pois, o chamado realismo escandinavo.

Entre os grandes jusfilósofos escandinavos, Alf Ross, da chamada “escola de Copenhague”, foi um dos mais expressivos representantes do realismo escandinavo, dentre os quais avultam Hägerström, Lundstedt, Olivecrona (escola de Uppsala), Jorgensen, Naess, Ofstad, Brusin, dentre outros. “Esse realismo é muito variado quanto às linhas de conteúdo, mas pode-se divisar uma identidade básica no que respeita às preocupações antimetafísicas de seus próceres. Alf Ross recebe significativa influência do sueco Axel Hägerström (1868-1939), quem lhe fez ver o vazio das especulações metafísicas no campo do direito e da moral, bem como de Hans Kelsen (1881-1973), de quem foi aluno em Viena e a quem agradece por tê-lo iniciado na filosofia do direito”¹.

De Hägerström, fundador da escola de Uppsala, Ross assimilou um conceito materialista da realidade e a inclinação a uma crítica filosófica da linguagem, na esteira do movimento neoempirista que, antes da segunda Grande Guerra, imperava na Europa, por influência do Círculo de Viena e da escola de Cambridge. “No âmbito da filosofia prática, em paralelo com as colocações sugeridas por Carnap, Ayer e Stevenson, e na mesma senda aberta por Hägerström, Ross sustentará que os valores são subjetivos, expressões de sentimentos e desejos, e não vinculados a propriedades reais dos objetos. Por isso não cabe predicar-lhes a verdade ou falsidade. Ainda por influência do fundador da escola de Uppsala, Ross critica a noção kelseniana de validade jurídica e defenderá uma reconstrução realista desse e de outros conceitos do direito, objetivando um conhecimento empírico dos mesmos”².

1. ALVES, Alaôr Caffé. *Apresentação à edição brasileira de Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, pg. 09.

2. Idem.

De Kelsen, Ross, apesar das críticas à teoria pura do direito, “assimila importantes elementos, como, por exemplo, a distinção entre normas e proposições jurídicas (da ciência jurídica); a coerção física como nota de identificação do direito; a importância das normas para caracterizar o direito e os juízes como destinatários das normas jurídicas”³.

De fato, a noção de coerção é cara ao conceito de Direito de Ross – o que em muito se aproxima de Kelsen -, mas a existência de elementos da teoria kelseniana absorvidos por Ross não faz dele um positivista ou normativista puro, a despeito das judiciosas opiniões em contrário⁴.

Ross preocupa-se em estudar o direito como fato social, devendo-se, neste esforço, empregar os padrões de observação e verificação da ciência empírica moderna. Adepto à filosofia empirista, Ross expressamente enuncia a “exigência analítica das noções jurídicas fundamentais serem interpretadas obrigatoriamente como concepções da realidade social, do comportamento do homem em sociedade e nada mais”⁵.

Chega a afirmar que a ciência do direito é aquela que, através da experiência, estuda o Direito de um país, enquanto o Direito seria, de seu turno, o conjunto de normas que regula a força, a força institucionalizada.

Como decisionista que é, o fato social que importa a Ross é aquele concebido, interpretado e decodificado pelos tribunais e, na medida em que reconhece que, ao fim e ao cabo, são os valores, princípios e ideologia do juiz que determinarão

3. Idem, pg. 10.

4. “Com essa definição de ordem jurídica, Ross passa a defender uma posição que, na tradição do pensamento jurídico, é conhecida por ‘normativismo’. Eugênio Bulygin já tinha denunciado a superficialidade dos intérpretes que vêm em Ross um antagonista da posição que define o direito como um conjunto de normas: ‘Se por realismo jurídico entende-se uma teoria para a qual o direito não consiste em normas, mas em algum tipo de fato (como, por exemplo, condutas de juízes e outros funcionários), então Alf Ross certamente não é um realista. Para Ross, o direito é um conjunto de normas (...). Por conseguinte, Ross rechaça toda interpretação reducionista das normas que pretende reduzi-las a proposições descritivas de certos fatos (como, por exemplo: predições de futuras sentenças judiciais)’.” (Barzotto, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – Uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, pg. 78).

“... é oportuno lembrar o diagnóstico de Pascua sobre o conjunto da teoria jurídica de Ross: nesta ‘se identificam as normas a partir de fatos (a prática judicial), que por sua vez só podem ser identificados como fatos juridicamente relevantes, por referência a normas. Todo o anterior nos leva necessariamente à conclusão, de certo modo intuitiva, de que mais que identificar as normas jurídicas a partir de certos fatos, Ross parte já de uma concepção a priori de quais são as normas jurídicas válidas.’” (idem, pg. 105)

5. ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003, pg. 19.

o conteúdo desse fato, adiciona a moral na construção do direito, afastando-se inapelavelmente do positivismo.

Ross enquadra-se, pois, como um realista normativista, que tem na práxis dos tribunais o objeto de sua preocupação e estudo, a ponto de afirmar que à ciência do direito cabe prever o posicionamento dos tribunais.

2. TEORIA DA NORMA

Ross consistiu em um dos primeiros jusfilósofos a investigar o direito como um fenômeno de comunicação e linguagem, daí poder-se dizer, com conforto, que se situava para muito além do seu tempo.

Sustentou a existência de três tipos básicos de expressão lingüística: i) a asserção, que exprime um estado de coisas; ii) a exclamação (auto-explicativa); iii) a diretiva, consistindo na linguagem que tem por escopo a determinação de comportamentos. A norma jurídica é uma diretiva porque prescreve um comportamento que deve ser observado.

Avança para consagrar, com Bobbio, a dicotomia da norma jurídica, que divide em normas de conduta, que prescrevem uma linha de ação, e normas de competência, que estabelecem um poder jurídico, para afinal concluir que todas são normas que prescrevem condutas, na medida em que a norma de competência prescreve o exercício do poder.

Ao considerar o direito como fenômeno de linguagem, Ross nitidamente revela adotar a teoria convencionalista da linguagem, não sem antes promover uma distinção entre signos e símbolos, relacionando os primeiros aos fenômenos da natureza e os segundos a inventiva humana, uma criação artificial, portanto.

As palavras, componentes da linguagem, seriam símbolos, e os seus significados arbitrários, no sentido de que a relação entre símbolo e significado é determinada tão somente pela convenção. Leciona Ross:

(...) o fato da luz vermelha ser também símbolo de uma restrição policial relativamente ao cruzamento depende de uma convenção que poderia, perfeitamente, ter conferido ao vermelho um significado diferente. Todos os símbolos são convencionais, isto é, a conexão entre o símbolo e o que ele simboliza é produzida por seres humanos através de acordo ou uso (costume).

De todos os sistemas de símbolos, a linguagem é o mais plenamente desenvolvido, o mais eficaz e o mais complicado. A linguagem pode manifestar-se como uma série de formas auditivas ou visuais (fala e escrita). O significado atribuído a estas formas é claramente convencional. Nada impediria que a palavra

gato fosse empregada para designar o animal doméstico de quatro patas que faz ‘*uau, uau*’ e *cão* para designar o que faz ‘*miau*’.⁶

Evidentemente que Ross não considerou – o que talvez não fosse possível, em face do estágio de desenvolvimento do estudo da linguagem –, na formulação de sua teoria as linguagens não alfabéticas, como a cuneiforme, os hieróglifos e boa parte das linguagens asiáticas, circunstância que, embora criticada, parece-me apropriada se lecionava à luz dos padrões do direito ocidental, bem como considerando a antiguidade e primitividade das línguas não cogitadas.

3. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

O autor dinamarquês cristaliza em quatro axiomas o seu entendimento acerca do uso das palavras empregadas no cotidiano, que consiste mesmo nas palavras utilizadas pelo direito.

Sustenta que “1º) o significado possível de toda palavra é vago; seu campo de referência possível é indefinido. 2º) a maioria das palavras são ambíguas. 3º) o significado de uma palavra é determinado de modo mais preciso quando é considerada como parte integrante de uma expressão definida. 4º) o significado de uma expressão – e com isso o significado das palavras contidas na mesma – é determinado de modo mais preciso quando a expressão é considerada na conexão em que é formulada. Esta conexão pode ser lingüística (o contexto) ou não lingüística (a situação). Com base em 3. e 4. é possível formular a seguinte generalização: o significado de uma palavra é uma função da conexão – expressão, contexto, situação – na qual a palavra aparece.”⁷

Assim sendo, Ross claramente considera, em face da vagueza e ambigüidade próprias das palavras, que não prescindem do contexto ou da situação para serem compreendidas, impossível realizar-se uma interpretação literal. Nega, portanto, a possibilidade da interpretação literal.

É inventivo o seu entendimento de que toda palavra ostenta uma zona central, sólida, de referência semântica, cercada por um halo de incerteza. A passagem da referência semântica deste círculo nebuloso mais externo para o núcleo é realizada pelo contexto ou situação em que empregada a palavra.

6. Ob. Cit., pg. 140.

7. Idem, pg. 143.

A esta altura do trabalho de Ross já é possível estabelecer o seu primeiro conceito de interpretação, como “atividade que colima expor o significado de uma expressão”⁸.

Realiza duas classificações básicas de interpretação, começando por distinguir a interpretação por significado, como sendo aquela em que “o significado de uma expressão seja definido mais claramente por meio de uma descrição formulada em palavras ou expressões diferentes, cujo significado seja menos vago”⁹, da interpretação por referência, executada “de uma tal maneira que ante um conjunto de fatos concretos experimentados sob forma definida, seja possível decidir com um *sim*, um *não* ou um *talvez* se o conjunto de fatos constitui ou não uma referência que corresponde à expressão”¹⁰.

Uma segunda distinção que promove, estabelecendo, já agora, uma abordagem toda própria e inovadora de uma antiga questão, consiste na divisão que promove entre interpretação objetiva e subjetiva. Confira-se o ensinamento diretamente da fonte:

É freqüente se fazer uma distinção entre as chamadas *interpretação subjetiva* e *interpretação objetiva*, no sentido de que a primeira visa a descobrir o significado que se buscou expressar, isto é, a idéia que inspirou o autor e que este quis comunicar, enquanto a segunda visa estabelecer o significado comunicado, isto é, o significado contido na comunicação como tal, considerada como um fato objetivo. Um trabalho literário ou científico, por exemplo, pode ser interpretado buscando-se atinar como que o autor realmente pensou e desejou expressar, ou pode ser considerado como uma manifestação intelectual objetiva, divorciada de seu autor, caso em que a interpretação busca descobrir o significado que a obra pode transmitir a uma pessoa que a lê. De modo idêntico, uma promessa pode ser interpretada tendo em vista o que o promitente realmente tencionou expressar (mesmo quando tenha se expressado mal), ou tendo em vista o significado que suas palavras podem ter transmitido ao destinatário.

Encarada assim como contraste absoluto entre intenção e comunicação, entre o que se quer dizer e o que se diz, a distinção é insustentável. Por um lado, a intenção, sendo um fenômeno de consciência interno do autor, é fundamentalmente inacessível. O que entendemos por interpretação subjetiva é, na realidade, a interpretação que atingimos quando tomamos em consideração não apenas a expressão lingüística, como também todos os outros dados relevantes: o contexto e a situação, que incluem as opiniões políticas e filosóficas do autor, o propósito declarado e o propósito presumido que o guiou na formulação da expressão etc.(...).

8. Ob. Cit., pg. 145.

9. Idem.

10. Ibidem.

A diferença entre interpretação subjetiva e objetiva, portanto, não deverá ser buscada no contraste entre os propósitos da interpretação (o significado tencionado em oposição ao significado comunicado). Toda interpretação parte da comunicação e busca atingir a intenção. A diferença depende dos dados tomados em consideração ao interpretar. A interpretação subjetiva se vale de todas as circunstâncias que podem lançar luz sobre o significado, particularmente, todas as circunstâncias pessoais e de fato ligadas à composição da expressão e a sua declaração. A interpretação objetiva restringe os dados aos discerníveis pelo destinatário na situação em que ele se acha ao apreender a expressão.¹¹

Ao estudar o papel criador do juiz, Ross chega também a divisar um estilo interpretativo livre de um limitado, como se terá melhor oportunidade de consignar, adiante.

Um segundo sentido de interpretação consagrado por Ross é o do trânsito da regra geral para a particular, em uma palavra: aplicação¹². Tal concepção é marcadamente coerente com o corte epistemológico promovido por Ross. Preocupado em tomar o direito como fato social e ainda mais focado em estudar esta prática social operada nos tribunais, como um decisionista autêntico, Ross funde interpretação em aplicação.

Para Ross não há que distinguir interpretação e aplicação, porque quando se interpreta ao mesmo tempo aplica-se, e a interpretação que não envolve aplicação não reúne valor.

Esta noção interpretativa de Ross foi objeto de críticas. No condizente ao primeiro sentido, de operação de extração de significado de uma diretiva, não escapa à ambigüidade de saber-se se a interpretação é o nome que se dá ao processo ou ao resultado dele. Ross admite esta ambigüidade e emprega a expressão nos dois sentidos.

Na segunda acepção, de interpretação como passagem da regra geral para a particular, como aplicação, despreza o fato de que a segunda atividade é bem mais ampla que a primeira, embora pretenda equipará-las. No processo de aplicação não ingressa apenas a interpretação da regra, mas também a interpretação do fato¹³. Outro problema da visão rossiana é o predomínio da atividade judicial na

11. Ob. Cit, pg. 150.

12. *“Temos que analisar, portanto, a prática dos tribunais e nos empenharmos em descobrir os princípios ou regras que realmente os norteiam no trânsito da regra geral à decisão particular. Denominamos essa atividade método jurídico, ou, no caso da aplicação do direito formulado (direito legislado em lato sentido), interpretação”* (Direito e Justiça, pg. 136).

13. Tal crítica pode ser um tanto suavizada ao se constatar o papel criativo do intérprete para Ross e o raciocínio pragmático do magistrado diante das conseqüências da decisão, o que bem pode refutar a sua ausência de preocupação do fato que não se situe no âmbito da decisão do tribunal.

interpretação, reservando à doutrina apenas o papel de prever decisões. Outrossim, confere pouca ou nenhuma importância à interpretação dos particulares, porque entende, com Kelsen, que o órgão judicial é o destinatário da regra jurídica.

3.1. Caracterização da interpretação

Do quanto ensinou Ross pode-se extrair uma caracterização de sua interpretação. Em primeiro tem por objeto as diretivas, as normas, o que o aproxima do equívoco de Kelsen, posto ser a extração da norma o resultado da interpretação da regra.

Os instrumentos que o intérprete se utiliza seriam variados e divergem de acordo com o tipo de interpretação.

Embora não distinga entre interpretação autêntica e não-autêntica, como faz Kelsen, pode-se afirmar que reconhece uma interpretação feita pelos órgãos com competência normativa e outra realizada pela ciência do direito, identificando, assim, os sujeitos da interpretação.

Evidentemente que, por ser realista, prioriza a interpretação feita pelos órgãos com competência normativa.

3.2. O papel contributivo do intérprete - a natureza da sua atividade

Para Ross a atividade do juiz é um problema prático. Além de ato cognoscitivo, de compreensão e entendimento, é um ato de vontade, e nesta vontade ingressam os valores do intérprete, o mundo do intérprete, a sua ideologia.

Ross não é ingênuo na defesa da neutralidade positivista. Neste sentido, critica o positivismo ao afastar a influência dos valores e moral no ato de interpretar e decidir. Em verdade, contudo, a divergência decorre do corte epistemológico, posto que, enquanto o positivismo se preocupa apenas em estudar a norma, o realismo adota um corte mais amplo, preocupa-se com o fato, dentro do qual se aloja a norma.

Mas esta ideologia para Ross, por ele chamada de consciência jurídica material, não é anunciada, se apresenta veladamente, escondida em uma fachada de justificação, camuflada, pois, pelos métodos de interpretação, princípios gerais do direito, brocardos jurídicos, escamoteada por toda uma cortina de justificação que ele chamou de consciência jurídica formal (natureza descritiva).

O intérprete/juiz não é para Ross um autômato. Ao tempo em que pode ser influenciado pelas regras postas, pela descrição dos cânones majoritariamente

aceitos (consciência jurídica formal), inova para fazer imperar o seu feixe de valores, atuando de acordo com a sua consciência jurídica material.

Usualmente – ou mais ainda: quase sempre - a consciência jurídica material do magistrado coincidirá com o conjunto de regras dimanadas do sistema posto, o que se apresenta mais que natural, uma vez que o magistrado é um homem, e, presume-se, um homem do seu tempo, sintonizado, pois, com os reclamos da maioria contidos nos regramentos oficiais.

A propósito do incontestado papel contributivo do intérprete/juiz na construção da norma, pontifica Ross, com a autoridade que a ninguém é dado recusar:

O juiz é um ser humano. Por trás da decisão tomada encontra-se toda sua personalidade. Mesmo quando a obediência ao direito (a consciência jurídica formal) esteja profundamente enraizada na mente do juiz como postura moral e profissional, ver nesta o único fator ou móvel é aceitar uma ficção. O juiz não é um autômato que de forma mecânica transforma regras e fatos em decisões. É um ser humano que presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser corretas de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural. Seu respeito pela lei não é absoluto. A obediência a esta não constitui o único motivo. Aos seus olhos a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões ou valorações que denominamos *tradição cultural* (...). Sob o nome de consciência jurídica material essa tradição vive no espírito do juiz e cria um motivo passível de entrar em conflito com a consciência jurídica formal e sua exigência de obediência ao direito.¹⁴

O ato de interpretar e decidir – afinal para Ross aplicar é interpretar – se afirma, portanto, como o resultado de uma projeção de vetores que se opõem ou se auxiliam, e que são formados pela consciência jurídica material e formal.

Mas esta dicotomia de consciências sublinhada por Ross consiste apenas em uma categoria teórica, posto que, na prática decisória, muito raramente o intérprete reconhece tal distinção e, muito menos, qualquer oposição existente entre a consciência jurídica formal e material.

De toda sorte, registra Ross, peremptoriamente, que “a administração do direito não se reduz a uma mera atividade intelectual. Está enraizada na personalidade total do juiz tanto em sua consciência jurídica formal e material quanto em suas opiniões e pontos de vista racionais. Trata-se de uma interpretação construtiva, a qual é, simultaneamente, conhecimento e valoração, passividade e atividade”¹⁵.

14. Ob. cit., pg. 168.

15. Ob. cit., pg. 169.

Ross não se arrisca a considerar desvantajoso, porém, que a consciência jurídica material seja apresentada de modo velado, antes disso entende que “sem uma profunda investigação de psicologia social, não ousaria sequer negar que é provável que essa ficção tenha, inclusive, efeitos socialmente benéficos”¹⁶.

A interpretação para o professor escandinavo é, evidentemente, um problema prático. De tal circunstância decorre que reconhece a existência e consideração pelo intérprete aplicador de fatores pragmáticos da interpretação, que consistem em projeções realizadas pelo juiz acerca do resultado prático da interpretação. Traduz-se, em síntese apertada, em uma avaliação do juiz quanto às conseqüências da interpretação.

Com isto Ross promove uma valorização da argumentação na decisão jurídica, isto porque somente a argumentação poderá escamotear a consciência jurídica material incidente para influir na decisão, bem como conduzir a dicção judicial a um resultado desejado, considerando-se, pois, as conseqüências práticas de tal efeito.

Daí porque Ross considera que os problemas semânticos da interpretação¹⁷ são resolvidos através da administração da justiça, da argumentação, ou seja, para atender a sua ideologia, o juiz argumenta utilizando-se da fachada, da cortina, de justificação, de modo a fazer imperar a sua consciência jurídica material.

Este evoluir de pensamento termina por reconhecer abertamente, como visto na citação acima, que o juiz poderá decidir contrariamente ao direito, contrariamente à lei, mas de tudo fazendo para manter a aparência de respeitabilidade e observância das fontes normativas formais.

O juiz, portanto, o intérprete, é criador de direito e o reconhecimento dos fatores pragmáticos da interpretação, as considerações das conseqüências influenciando na decisão consiste, quiçá, na maior contribuição do pensamento jusfilosófico de Ross.

E acerca da atualidade deste pensamento dão provas os reiterados julgamentos da mais alta corte de justiça do país, que recorrentemente leva em consideração os

16. Ob. cit., pg. 185.

17. Ross considera haver três problemas fundamentais de interpretação: os sintáticos, que dizem respeito à relação da palavra na frase, que é por ele constatado e descrito, mas não solucionado; os lógicos, que dizem respeito à relação de expressões de linguagem com outras expressões de linguagem, dividindo-se em inconsistências (antinomais a serem resolvidas pelas regras da *lex superior, posterior e specialis*), redundâncias (repetições de enunciados normativos) e pressuposições (adoção de premissas fáticas ou jurídicas equivocadas); e, finalmente, problemas semânticos, relacionados ao alcance e delimitação do significado de palavras, expressões ou frases.

efeitos práticos de suas decisões, tentando fundamentá-las juridicamente – pelo manejo de princípios, pela tradução do espírito da lei, da vontade do legislador, pela invocação de brocardos jurídicos – através de construções de pensamento que não logra abandonar a argumentação pragmática e a medição das conveniências, sociais inclusive.

TOMO II: PARA CONHECER AS PRINCIPAIS IDÉIAS DE GADAMER QUE AFETAM O PENSAMENTO DE ROSS

1. INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

Evidentemente que não se ostenta a pretensão de esgotar, neste espaço, as idéias dos autores aqui citados, mas tão somente eleger aquelas que, a par de relevantes, tocam-se em conteúdo, permitem a realização de um paralelo comparativo, seja de aproximação, seja de afastamento.

De outra sorte, priorizou-se a descrição de algumas idéias de Ross e dados de sua biografia – o que foi feito no primeiro capítulo - que vão mesmo além da pretensão cotejadora por ter sido ele um jusfilósofo, de modo que o seu campo de atuação guarda uma relação mais direta com a operação do direito, sem demérito, naturalmente, da monumental contribuição de Gadamer para a compreensão das ciências do espírito, nas quais está incluído o direito.

Assim, enquanto o primeiro capítulo procurou conferir uma abordagem mais referencial dos ensinamentos e do personagem, o presente se limitará a focar as principais idéias de Gadamer, mormente aquelas que se relacionam com o magistério de Ross, realizando desde logo, neste capítulo e no momento que se apresente adequado, um estudo comparativo, a fim de se evitar repetições.

Na medida, contudo, em que se for realizando o cotejo, alguns ensinamentos de Ross antes não consignados serão objeto de abordagem ou abordados de forma um tanto diversa, enriquecendo, pois, a comparação. No mesmo passo, haverá reflexões de Gadamer que, em face de sua relevância, serão abordadas ainda que não mantenham relação direta com o magistério de Ross, posto que úteis para a compreensão do entendimento global da proposta do autor alemão.

2. SÍNTESE BIOGRÁFICA

Hans-Georg Gadamer (1890-2002) lecionou em Leipzig, Frankfurt e Heidelberg. Professor emérito desde 1968. Suas obras completas, que começaram a ser publicadas a partir de 1986, abrangem todo o âmbito da hermenêutica, em um intenso diálogo com Platão, Aristóteles, Hegel e Heidegger.

É comumente chamado de o Sócrates contemporâneo, tamanha a sua importância na construção e fornecimento de novas bases para o fenômeno da compreensão. Consiste, sem favor, no maior nome da hermenêutica filosófica e, malgrado seja inovador, não despreza o caminho construído por seus antecessores, como Ast, Chladenius, Schleiermacher, Spinoza, Dilthey, Droysen, Ranke e muitos outros.

3. PRINCIPAIS IDÉIAS DE HANS-GEORG GADAMER, COM ÊNFASE NAS QUE POSSAM RELACIONAR-SE COM OS ENSINAMENTOS DE ALF ROSS

3.1. A valorização da pré-compreensão e a reabilitação do preconceito

Não se pode separar o intérprete do homem. Quando um intérprete se aproxima do texto, diz Gadamer, carrega consigo o seu mundo, os seus conceitos prévios (pré-conceito positivo¹⁸), a sua pré-compreensão, que se encontrará com o mundo do objeto, de modo que a compreensão se dará em uma fusão de horizontes¹⁹⁻²⁰.

18. “Ao nosso ver Gadamer deixa bem claro neste ponto duas idéias. A primeira de que só consegue realizar uma ciência do espírito aquele que já apresente um mínimo de conhecimento a respeito daquilo que vai estudar: Ou seja, Gadamer já traça desde o início a necessidade dos preconceitos para que se consiga obter um verdadeiro conhecimento científico. Também vemos nessa definição uma similitude muito grande entre a idéia deste ‘senso de tato’, ‘memória’, ou ‘dessas aptidões de outra espécie’ com o que é descrito pelos romanos através dos cânones, aqui claramente descrito o cânone da consonância. Pode-se dizer que o cânone da consonância corresponde ao que chamamos hoje de base de conhecimento, ou seja, segundo os romanos, para se obter uma interpretação jurídica correta, o intérprete já deveria apresentar um mínimo de conhecimento ou um conhecimento similar àquele que estava sendo apresentado a ele naquele momento”, SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 77.

19. “Como nos indica a crítica empreendida por Gadamer à consciência histórica, o horizonte significativo dentro do qual um texto ou um acto histórico se situam, é abordado interrogativamente a partir do nosso próprio horizonte; e quando interpretamos, não abandonamos o nosso próprio horizonte, antes o alargamos de modo a fundi-lo com o do acto ou com o do texto. Não se trata de encontrar as intenções do personagem histórico ou do escritor do texto. É a própria herança que fala no texto. A dialéctica da pergunta-resposta efectua uma fusão de horizontes”; PALMER, Richard E, *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, p. 203.

20. “Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”, GADAMER, Hans-Georg, *Verdade e Método*. Petrópolis-RJ e Bragança Paulista – SP: Vozes e Universitária São Francisco, 7ª edição, pg. 404.

Gadamer não distingue sujeito de objeto, nele o objetivo é subjetivo²¹, porque o mundo a ser interpretado deixa de ser o do objeto, do texto, mas como o intérprete se vê no texto.

E como é possível realizar essa fusão, como é possível reconhecer e interagir com elementos do texto que a princípio podem parecer estranhos a quem lê? Porque todos: intérprete e objeto estão imersos na tradição²². E o modo como ela se revela é a linguagem, que não é vista como um instrumento, mas uma “revelação conhecida”, um fenômeno natural da cultura (essa idéia é exacerbada até a admissão da linguagem como um ser).

Nesse sentido é que se posiciona Bleicher, ao comentar Gadamer, afirmando ser “uma condição hermenêutica que nos refiramos a uma compreensão prévia concreta que, em si mesma, em última análise, remonta ao processo de socialização, i. e., à introdução numa tradição comum”²³. Afirma, ainda que “(...) Gadamer é de opinião que o esclarecimento hermenêutico de expressões incompreensíveis ou equívocas tem de levar sempre a um consenso, que foi já estabelecido com segurança por uma tradição convergente”²⁴.

Gadamer promove, já se vê, a recuperação da idéia de preconceito, que o iluminismo categorizou como um obstáculo da razão – o próprio iluminismo tinha o seu preconceito essencial: era contra os preconceitos –, para assumi-lo como o componente inevitável e benfazejo de colaboração do intérprete na fusão de horizontes. Exemplo do enfoque diferente da noção dá-se no modo como ele enxerga a autoridade, não como arbítrio, mas como a compreensão que alguém tem autoridade porque conhece mais do que o outro. Chegou a afirmar que arbitrário é tudo que não pode ser compreendido, de modo que a autoridade não será arbitrária, por ser passível de compreensão.

O iluminismo considerava que a fonte última da autoridade não era mais a tradição, mas a razão, de modo que procurava afastar os preconceitos através de métodos lógicos seguros, a fim de possibilitar algo como objetividade nas ciências do espírito. Gadamer reabilita a autoridade e a tradição. Os preconceitos não

21. Gadamer “orienta o seu pensamento para a questão mais filosófica do que é a interpretação e a possibilidade de uma ‘objectividade’ histórica na elaboração de interpretações válidas. Gadamer, na seqüência de Heidegger, orienta o seu pensamento para a questão mais filosófica do que é a interpretação em si mesma defende de um modo igualmente convincente que a compreensão é um acto histórico e que como tal está sempre relacionada com o presente. Sustenta que é ingênuo falarmos de ‘interpretações objectivamente válidas’, pois fazê-lo implicaria ser possível uma compreensão que partisse de um ponto de vista exterior à história”; PALMER, ob.cit., pg. 55.

22. “(...) no diálogo hermenêutico, o tema central em que estamos inseridos – tanto o intérprete como o texto – é a tradição, a herança.”, PALMER, ob.cit., pg. 202.

23. BLEICHER, Josef, *Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980, p. 286/287.

24. Ob. cit., pg. 286.

precisam ser afastados, mas elaborados de forma interpretativa. É de Grondin a lição de que, com Gadamer, “não se pode tratar apenas de um simples afastamento dos preconceitos, porém de seu reconhecimento e elaboração interpretante”²⁵.

3.1.1. Paralelo com Ross

Nesta abordagem da pré-compreensão Ross se aproxima muito de Gadamer ao afirmar, criticando a ingênua neutralidade positivista, que quando o intérprete se dirige ao texto carrega consigo a sua ideologia, a sua compreensão prévia de mundo, posto que estruturando toda interpretação existem os valores do intérprete. Neste sentido, como visto, é um opositor do positivismo por promover um afastamento da influência dos valores e moral no ato de decidir.

Ross divide as fontes de direito como totalmente objetivadas (lei), parcialmente objetivadas (costumes etc.) e não-objetivadas, na qual inclui a razão e a tradição. Mas esta tradição tem um sentido mais reduzido, ao que parece, para Ross, mais convencional, como o hábito social consagrado pelo uso, não assim o sentido conferido por Gadamer, qual seja uma influência cultural co-participativa e irresistível que integra o modo de pensar de todos nela imersos.

A tradição para Gadamer é, a um só tempo, um fato e um valor, que ostenta feição absoluta, à qual todos estão integrados e integram, que é influenciada por todos e ninguém escapa ao seu condicionamento.

3.2. O problema do método

De há muito que a possibilidade do estudo dos fenômenos da natureza ser empreendido através de um método uniforme conferiu dignidade a este estudo. Tãmanha, que a aplicabilidade do método passou mesmo a ser critério definidor da natureza científica do objeto estudado. Adquiria o respeito de ser alcunhado por ciência a tudo que se pudesse aplicar, portanto, o método científico.

Autores da dimensão de Dilthey dedicaram o esforço de uma vida a tentar provar que o método científico também poderia ser aplicado ao estudo das humanidades, dos institutos culturais, a fim de conferir, também a este estudo, a dignidade de ciência, ciências do espírito.

Tal tarefa, a um só tempo de aproximação e afirmação, que bastas vezes assumiu feição obsessiva, nunca foi desincumbida de forma satisfatória, posto que as peculiaridades das ciências do espírito reivindicavam sempre adaptações e

25. GRONDIN, Jean, *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 187.

modificações que desvirtuavam a aplicação de um método científico puro, o que fazia desta categoria científica um tipo menor de estudo.

Desta obsessão desgarra-se Gadamer, de forma peremptória. “Verdade e método efetuará uma crítica fundamental à obsessão metodológica, revelada na preocupação pela cientificidade das ciências do espírito”²⁶. Na apreciação de Gadamer, a ciência moderna seguiu o princípio cartesiano de não aceitar como certo nada sobre o que pare a mais tênue dúvida, junto com a concepção do método que corresponde a essa exigência. Sustenta, pois, que o método cartesiano, tão útil às ciências da natureza não tem a mesma ressonância para as ciências do espírito.

Gadamer hostiliza a hegemonia do método, reage contra isso com evidente energia. Para ele o método não é a única forma para o alcance da verdade. “O caráter científico das ciências do espírito pode ‘antes compreender com base na tradição de formação cultural, do que a partir da idéia de ciência moderna’. Aqui se desvenda o significado do recurso à tradição humanística no início de ‘Verdade e Método’. Pois, no seio dessa tradição é que foram formulados os conceitos capazes de fazer jus à pretensão cognitiva própria das ciências do espírito”²⁷.

A dispensa do método científico, cartesiano, pelas ciências do espírito não lhe retira dignidade²⁸. Trata-se de uma abordagem de compreensão diversa destinada as ciências do espírito, a ser realizada pela hermenêutica, cuja tarefa não consiste em desenvolver um procedimento compreensivo, mas esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão.

No magistério sistematizador do professor Paulo Pimenta, Gadamer abomina a idéia de método e raciocínio cartesiano; mui ao reverso, convive com a arbitrariedade, o subjetivismo e o relativismo. Para Gadamer o arbitrário é o que não pode ser compreendido, chega a afirmar, como visto, que a autoridade não é arbitrária porque pode ser compreendida.

3.2.1. Paralelo com Ross

Ross é adepto da filosofia empirista e sua proposta é estudar o direito à luz dos padrões de observação e verificação da ciência empírica moderna. Não deixa

26. GRONDIN, ob. cit., pg. 183.

27. Idem.

28. “Na verdade, as ciências do espírito estão muito longe de se sentirem simplesmente inferiores às ciências da natureza. Na herança espiritual do classicismo alemão elas desenvolveram, antes, a consciência de orgulho de serem o verdadeiro suporte do humanismo”, GADAMER, Hans-Georg, Verdade e Método, Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Petrópolis-RJ e Bragança Paulista-SP: Vozes e Universitária São Francisco, 7ª ed., vol. I, pg. 43/44.

espaço para dúvidas ao afirmar, no prefácio à edição inglesa de Direito e Justiça que “a principal idéia deste trabalho é levar no campo do direito os princípios do empirismo às suas conclusões últimas. Desta idéia emerge a exigência metodológica do estudo do direito seguir os padrões tradicionais de observação e verificação que animam toda a moderna ciência empirista, e a exigência analítica das noções jurídicas fundamentais serem interpretadas obrigatoriamente como concepções da realidade social, do comportamento do homem em sociedade e nada mais”²⁹.

É natural a conclusão, portanto, de que Ross é um adepto do método cartesiano, expressado e reproduzido na noção empírica moderna, bem como da sua aplicação ao direito, uma das ciências que poderiam ser categorizadas como do espírito, distanciando-se fundamentalmente das noções externadas por Gadamer a propósito do tema.

Não obstante isso, Ross não acha possível estabelecer critérios objetivos para a interpretação, o máximo que se apresentaria possível seria identificar um método ou um estilo constatado na experiência, sobretudo dos tribunais.

3.3. A história efetual como princípio

A noção de história efetual e a sua elevação como princípio consiste em uma das mais caras noções do pensamento gadameriano. Gadamer propõe a superação do historicismo (Grondin chamou de auto-superação), elevando a historicidade da compreensão a um princípio hermenêutico.

Segundo o autor,

Um pensamento verdadeiramente histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar. Só então deixará de perseguir o fantasma de um objeto histórico – objeto de uma investigação que está avançando – para aprender a conhecer no objeto o diferente do próprio, conhecendo assim tanto um quanto o outro. O verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas a unidade de um e de outro, uma relação formada tanto pela realidade da história quanto pela realidade do compreender histórico. Uma hermenêutica adequada à coisa em questão deve mostrar a realidade da história na própria compreensão. A esta exigência eu chamo de “história efetual”. Compreender é, essencialmente, um processo de história efetual³⁰.

Leciona Grondin que “a ulterior exigência de Gadamer por uma compreensão preocupada com a objetividade nas ciências do espírito, deve ser constatada

29. Ob. cit., pg. 19.

30. Verdade e Método I, pg. 396.

na elaboração da história efetual. Por história efetual (*Wirkungsgeschichte*) entende-se, desde o século 19, nas ciências literárias, o estudo das interpretações produzidas por uma época, ou a história de suas recepções³¹. Em outras palavras, a história das interpretações.

Gadamer sustenta, em outras palavras, que a compreensão, o pensar, é um fenômeno histórico, de modo que todos estão sempre sob os efeitos dessa história efetual. Nós pertencemos a história, mais do que ela nos pertenceria³².

Nossa consciência foi forjada pela história, ela é historicamente condicionada, ela é, segundo Grondin “efetuada pela história”.

E o compreender-se como um ser histórico, cuja compreensão é condicionada pela história, é histórico, e contraria a ingenuidade da fé metodológica de um conhecimento hermético, não influenciado pelas condicionantes históricas.

“Tal é precisamente o poder da história sobre a consciência humana limitada: o poder de impor-se inclusive onde a fé no método quer negar a própria historicidade”³³.

A consciência da história efetual registra que não nos postamos diante da situação, estamos nela.

Não existe um horizonte do passado estático e um do presente hermético, eles estão comunicando – junto com o do intérprete, que é histórico – e em permanente movimento. Compreender é fundir esses horizontes³⁴.

31. Ob. cit., p. 190.

32. “A historicidade fundamental do *eis-ai-ser* implica que seu ser é uma mediação entre o passado e o presente na direção do futuro que se abre. Ora, isso significa dizer que nossa historicidade não é uma limitação, mas antes ‘condição de possibilidade’ de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora ‘condições transcendentais’ de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela”, OLIVEIRA, Manfredo Araújo, *Reviravolta Lingüística-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2ª ed., p. 227/228.

33. *Verdade e Método I*, p. 398.

34. “Tanto a formação quanto a fusão dos horizontes têm agora também uma importância bem delimitada dentro da obra de Gadamer, *Verdade e Método*. Importância esta que é a de descrever como se dá a realização da consciência da história efetual, a partir de uma obra humana. É bastante nítida a vinculação (relação) entre a fusão de horizontes e a história efetual, isto porque é no momento que se fundem tanto o horizonte da obra como o horizonte do intérprete, que surge a compreensão do texto (forma-se um sentido), ou, como já foi dito acima, aparece a compreensão como uma forma de efeito”, SALGADO, ob. cit., pg. 81.

Vale o registro de que Gadamer distingue consciência da história efetual com a investigação da história efetual, quer seria o “rastros que uma obra deixou atrás de si”³⁵.

Resta evidenciado, portanto, que Gadamer concebe o homem – e consequentemente o seu agir e pensar - como um ser pertencente a história, posto que à luz da hermenêutica histórica o homem está dentro do processo histórico, é seu protagonista, a um só tempo condicionador e condicionado.

3.3.1. Posição de Ross

O professor dinamarquês não tem o princípio da história efetual como tema de suas preocupações diretas, mas age em consonância com a idéia de que o pensar está, por igual, historicamente condicionado.

Com efeito, é um homem do seu tempo – sem renunciar a certa dose de vanguarda, revelada, sobretudo, no estudo do direito como fenômeno de linguagem -, cujas idéias são fortemente influenciadas por seus predecessores, como Kelsen. É atento, pois, ao eco do passado positivista e focado nos passos do seu presente realista.

Reconhece que o direito é fruto de um processo histórico de construção, não negando, portanto, a influência e o condicionamento da história no desenvolvimento da ciência jurídica³⁶.

3.4. A reconquista do problema fundamental da hermenêutica: a aplicação

Gadamer funde compreensão, interpretação e aplicação³⁷. Quando se interpreta ao mesmo tempo se compreende e aplica-se. Expressamente afirma pensar que “a aplicação é um momento tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”³⁸.

Para ilustrar seu pensamento, aborda a importância da aplicação para a hermenêutica jurídica e teológica. Não se quer entender historicamente uma lei, mas

35. Ob. cit., p. 447.

36. Ob. cit., p. 26.

37. *“Nossas reflexões nos levaram a admitir que, na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido à situação atual do intérprete. Nesse sentido nos vemos obrigados à dar um passo mais além da hermenêutica romântica, considerando como um processo unitário não somente a compreensão e interpretação mas também a aplicação”*, GADAMER, ob. cit., p. 407.

38. Ob. Cit., p. 407.

aplicá-la no caso em concreto, uma vez que “a interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica”³⁹ e a interpretação teológica deve ser redentora (aplicada).

Sustenta que a interpretação jurídica e a aplicação a um caso concreto não são atos separados, mas um processo único.

As hermenêuticas jurídica e teológica, já se vê, são utilizadas como plataformas para o lançamento da idéia da interpretação como aplicação, justamente porque, para elas, não há, em tese, conhecimento válido que não possa ser aplicável, seja à dogmática da fé, seja ao caso submetido a julgamento.

Tal união entre interpretação e aplicação passa a ser válida para toda hermenêutica, o que consiste em decorrência natural da premissa universalista da hermenêutica adotada por Gadamer.

O comentário de Grondin é concordante com o que até aqui afirmado, ponderando que a interpretação e aplicação coincidem. “Compreender passa a ser um caso especial da aplicação de algo geral a uma situação concreta e particular”⁴⁰, em outras palavras, uma autêntica aplicação. E reforça tal conclusão o comentarista ao consignar que “compreender significa, então, o mesmo que aplicar um sentido à nossa situação, aos nossos questionamentos”⁴¹.

No magistério do professor Paulo Pimenta, proferido em sala de aula, Gadamer é responsável por inaugurar uma nova visão sobre aplicação, para ele não existe separação entre interpretação, compreensão e aplicação. Tal compartimentalização passa a não ser cogitada na hermenêutica filosófica.

Gadamer recorre à ética de Aristóteles também como orientação para reforçar a concepção da interpretação como aplicação.

Para Aristóteles, ensina Gadamer, a ética era o estudo de como o seu pensar, o seu saber, deve influenciar no seu agir. Era, pois, um saber-se, um saber aplicado, por isso Gadamer a aproxima da interpretação, que é aplicação. A ética consiste, pois, no “direcionamento que o saber imprime ao fazer”⁴².

Assim, adota o método socrático-platônico-aristotélico da pergunta e resposta, de modo que a “compreensão é, então, menos a captação de um sentido

39. Ob. Cit., p. 408.

40. Ob. Cit., p. 411.

41. Ob. Cit., p. 193.

42. Verdade e Método, p. 415.

noético, do que a realização de uma conversação, o ‘colóquio’ que somos nós”⁴³, mas um colóquio aplicado. Daí Grondin dizer “compreensão aplicadora porque questionadora”⁴⁴.

Faz a distinção entre o saber técnico, do ético, que importará sempre em uma deliberação interior, de moralidade e ideológica, mas, sobretudo, que consiste em um “saber que deve orientar o seu fazer”⁴⁵, que deve determinar um agir, uma aplicação. O saber ético também não pode ser metodizado, o que consiste em outro distanciamento imposto por Gadamer do método cartesiano para as ciências do espírito.

3.4.1. Cotejo com o ensinamento de Ross

No particular há uma extensa e sólida zona de interseção entre as lições de Gadamer e Ross. Poder-se-ia mesmo dizer tratar-se de um entendimento coincidente.

De fato, também para Ross interpretar consiste em, a par da atribuição de sentido, promover o trânsito da regra geral para a particular, aplicar, portanto, o que seria natural esperar em um realista, um decisionista, um homem que entende que o direito é o direito das decisões, preocupa-se em estudá-las acima de qualquer outra prioridade.

A noção de interpretação de Ross apresenta-se, pois, em absoluta coerência com o corte epistemológico que se impôs e que guia e estrutura o seu pensamento.

Impõe rememorar o que consignou Ross, no seu multi-citado Direito e Justiça, ao lecionar a necessidade de “analisar a prática dos tribunais e (...) descobrir os princípios ou regras que realmente os norteiam no trânsito da regra geral à decisão particular”⁴⁶. Denominou tal atividade de método jurídico e, pertinentemente à aplicação do direito formulado, chamou de interpretação.

3.5. O papel do intérprete jurídico: criação e praticidade

Ao destacar a pré-compreensão como elemento natural de toda interpretação e ao sustentar a necessidade de se ter consciência da história efetual como princípio, Gadamer já tangencia, antes aborda, o papel criador do intérprete.

43. GRONDIN, ob. Cit., p. 195.

44. Ob. Cit., p. 192.

45. Verdade e Método, pg. 414.

46. Ob. Cit., p. 136.

Não obstante, a contribuição do intérprete do direito é especificamente tratada em trecho de *Verdade e Método*. Ao comparar a hermenêutica jurídica com a histórica, desenvolve o raciocínio de que também o jurista deveria levar em conta o histórico original de uma lei, em virtude de um ato do legislador. “No entanto, ele não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboraram a lei. Ao contrário, deve admitir que as circunstâncias foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei”⁴⁷, ⁴⁸.

Tal se dá, é verdade, não só por não assumir o juiz uma postura passiva diante dos padrões decisórios, particularmente diante da lei, como porque ele, como visto, carrega consigo os seus pré-conceitos interpretativos, que influenciam a tomada de decisão (a pré-compreensão).

A par disso, reconhecer a necessidade de adaptação da lei aos reclamos da atualidade, é por igual admitir a consciência do caráter histórico do pensar e do interpretar, é endossar, cumpre sublinhar, o reconhecimento da história efetual incidindo na atividade de interpretar e aplicar o direito.

Tal noção, portanto, do papel criador do juiz-intérprete, encontra-se em estreita vinculação, em vínculo complementar, com o que já fora dito por Gadamer ao se estudar o contributo interpretativo da pré-compreensão e a consciência da historicidade do pensar, agir e interpretar.

3.5.1. *Cotejo com Ross*

Esta função criadora do juiz, do intérprete do direito, que carrega consigo os seus valores não era desprezada por Ross. Muito ao reverso, o professor dinamarquês reconhece abertamente o papel criador do juiz, que agrega à decisão à sua

47. *Verdade e Método*, ob. cit., p. 429.

48. Malgrado se distancie um tanto do objetivo do presente trabalho, que é promover o cotejo dos ensinamentos de Gadamer e Ross, a identidade de tal posição de Gadamer com Dworkin obriga a uma breve digressão. Com efeito, há uma evidente aproximação deste magistério gadameriano com o paralelo que Dworkin estabelece entre o juiz Hermes e o juiz Hércules. O primeiro preocupar-se-ia apenas em alcançar a vontade original do legislador (seria a interpretação conversacional – não é criativa), acessando inclusive os protocolos particulares, ao passo que o juiz Hércules deve adaptar esta vontade às circunstâncias atuais, de modo a desenvolver uma função criadora (seria a interpretação criativa construtiva).

Reconhece, pois, o professor anglo-americano, e de modo incontroverso, o poder transformador e o papel criativo do intérprete, e a sua influência no resultado da interpretação. Daí também dizer que a interpretação do direito é criativa (um dado elaborado pelo homem, da cultura) e construtiva porque a intenção, o valor do intérprete, são os mais importantes.

Dworkin afirma expressamente que “a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva. A interpretação das obras de arte e das práticas sociais, como demonstrei, na verdade, se preocupa essencialmente com o propósito, não com a causa. Mas os propósitos que estão em jogo não são (fundamentalmente) os de algum autor, mas os do intérprete”; DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*. São Paulo: Martins-Fontes, 2003, p. 63.

ideologia e concepção, de modo a contrapor-se acentuadamente à neutralidade axiológica positivista.

Como já se teve oportunidade de afirmar, para Ross o juiz não é um autômato, é antes um ser humano, com as suas inquietações, ansiedades, sentimento de justiça, frustrações, densidade ideológica e esperanças; por isso, participa do processo criativo de prestação jurisdicional, não se resumindo a mero correspondente, instrumento, da vontade externada pelo legislador.

Gadamer chega mesmo a afirmar, gerando uma outra identificação com o pensamento de Ross que, “quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática”⁴⁹, exatamente como sustentou o realista, que tem na tarefa do juiz uma atividade, um problema, de natureza prática.

A atividade judicial para Ross, é um problema prático, que embora se baseie em atos cognoscitivos, é fundamentalmente um ato de vontade – onde ingressa nesta vontade a ideologia do intérprete, como antes afirmado.

Mas esta ideologia para Ross, por ele chamada de consciência jurídica material, não é anunciada, se apresenta veladamente, escondida através da fachada de justificação, camuflada, pois, nos métodos de interpretação, nos princípios gerais do direito, nos brocados jurídicos, toda esta cortina de justificação que ele chamou – vale reprimir - de consciência jurídica formal.

Do problema prático em que consiste a interpretação para Ross surgem fatores pragmáticos da interpretação, que são considerações realizadas pelo juiz acerca do resultado prático da interpretação, é uma avaliação do juiz quanto às conseqüências da interpretação⁵⁰. Destarte, Ross valoriza a argumentação na decisão jurídica.

3.6. O conceito de experiência e a essência da experiência hermenêutica

Gadamer sustenta que a consciência da história efetual tem estrutura de experiência. A experiência faz parte da essência histórica do homem. Experiência é a experiência da finitude humana. A verdadeira experiência, pois, seria aquela em

49. Verdade e Método, ob. cit., p. 430.

50. Neste sentido, há, por igual, uma evidente interseção com a concepção de Dworkin, ao sustentar que o juiz leva em consideração na decisão não só orientações de moralidade contidas em princípios, como também orientações pragmáticas contidas em políticas ou diretrizes. Considera, portanto, o resultado prático da interpretação para decidir.

que o homem toma consciência de sua finitude, ou seja, a experiência da própria historicidade.

“A experiência hermenêutica tem a ver com a tradição; é esta que deve chegar à experiência. Todavia, a tradição não é simplesmente um acontecer, mas é linguagem, isto é, fala por si mesmo como um tu”⁵¹.

A tradição é um interlocutor, como um tu, envolve, pois, a experiência do tu, que consiste em um auto-conhecimento através do outro, imerso na mesma tradição, que também fala. “No âmbito hermenêutico o correlato da experiência do tu é o que se chama de consciência histórica, que sabe da alteridade do outro e do passado em sua alteridade, do mesmo modo que a compreensão do tu sabe do mesmo como pessoa”⁵².

Dessarte, a experiência hermenêutica envolve, nitidamente para Gadamer, uma abertura à tradição, que tudo abarca e influencia, mais do que cada qual a condiciona⁵³.

Palmer adverte para a tendência de se definir experiência de um modo que se oriente exclusivamente para o conhecimento científico, empírico, “descurando a historicidade intrínseca da experiência histórica”⁵⁴. Assim procedendo, realiza-se a finalidade inconsciente da ciência que seria a objetivação extrema da experiência. “Através de um procedimento rigorosamente metódico, a experiência científica retira o objecto da sua época histórica e reestrutura-o”⁵⁵.

É a esta noção, descompromissada com a histórica, da experiência que se opõe Gadamer. “Contra o mito de um conhecimento puramente conceptual e verificável, coloca o seu conceito histórico e dialéctico de ‘experiência’, cuidadosamente enunciado; neste, conhecer não é simplesmente um fluxo de percepções, mas um acontecimento, um evento, um encontro”⁵⁶.

Para Gadamer, portanto, a experiência tem sua realização não em um conhecimento empírico, buscado através da aplicação de um método, mas através da sua abertura à tradição. O termo, tal qual utilizado por Gadamer, não significa,

51. Verdade e Método, ob. Cit., p. 467.

52. Idem, p. 470.

53. “A terceira maneira da experiência hermenêutica é a abertura à tradição”, ibidem, p. 471.

54. PALMER, Richard, ob. cit., p. 197.

55. Idem, p. 197.

56. Ibidem, p. 197.

pois, um tipo de informação que se vai acumulando, mas se aproxima muito de um uso mais comum, qual seja o de conhecimento de vida, sabedoria⁵⁷.

E esta sabedoria, evidentemente, não pode ser empiricamente comprovada ou categorizada. Não está sujeita a uma observação ou verificação. Bastas vezes não pode sequer ser eficientemente transmitida. Ela é apenas o que é, é um estar-sendo.

Mas, como se verá adiante, a experiência tem um instrumento comum de vivência, que se revela na linguagem.

3.6.1. Cotejo com magistério de Ross

O conceito de experiência de Ross é justamente aquele combatido, a seu modo, por Gadamer.

Como visto e ora repetido, Ross é adepto da filosofia empirista, na qual a verdade é alcançada pela experiência, não pela razão imanente. Mas a experiência, para Ross, tem um sentido diverso da experiência de Gadamer. Não é a experiência da própria historicidade que se confunde com a tradição e que se identifica na linguagem, mas a experiência como fato testado à luz das ciências empíricas, como informações objetivamente aferidas e cuidadosamente acumuladas para a formação de conhecimento.

Neste sentido Ross se aproxima do positivismo, embora não seja propriamente um positivista, mas o resultado direto de sua influência.

3.7. A linguagem

Na derradeira parte de Verdade e Método Gadamer expõe, de modo sistemático, a sua teoria acerca da linguagem.

Para ele, a linguagem não é um instrumento da comunicação, é muito mais que isso, é uma personificação, um tu, um ser com quem há de se dialogar. Gadamer visivelmente se filia à corrente essencialista da linguagem, rejeitando a teoria convencionalista, na medida em que sustenta que a linguagem não é uma mera convenção acerca de signos.

57. *“Por exemplo, um homem que passou toda a sua vida a lidar com pessoas adquire uma capacidade para as conhecer a que chamamos ‘experiência’. Embora esta experiência não seja um conhecimento objectivável, entra no seu encontro interpretativo com as pessoas. Contudo, não é uma capacidade puramente pessoal; é um conhecimento do modo como as coisas são, um ‘conhecimento das pessoas’ que na verdade não pode ser posto em termos conceptuais”, PALMER, Richard, ob. cit. p. 198/199.*

A justeza do comentário de Palmer acerca de tal posição recomenda, antes determina, transcrição:

“A linguisticidade e a experiência hermenêutica.

A experiência hermenêutica, como já notamos, é um encontro entre a herança (sob a forma de um texto transmitido) e o horizonte do intérprete. A linguisticidade fornece o chão comum no qual e sobre o qual se podem encontrar. A linguagem é o meio em que a tradição se esconde e é transmitida. A experiência não é tanto algo que vem antes da linguagem pois a própria experiência ocorre na e pela linguagem. A linguisticidade é algo que se difunde no modo de estar-no-mundo do homem histórico. Como observamos, o homem tem um mundo e vive num mundo por causa da linguagem.

(...) Não possuímos nem controlamos a linguagem antes a aprendemos e nos adaptamos às suas regras. O poder que a linguagem tem de ordenar e moldar o pensamento não é uma questão de rigidez ou de incapacidade; esse poder funda-se na situação ou no caso que ela comunica. É à situação ou ao caso que temos que adaptar o nosso pensamento. A linguagem não é assim uma prisão mas um espaço que se abre no ser e que permite uma infinita expansão, dependendo da nossa abertura à tradição.”⁵⁸

Gadamer deixa claro que o mundo do homem é o mundo da linguagem. O limite, pois, deste mundo, deste mundo pensado, é determinado pelos limites da própria linguagem. As balizas do pensamento, portanto, são fornecidas pela linguagem.

Procura reduzir toda a experiência à linguagem, posto que é na linguagem que a tradição se revela, como uma conversação que se personifica. Nesse sentido sustenta-se que, para Gadamer, “a pertença a uma tradição é a pertença a uma conversação”⁵⁹.

A linguagem seria responsável – sem deixar de ser por ela influenciada –, pela formação da tradição, elo imarcescível de interlocução e compreensão entre os homens e afirmação de suas próprias humanidades, do mundo do pensamento.

Evidentemente que, como visto, Gadamer valoriza a lógica da pergunta e resposta, de modo que a fazer com que a compreensão seja uma participação⁶⁰, uma participação numa tradição e conversação⁶¹.

58. Ob. cit., p. 210.

59. GRONDIN, ob. cit., p. 197.

60. Idem, p. 198.

61. “Contra o primado da lógica locucional, que entende a compreensão como poder de disposição, e falha nisso, desenvolve Gadamer a sua lógica hermenêutica da pergunta e

A pergunta é a essência da compreensão e envolve um sentido de orientação, direciona a resposta. A pergunta pressupõe abertura e delimitação. A primazia da pergunta para a essência do saber demonstra a limitação do método, pois não existe um método que ensine a perguntar.

A teoria da linguagem na hermenêutica filosófica gadameriana é assaz criticada, posto que, para muitos, a sua visão é reducionista do problema da interpretação e mais limitador ainda da construção da tradição e do espaço humano.

Grondin, todavia, sustenta que Gadamer não quis reduzir toda a experiência à linguagem⁶². A linguagem envolveria também a conversação interior, para Grondin e não apenas a exterior. Malgrado o respeito que se devota ao comentarista, parece não ser por muitos seguido, no particular.

3.7.1. Paralelo com Ross

Ross consistiu no primeiro jusfilósofo a preocupar-se com o estudo da linguagem. Identifica o Direito como um fenômeno de linguagem. Preocupa-se com os problemas semânticos, sintáticos e lógicos da interpretação. Não reconhece a interpretação literal.

Ross avança no estudo da interpretação analisando a linguagem na interpretação. Começa estudando o fundamento semântico da interpretação. O ponto de partida é o texto escrito (não a palavra individualmente considerada, mas o contexto), aonde vai-se encontrar signos (semiótica), que são estabelecidos pela convenção.

É de clareza solar, portanto, que enquanto Gadamer se filia à teoria essencialista da linguagem, Ross se filia à teoria convencionalista da linguagem, o que estabelece abissal separação entre os dois.

resposta, a qual entende compreensão como participação, como participação num significado, numa tradição, enfim, numa conversação”, GRONDIN, ob. cit., p. 198.

62. *“No entanto, é preciso voltar sempre a acentuar, que isso pretende ser uma teoria hermenêutica sobre a linguagem, e não qualquer mística do indizível. Para discutir corretamente a própria linguagem, e não para evitá-la ou enganá-la, é preciso realizar conjuntamente o não dito, a conversação interior. Mas, retê-la significa que a hermenêutica da linguagem escolhe, como seu ponto de partida, o horizonte da linguagem, ou melhor, do enunciado: ‘Naturalmente, o princípio da lingüisticidade da compreensão não pode ser concebido de modo que toda a experiência de mundo se realizaria unicamente como um falar e no falar’. Isso precisa, de uma vez por todas, ser lembrado contra as precipitadas interpretações que atribuem a Gadamer a tese ontológico-lingüística, de tudo o que é, deveria ser enunciável na forma de uma locução”, p. 199.*

3.8. Universalidade da hermenêutica

Gadamer não só unifica a hermenêutica, ao considerar a hermenêutica teológica, jurídica e filológica como aspectos da mesma prática filosófica, como confere à hermenêutica uma dimensão e inteligibilidade universais.

A universalidade da hermenêutica está intimamente ligada a esta atributo também reconhecível na linguagem.

A universalidade da linguagem e do entendimento forma e determina o universo em que vive o homem⁶³, e “essa universalidade da linguagem dirige-se, no caso, contra a tese da limitação, que a respectiva linguagem parece revelar, por haver tantas linguagens diferentes”⁶⁴.

Mas a amplitude universal da linguagem se qualifica justamente por poder encontrar expressão e reprodução em tudo, ao menos em tudo que diz respeito ao homem. E o elemento essencial que une todos os homens é a sua finitude, de modo a não poder existir nada mais universal para a filosofia e para a hermenêutica filosófica do que a finitude compartilhada por todos os homens.

3.7.1. Cotejo com o magistério de Ross

Ross acredita na segmentação da hermenêutica, tanto assim que se concentra exclusivamente no estudo da hermenêutica jurídica, com um viés evidente na linguagem. Não aceita a existência de uma hermenêutica dotada de universalidade, tal qual lecionou, em aula esclarecedora, o Professor Paulo Pimenta.

De outra sorte, a despeito de ser um jusfilósofo, Ross não faz incursões profundas na hermenêutica filosófica, posto ser outro o objeto do seu estudo.

4. CONCLUSÃO

Forçoso concluir pela existência de pontos convergentes e divergentes nos ensinamentos dos autores estudados. Mas a divergência, antes de diminuí-los revela a riqueza dos seus pensamentos e, bem por isso, acentua o interesse comparativo.

De toda sorte, a natureza inovadora dos seus ensinamentos é fator decisivo para a sedução em seu estudo.

63. “Esta dimensão da linguagem é universal e forma o universo, no qual se realiza toda a compreensão e toda a existência humana”, GRONDIN, p. 203.

64. Idem.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 10520. *Apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, ago. 2002.
- _____. NBR 14725. *Informação e documentação – Trabalhos Acadêmicos – Apresentação*. Rio de Janeiro, ago. 2002.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Coordenador. *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo-RS e Rio de Janeiro-RJ: Unisinos e Renovar, 2006.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo – Uma Introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo-RS: Unisinos, 2003;
- BOAVENTURA, Edivaldo. *Metodologia da Pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2004;
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Rio de Janeiro: Edições 70, 1980;
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins-Fontes, 2002;
- _____. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins-Fontes, 2003;
- _____. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins-Fontes, 2005;
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, Vol. I. Petrópolis-RJ e Bragança Paulista –SP : Vozes e Universitária São Francisco, 7ª edição;
- GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999;
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *Reviravolta Lingüística-Pragmática na Filosofia Contemporânea*. São Paulo: Loyola, 2ª edição;
- PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969;
- ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. São Paulo: Edipro, 2003;
- SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho. *Hermenêutica Filosófica e Aplicação do Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006;
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

X

FLEXIBILIZAÇÃO DAS BASES CLÁSSICAS DO DIREITO PENAL NA CRIMINALIDADE ECONÔMICO FINANCEIRA

Juliana Pinheiro Damasceno e Santos

Advogada. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Ciências Criminais, nível de pós-graduação *lato sensu*, da Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. E-mail: julianadamascenoadv@gmail.com ou julidamasceno@hotmail.com

RESUMO: No presente artigo a autora busca esclarecer alguns aspectos da intervenção penal na criminalidade econômico-financeira; que se torna uma das principais preocupações da contemporaneidade. Faz referência às diversas mudanças estruturais experimentadas pelas categorias básicas do Direito Penal, afetadas pelo desenvolvimento social e sua conseqüente modernização: a precipitação do legislador penal, a vulneração da tipicidade penal com repercussões na elaboração da lei o bem jurídico, cujo conceito se torna cada dia mais vago e intangível quando abarca a proteção da ordem econômica e do sistema financeiro; a causalidade, a imputação individual (a flexibilização das regras de imputação), o princípio da culpabilidade (a questão da responsabilidade penal das pessoas jurídicas), os delitos de lesão (a questão dos delitos de perigo abstrato e a ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes). O estudo empreendido chama a atenção sobre a flexibilização dos princípios político-criminais de garantia, com animo de fazer ver a necessidade de repensar os limites e as conseqüências da do estado atual da dogmática jurídico-penal que sirva como instrumento garantista dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

RÉSUMEN: En el presente estudio la autora busca aclarar algunos aspectos de la intervención penal en la criminalidad económico-financiera, que se vuelve unos de las principales preocupaciones de la contemporaneidad. Hace referencia

a los diversos cambios estructurales que ha experimentado las categorías básicas del Derecho penal clásico afectadas por el desarrollo social y su conseqüente “modernización”: la precipitación del legislador penal, la vulneración en el principio de la tipicidad con repercusión en la elaboración de la ley; el bien jurídico, cuyo concepto se vuelve cada día más vago y intangible cuando abarca objetos como el orden económico o el sistema financiero; la causalidad, la imputación individual (la flexibilización de las reglas de imputación), el principio da culpabilidad (la cuestión de la responsabilidad penal de las personas colectivas), los delitos de lesión (la cuestión de los delitos de peligro abstracto e la ampliación de los espacios del riesgo penalmente relevantes) de tal modalidad criminosa. El estudio emprendido llama la atención sobre la flexibilización de los principios político-criminales de garantía, con ánimo de hacer ver la necesidad de repensar los límites y las consecuencias del estado actual de la dogmática-jurídico-penal que sirva como instrumento garantista de los principios fundamentales del Estado Democrático de Derecho.

PALAVRAS-CHAVE: criminalidade econômico-financeira, sociedade contemporânea, Direito Penal Clássico, dogmática jurídico penal, mudanças estruturais e flexibilização.

CLAVE DE PALABRAS: criminalidad económico-financiera, sociedad contemporánea, Derecho Penal Clásico, dogmática jurídico penal, cambios estructurales e flexibilización.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Precipitação do Legislador Penal *versus* O Princípio da Intervenção Mínima (*Ultima Ratio*) – 3. A Vulneração dos Princípios da Legalidade e da Taxatividade – 4. A Conformação da Tipicidade Penal na Criminalidade Econômica: Tipos Abertos; Normas Penais em Branco e a Questão da Técnica do Reenvio – 5. A Antecipação da Punibilidade e a Questão dos Crimes de Perigo Abstrato – 6. A Proteção Penal conferida a Bem-Jurídico Difuso e a Problemática da Vitimização – 7. O Problema da Imputação Individual, O Princípio da Culpabilidade e A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – 8. Conclusão – 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Impossível ignorar a historicidade do Direito Penal e sua conexão funcional com a realidade societária. A criminalidade experimenta transformações, reformulações e expansões que obedecem, necessariamente, a vivência histórica e as particularidades do momento econômico, político e do perfil sócio-cultural do modelo de sociedade. O tratamento institucional conferido à criminalidade econômica está, portanto, intimamente atrelado a um plexo de fatores estruturais fixados pelas teias de relações econômicas e sociais reinantes no sistema jurídico-penal. Como reflexo inelutável de tais imbricações percebe-se a gestão altamente seletiva e desigualitária do Direito Penal.

A ideologia dominante procura e encontra sua fonte de legitimação, por vezes, na própria dogmática jurídica de sustentação; especialmente, na conformação das leis que disciplinam a matéria. No momento da tipificação penal de condutas altamente lesivas aos interesses societários, pela própria natureza do bem jurídico que se quer proteger, agigantam-se as dificuldades de apreender na moldura penal a vagueza e abstração de valores como a ordem econômica, o sistema financeiro nacional, a ordem tributária, o meio ambiente e as relações de consumo.

A questão é, indubiosamente, complexa, sobretudo, porque estamos diante de ações que causam graves e, muitas vezes, irreparáveis danos à coletividade, praticadas por uma categoria de indivíduos que conseguem evadir-se do processo penal e, quase sempre, não são atingidos pelas malhas do controle penal em virtude do alto *status* econômico a que pertencem, pelas altas e relevantes funções que desempenham, da posição de destaque que gozam – normalmente de prestígio, respeitabilidade e credibilidade no seio social – das oportunidades estratégicas de atuação de que dispõem, escapando à estigmatização social e ao próprio castigo penal.

Compreender toda a problemática que envolve o tema exige um conhecimento, ainda que perfunctório, da Justiça penal enquanto instância de controle que firma e confirma a desigualdade social e estrutural. Não se quer incorrer em reducionismos

vazios, sobretudo, os de cunho estritamente economicista, até porque não é possível simplificar o que não é simples; apenas, demonstrar que o Direito Penal transmite através dos institutos da dogmática a imunização de certos atores sociais do crime. Ou seja, é expressão fiel de valores subjacentes na comunidade.

As promessas oficiais veiculadas na programação legal da prevenção e repressão da criminalidade econômica vêm, paradoxalmente, acompanhadas de distúrbios de funcionalidade e do fracasso do sistema penal eminentemente repressivo e sancionador em dar conta do controle eficaz de tal modalidade delitiva.

A expansiva intervenção penal na criminalidade de colarinho branco ensejou profundas repercussões na dogmática jurídico-penal. Não poderíamos referenciar todas, mas queremos aludir algumas delas porque reveladoras da atitude assumida pelo sistema legal, suposta e pretensamente para responder às normas formas de criminalidade.

Os efeitos colaterais dessa tendência expansionista fixou diversas manifestações de flexibilização, no sentido técnico-jurídico, dos esquemas tradicionais do Direito Penal de bases clássicas, suas categorias e princípios garantísticos. Serão referenciados como, no âmbito legislativo, tem ocorrido uma precipitação na incriminação e sancionamento de condutas no âmbito econômico e áreas afins, em notória contrariedade ao Princípio da intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal.

Explicitaremos algumas dificuldades sentidas no sancionamento dessas condutas, que resulta, por vezes, na vulneração da taxatividade na elaboração das normas incriminadoras, bem como outros reflexos quanto à conformação da tipicidade penal, dentre os quais a multiplicação de tipos abertos e vagos, as inúmeras normas penais em branco, freqüente utilização de normas de reenvio.

Questionaremos, ainda, alguns aspectos jurídicos da convocação, cada vez mais freqüente do Direito Penal, na missão protetiva conferida a bem jurídico difuso, de feição supra-individual, referindo o caráter ideológico no seu processo de eleição e, principalmente, fazendo advertência sobre a invulgar recorrência da dogmática aos crimes de perigo, notabilizando-se uma idéia de antecipação de punibilidade, a pretexto de uma tutela efetiva dos aludidos bens jurídicos.

Para além das indagações explícitas, há uma inquietação latente que perpassa toda a temática que á a de saber se o Direito Penal cumpre suas funções preventivas e se está, verdadeiramente, orientado por ações concretas de proteção a bem jurídico ou somente orienta-se à produção de efeitos políticos, como a satisfação das *necessidades de ação* numa sociedade de risco. Serão tecidas, também, breves

considerações sobre a questão da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica e o Princípio da Culpabilidade.

2. A PRECIPITAÇÃO DO LEGISLADOR PENAL VERSUS O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA (*ULTIMA RATIO*)

Frente à significativa tendência expansionista do Direito Penal dos nossos dias e a miríade de condutas que criminalizam ameaças, reais ou supostas, de violações à ordem econômica, é de se questionar: o que foi feito do Princípio da intervenção mínima, e de seus subprincípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, tão caros à Ciência Penal. Como é possível conciliá-los com a demanda crescente por proteção e segurança?

Não deixa de ser digno de nota a observação do legislador espanhol, quando da elaboração da exposição de motivos do Código Penal de 1995, atento as novas formas de delinquência, sobretudo, às de ordem socioeconômica, a esse respeito, referiu que no *codex* aponta-se a antinomia existente entre o princípio da intervenção mínima e as crescentes necessidades de tutela numa sociedade cada vez mais complexa, dando prudente acolhida a novas formas de delinquência, mas eliminando, por sua vez, figuras delitivas que perderam sua razão de ser. Em primeiro lugar, merece destacar os delitos contra a ordem econômico-financeira (...).¹

A construção da Ciência Penal, tal e qual a concebemos hoje, inicia-se como produto da filosofia penal da ilustração, consolidando paulatinamente o seu acervo científico, no qual estão os princípios basilares, que representaram um avanço na relação entre Estado e cidadão. “No plano da ciência penal o passado não estabeleceu um catálogo de princípios, desde sempre e para sempre, mas amanhôu caminhos para sua evolução².”

A ascensão de valores supra-individuais, estranhos à experiência antropocêntrica do Direito Penal (o homem como mais importante ente das relações humanas), que esteve, originalmente, vocacionado à proteção de bens jurídicos individuais (vida, integridade física, honra, patrimônio etc.), trouxe profundos debates acerca

1. Tradução livre da autora a partir do original: “(...) se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el banolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales (...). CÓDIGO PENAL ESPANHOL, 1995.
2. SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 8.

do recurso ao Direito Penal, nessa área. Isto porque as particularidades desta ordem de valores não se coadunam com a mera convocação desmesurada do direito repressivo, como se fora este a única resposta estatal possível e devida, ou seja, a única expressão do controle social.

A excepcionalidade da intervenção deixa de ser regra, verificando-se uma hipertrofia do sistema penal, principalmente, no domínio específico do Direito Penal Econômico.

Serve para uma análise fenomenológica e exemplificativa da abrangência desse ramo do ordenamento jurídico a classificação feita por Juan Maria Terradillos Bassoco, para quem o Direito Penal Econômico, enquanto criminalidade de empresa, engloba um grupo de delitos determinado pela natureza do estatuto social da empresa (*crimes societários e falimentares*) e categorias de delitos determinadas pela natureza das atividades econômicas perpetradas pela empresa. Neste caso, poderão ser crimes praticados contra os sujeitos econômicos (*crimes contra a propriedade industrial/intelectual, concorrência desleal, consumidor, relações de trabalho, livre concorrência e os crimes ambientais*), ou, por outro lado, crimes cometidos contra instituições (*crimes financeiros, tributários e, eventualmente, contra a administração pública*)³.

A proliferação de normas penais comprometem seriamente o prestígio da lei, mormente, quando evadas de impropriedades técnicas.

A hipercriminalização, sentida pela multiplicação de leis extravagantes, expõe o sistema penal ao risco da perda da legitimidade, altamente prejudicial à sua credibilidade enquanto instância de controle social; ao tempo em que coloca em xeque a sua eficácia. Longe vai ficando o horizonte do velho direito penal preocupado com valores fundamentais, ou com a proteção do *mínimo ético* de que tratava Jellineck.

Em razão da inflação legislativa, como alude Nilo Batista, o desconhecimento da lei passou a ser regra, no Brasil; segundo a crença do autor, bacharéis em direito, não especialistas em Direito Penal, ignorarão 80 ou 90% dos crimes que foram criados por lei cujos títulos indicam versar sobre os domínios mais distantes do Direito Penal, concluindo que o cidadão comum não faz a mais remota idéia dessa “*ameaça penal por atacado, que o circunda por todos os passos*”⁴.

3. Para uma análise mais detalhado do tema conferir TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal de la empresa*. Madrid : Editorial Trotta, 1995.

4. BATISTA, Nilo apud SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p.44.

Não se pretende, em absoluto, fazer um discurso, anti-Estado, anti-Direito Penal, até porque vivemos num Estado de Direito positivo, que deve ser experimentado como tal; não se trata de atitude iconoclasta, de destruição pela destruição, sem colocar nada no lugar; o que se pretende é redimensionar o Direito Penal, reajustando-o para os fins aos quais foi criado. Mesmo porque a tutela penal, eminentemente repressiva, não se mostra eficiente e suficientemente adequada, à proteção dos interesses difusos, como a ordem econômico-financeira, o meio ambiente e as relações de consumo.

A intervenção penal só deve ocorrer em caso de estrita necessidade, quando, efetivamente, a criminalização for imprescindível à proteção de determinado bem jurídico, em homenagem ao princípio da intervenção mínima, representando, pois, a *ultima ratio legis*. Do contrário, exercerá como se tem constatado, uma função meramente simbólica.

3. A VULNERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA TAXATIVIDADE

Os delitos econômico-financeiros revelam a dificuldade sentida pelo legislador penal quando do sancionamento das condutas. O espetacular desenvolvimento tecnológico no mundo dos negócios e a complexidade⁵ que lhe caracteriza repercutiram na regulamentação de matéria com alto grau de especialização. Evidenciou-se uma falta de técnica adequada para tutelar interesse supra-individual, como é o caso da ordem econômica.

O problema normativo passa pela tendência da política criminal moderna em se valer de manifestações retóricas e reações simbólicas, no apelo inconseqüente à lei criminal. Muito preocupado em demonstrar que está atento à criminalidade moderna e com a eficiência no seu combate, o legislador descuida-se da aplicação rigorosa dos cânones da Justiça Penal, exigência relativa à própria essência do Direito Penal.

A má técnica na elaboração legislativa ou sua ausência, as imprecisões normativas, além dos naturais empecilhos atinentes à nova realidade criminal, refletiram na estruturação dos tipos penais incriminadores, comprometendo, seriamente, o princípio da legalidade – que tem sede constitucional expressa no ordenamento

5. Refira-se, a título de exemplo, a obra de Eduardo Correia, *Introdução ao Direito Penal Econômico*, onde alude às dificuldades do processo que devem ser vencidas, dentre as quais o segredo nas sociedades, bancário, fiscal, entre outros; o desenvolvimento de empresas multinacionais com sedes e filiais em diversos países; a especialização das matérias; o poderio econômico ou financeiro de determinados grupos financeiros, a falta ou ineficácia da entreaajuda nacional, etc, ver CORREIA, Eduardo. *Introdução ao Direito Penal Econômico*, in Revista de Direito e Economia, 3,1977.

jurídico pátrio (*nullum crimen nulla poena sine lege*) – bem assim, o princípio da taxatividade (*nullum crimen sine lege scripta et stricta*).

O princípio da taxatividade está atrelado à adequada técnica de elaboração de leis penais, que “deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do conteúdo do tipo legal e no estabelecimento da sanção para que exista real segurança jurídica (...) com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais, e de conceitos indeterminados e vagos⁶.

Gérson Pereira Santos revela a preocupação com a matéria, ao criticar a postura do legislador criminal que se aparta do dos valores fundamentais da Justiça Penal, defendendo que “Há que se dá um basta à má elaboração das leis, ora confiada às mãos inseguras de bisonhos economistas e burocratas do executivo, mancomunados para transformar o direito dos valores do sentir num direito penal de bagatelas⁷.”

Também, prestando atenção ao debate, Miguel Reale Júnior⁸, há muito já entendia ser essencial destacar que a *despenalização* dos crimes econômicos, relativos ao abuso de poder econômico, “deve andar de par com a nova ‘lei antitruste’, que supere as falhas gritantes de técnica legislativa e de lógica da atual lei, instituindo-se uma Parte Geral e com especial atenção à descrição típica⁹”.

4. A CONFORMAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL NA CRIMINALIDADE ECONÔMICA: TIPOS ABERTOS; NORMAS PENAIS EM BRANCO E A QUESTÃO DA TÉCNICA DO REENVIO

A tipicidade nos delitos econômicos, pelos problemas que suscita, tem relevância indiscutível. A precariedade na formulação legislativa pertinente à realidade

6. PRADO, Luiz Régis. *Elementos de Direito Penal*. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.27.

7. SANTOS, Gérson Pereira. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 42.

8. Em análise crítica ao Direito Penal Econômico, Miguel Reale Júnior defende que a eleição pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo é uma questão de política legislativa, tendo em linha de princípio, a busca de uma maior eficácia social. Segundo entende, pouco importa que a via utilizada seja a administrativa ou a penal, existindo defesa de bem jurídico fundamental, protege-se a existência social. Adverte, ainda, que a escolha atende a razões de convivência política de molde a alcançar fins preventivos e retributivos, exemplificando com os processos de despenalização ocorridos na França e Itália. REALE JÚNIOR defende a formulação de uma “terceira via”, em que se adote alguns princípios garantistas do Direito Penal no âmbito do ilícito administrativo, alertando que denomina tal ramo de *Direito Administrativo Penal*, porque “contém, simbioticamente, qualidades de infração administrativa quanto de penal”. Prefere tal nomenclatura porque a natureza administrativa se sobressai e, ainda, o distingue do Direito Administrativo disciplinar, já que este pressupõe uma relação de subordinação do agente frente à Administração Pública. Cf. JÚNIOR, Miguel Reale. *Despenalização no Direito Penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa?* In **Rev. Bras. de Ciências Criminais**. Ano 7, n. 28, out./dez. 1999, p. 122-128.

9. JÚNIOR, Miguel Reale. Op. cit., p. 128.

sócio-econômica, geralmente, revela-se pela vulneração ao princípio da legalidade, que é a decorrência lógica e essencial à teoria da tipicidade.

O referido princípio não perdeu a vigência. Desde 1882, com Von Liszt, no seu conhecido Programa da Universidade de Marburgo, faz com que o Direito Penal seja considerado a *Carta Magna do delinqüente* e, de qualquer maneira, *a barreira infranqueável da política criminal*. O que não estiver expressamente proibido pela lei penal, é permitido.

O Direito Penal Econômico é, particularmente, pródigo na utilização de *cláusulas gerais* para definir as normas incriminadoras, quer pela realidade material do interesse tutelado, quer pelo grau de eficiência e fluidez que se almeja nessa seara do ordenamento jurídico.

Já, nesse ponto, destacamos uma grave violação ao princípio da tipicidade, que materializa em nome de uma pretensa eficácia do sistema na luta contra a criminalidade econômica. É que “às tentações englobantes dos desígnios do legislador há que se fazer frente com a limpidez e transparência dos princípios comunitariamente assumidos, mormente a nível constitucional.”¹⁰

No Colóquio Preparatório da AIDP, chegou-se a conclusão que as cláusulas gerais devem ser evitadas, na medida do possível e, em sendo utilizadas, ao menos a conduta proibida deverá ser rigorosamente descrita¹¹.

Como tivemos oportunidade de observar, a imprecisão dos atos constitutivos da conduta típica quando da formulação legislativa, recorrendo-se, geralmente, a conceitos verbais vagos ou abertos, dificulta, sobremaneira, a compreensão do conteúdo e alcance da proibição, bem como precisar a delimitação do fato tipificado.

A imprecisão conceitual é um dos grandes problemas dos delitos econômicos. Quando a conduta incriminada não vem rigorosamente descrita, seguramente, o legislador falta às exigências elementares da repressão penal.

Esquece-se a advertência de Hegel, quando disse que “recusar a uma nação ou à classe dos juristas capacidade para elaborar um código seria o mais grosseiro insulto que se pode fazer a essa nação ou a essa classe”¹².

10. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico. Notas a propósito do Colóquio Preparatório da AIDP (Freiburgo, setembro de 1982). In *Temas de Direito Penal Econômico*. Podval, Roberto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 110.

11. *Ibid.* p. 119.

12. HEGEL apud SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 42.

Tratando sobre as impropriedades do legislador no âmbito do Direito Penal Econômico, Manoel Pedro Pimentel observou que as referidas constatações revelam “que a tipicidade penal não pode ser produto do arbítrio do legislador, porque sempre que o tipo não é uma ressonância da realidade fática, axiológica e teleologicamente considerada, o modelo jurídico é irreal, abstrato, e de existência meramente formal¹³.”

Não se ignora que a realidade que se submete à valoração normativas–relações econômicas que se processam com agilidade, dinamicidade e alto grau de complexidade – é demasiado fluida para caber nos estritos limites da moldura penal. Todavia, a opção pela criminalização dessas condutas não pode vir dissociada de uma elaboração técnica obediente aos princípios fundantes do sistema em questão, sob pena de uma regressão cultural, por assim dizer, do Direito Penal.

Há muita danosidade¹⁴ nas formulações legislativas imperfeitas, nas superposições normativas, no caráter fragmentário da legislação, na assistematização das condutas delitivas, isto é, nessa marginalização da técnica, pois, cada vez mais, torna-se difícil vislumbrar esse ramo do Direito enquanto Ciência Jurídica. Além disso, fomenta uma atitude de alheamento perante a lei e o Estado, mais um fator de desorganização social. Em síntese, contribui para o ocaso da juridicidade, o declínio do Direito, tão decantado por Ripert.

Também, em desacordo com as exigências técnicas e dogmáticas tradicionais, o excessivo apelo aos tipos anormais¹⁵, cuja descrição contém elementos normativos ou subjetivos, sem os quais a figura delituosa não se aperfeiçoa.

Deve-se a Max E. Mayer o conceito de tipos anormais. Além dos aspectos físicos, materiais ou elementos objetivos (descritivos) da conduta, o legislador insere coeficientes normativos¹⁶ de antijuridicidade (de natureza cultural ou

13. PIMENTEL, Manoel Pedro, Op. cit. p. 39.

14. Concorde com essa opinião Manoel Pedro Pimentel afirmou que “Também é inadmissível que a edição de novas leis se faça de modo tumultuário, ensejando freqüente superposição de normas, sancionadas com penas diversas, gerando desnecessários conflitos aparentes de normas e, algumas vezes, enfraquecendo a repressão penal”, a respeito ver PIMENTEL, Manoel Pedro, Op. cit. p. 46.

15. Observe-se que nos tipos anormais a tipicidade é a *ratio essendi* da ilicitude penal (quando se afirma que o fato é típico ele também é antijurídico, salvo prova em contrário), ao passo que nos tipos normais é a *ratio cognoscendi* da ilicitude penal (a tipicidade funciona como indício de antijuridicidade).

16. Os elementos normativos alargam muito o âmbito de discricionariedade do julgador, perdendo o tipo em delimitação. Podem ser jurídicos, quando dependem de uma valoração jurídica ou extra-jurídicos, quando exigem um exame social político, cultural, religioso ou histórico, por exemplo. São exemplos de elementos normativos: “frauduletamente”, “temerário”, “decoro”, “documento”, “indevidamente”, “sem justa causa” entre outros.

jurídica) ou subjetivos de culpabilidade (que contem expressões que revelam uma especial subjetividade do agente como “com o fim de”, “a fim de”, “com o intuito de”, etc.) ou ambos na estrutura interna do tipo.

O exame das figuras típicas dos delitos econômicos permite a identificação de inúmeras normas penais em branco¹⁷, que dependem de complementação para que se entenda o âmbito de sua aplicação.

Esse tipo de norma é abundante, nesse campo específico da criminalidade, pela fácil maleabilidade de que gozam, possibilitando certa adequação à dinâmica de vertiginosas mutações verificadas nas relações econômico-sociais. Entretanto, muitas são as críticas direcionadas ao uso recorrente dessas normas, entre outras porque “carecedoras de concreção e atualidade a revelarem uma técnica tipificadora prenhe de dúvidas e vacilações, tanto ‘os parasitos del tipo’, elementos normativos dispensáveis, e, até, elementos subjetivos, os quais, infelizmente, emprestam um sentido equívoco à antijuridicidade”¹⁸.

Ademais, como assinala Gérson Pereira dos Santos, além de comprometer o delito econômico enquanto categoria científica especial, verifica-se “uma tendência em exceder-se o puramente penal para concessões a princípios econômicos ou exigências circunstanciais da política administrativa de índole econômica”¹⁹.

A eficácia da referida norma fica na dependência de outras normas legais que lhe preenchem o conteúdo e significado. Malgrado haja na norma penal em branco a descrição da conduta punível (estabilidade do dispositivo principal), os limites da proibição serão extraídos, na maioria dos casos, de outros diplomas legais, que podem ser regulamentares ou administrativos (tais como decretos, regulamentos, portarias), o que é bastante questionável, de vez que a produção de normas penais incriminadoras é monopólio do Poder Legislativo-indelegável, portanto.

Outra forma especial de tipicidade, na criminalidade econômica, é o apelo à técnica do reenvio, quando da descrição dos comportamentos criminosos. Em virtude das peculiaridades do Direito Penal Econômico, e sua capacidade de constantes transformações, dificilmente, o Direito Penal Econômico, conseguirá abrir mão da utilização desse instrumento que dispõe.

17. Deve-se a Binding a primeira referência às normas penais em branco, às quais no seu idioma pátrio denominou *Blankettstrafgesetze* ou *offene Strafgesetze*.

18. SANTOS, Gérson Pereira dos. Op. cit. p. 104.

19. Idem.

Pela técnica do reenvio, a descrição dos fatos está separada da ameaça da sanção, isto é, “configura-se a norma sancionadora que é reenviada para uma outra norma que descreve o comportamento proibido²⁰”.

O reenvio pode ser *interno* quando a norma tipificadora da conduta (*ad quem*) faz parte do mesmo texto legislativo que a norma sancionadora (*a quo*), ou *externo*, em que a norma tipificadora da conduta pertence a um outro texto legislativo-o que, de certa forma, é mais grave na medida em que pode ensejar transferência de competência, quando, por exemplo, a norma *ad quem* possua força normativa inferior à norma *a quo*.

Neste último caso, José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade entendem que, à luz do sistema constitucional português, configuraria uma inconstitucionalidade material, sendo que alertam para o perigo do reenvio de uma norma sancionadora para uma futura norma tipificadora da conduta proibida, bem como advertem sobre imprecisão da técnica já que a norma de referência nem sempre observa o princípio da tipicidade e, ainda, corre-se o risco de a jurisprudência acabar decidindo o conteúdo da infração²¹.

É que manda a tradição que a conduta ou o resultado proibido sejam fixados pela própria lei penal²².

Quando os fatos relevantes à identificação do comportamento proibido são encontrados fora do Direito Penal, os princípios da tipicidade e legalidade restam enfraquecidos.

5. A ANTECIPAÇÃO DA PUNIBILIDADE E A QUESTÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

É mister notar que o *crime de perigo abstrato*²³ é o instrumento dileto do moderno Direito Penal, a que alude Hassemer. Neste âmbito, também, uma das bases tradicionais da dogmática jurídico-penal foi afetada para atender a política criminal e as exigências da modernidade criminal.

O paradigma dos delitos de lesão tem sido, paulatinamente, substituídos pelos delitos de perigo, notadamente, os de perigo abstrato; como mais um

20. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p.109.

21. *Idem*.

22. Nesse sentido, a Resolução n.º 6 do Colóquio Preparatório da AIDP, realizado em Freiburg, em setembro de 1982.

23. Por razões de economia, para não delongar em demasia matéria que refoge às pretensões do presente trabalho, teceremos ligeiríssimas observações.

elemento técnico à serviço da luta contra a criminalidade; como mais uma resposta institucional ao gigante da insegurança, um dos ícones dos novos tempos; para encarar a demanda crescente por proteção penal, e, de certa forma, o temor dos comportamentos criminosos cada vez mais difusos, como os de caráter econômico, que se vale da lógica da globalização para ampliar seus tentáculos e arraigar-se na sociedade.

Marta Rodriguez de Assis Machado, ao discorrer sobre o Direito Penal na sociedade de risco, menciona a ênfase desmedida sobre a segurança antecipatória, cuja manifestação evidente está na tentativa de regular juridicamente os novos riscos, inclusive, valendo-se do aparato penal dentro de uma estratégia preventiva. As incriminações de perigo são apresentadas pela autora como o principal instrumento da criminalização em âmbito prévio, sendo que destaca que os delitos de perigo abstrato são por excelência as categorias voltadas à antecipação da intervenção penal estatal²⁴.

Nesses casos a periculosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, pontuando a referida autora que isto é feito “por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade. O perigo atua como um mero motivo, *ratio* da criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo”²⁵.

Dentre as resoluções do Colóquio Preparatório ao XIII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, realizado em Freiburg, na Alemanha, em setembro de 1982, merece destaque a de número 8, que admite os crimes de perigo abstrato como meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta seja claramente definida pelo legislador e tenha relação direta com interesses protegidos, que devem ser claramente identificados. Não se admitiu, todavia, a sua utilização como mero instrumento para facilitar a prova²⁶.

Diversas razões serviram à crescente da antecipação da punibilidade, sentida a partir da construção típica dos delitos de perigo²⁷, sobretudo, quando se trata

24. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. (Monografia/IBCCRIM; 34), p.129.

25. *Idem*, p. 130.

26. Cf. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. *Op. cit.*, p. 119.

27. A respeito do tema remetemos o leitor à proveitosa leitura de MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*, bem como de COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Os autores apontam, a partir de uma perspectiva histórica, o ingresso do conceito de perigo na dogmática jurídico-penal. Alertam que, durante muito tempo, a dogmática penal esteve adstrita ao binômio violação-dano, já que a proteção antecipada de perigos era atividade de polícia afeta à administração para a consistência dos

de bens como a ordem econômica, o sistema financeiro, o meio ambiente e as relações de consumo. Em geral, reconhece-se sua eficácia para o combate da criminalidade econômica, até mesmo em virtude da dificuldade de se aferir de forma direta e imediata os danos dela decorrentes e, especialmente, por ser uma delinquência refratária a uma valoração objetiva do desvalor do resultado, materializado, normalmente, por uma violação da confiança no sistema econômico. Aponta-se, também, a grande contribuição para superar as naturais dificuldades probatórias, que são nota essencial nesse tipo de criminalidade²⁸.

Um dos obstáculos à criação dos tipos de perigo²⁹, principalmente, se abstratos (mera conduta perigosa) é o princípio da lesividade. Uma das principais funções desse princípio, segundo Nilo Batista, é proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico³⁰. Se não há ataque efetivo a bem jurídico é ilegítima a criminalização. Para além da ilegitimidade, é possível falar, até mesmo, em inconstitucionalidade desses tipos penais. Se não existe prejuízo real ao bem jurídico não há que se falar numa proteção penal abstrata.

Suprime-se, assim, a relação necessária que deve haver entre a conduta delitativa e a produção de resultado lesivo ao bem jurídico. Na verdade, cuida-se, tão somente, de um padrão de segurança criado artificialmente pelo legislador. Antecipa-se a tutela penal antes que se verifique, materialmente, a mais mínima lesão ao bem jurídico. Não há a exigência do dano. A visibilidade do injusto penal – sua clareza e precisão- resta bastante prejudicada.

No caso dos crimes de mera conduta perigosa, na verdade, tem-se uma presunção legislativa de perigo, isto é, não se faz necessária a comprovação do dano ou ameaça ao bem jurídico, basta que se comprove que a conduta abstrata reputada perigosa pela construção do legislador foi concretizada no mundo dos fatos³¹. Prescinde-se, também, da comprovação da relação de causalidade entre

direitos subjetivos dos particulares. Enquanto a violação propriamente dita era matéria de Direito Penal, o *pôr-em-perigo*, era atribuição exclusiva do Direito Administrativo. Com o evoluir das relações sociais, mormente, a partir da 2ª Guerra Mundial, é que algumas condutas foram consideradas perigosas não apenas ao direito subjetivo do particular, mas, também, à implementação das tarefas sociais do Estado, aos mais diversos fins da política social. É nesse contexto, que se convocam as sanções penais.

28. *Idem*, p. 111.

29. Entenda-se por perigo a probabilidade de ocorrência de um resultado antijurídico. Em se tratando de perigo abstrato, o perigo não se configura sequer elemento do tipo. Na verdade, o que há no tipo é a definição de uma ação perigosa, uma vez que o legislador entende que a simples realização da conduta importará no surgimento do perigo.

30. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Revan, 1996, p. 92-94.

31. Ricas observações a respeito da matéria são feitas por Hassemer, ao asseverar que “com a redução dos pressupostos de punição (quanto aos crimes de perigo abstrato em relação aos crimes de perigo concreto

a conduta e o suposto efeito reputado arriscado ou perigoso. Com efeito, dispensa-se, ainda, o dolo de lesão. Vê-se, claramente, as facilidades daí decorrentes no tocante à matéria probatória já que a tutela penal se antecipa para momento anterior ao dano.

Contraem-se os requisitos da punibilidade, ao tempo em que se dilata o conteúdo e o alcance de uma suposta proteção penal, seguindo a crescente demanda por segurança³² contra os grandes riscos sociais. São características marcantes da atuação preventiva da intervenção penal, na linha de uma política criminal de precaução, reforçando a tendência ao expansionismo penal.

6. A PROTEÇÃO PENAL CONFERIDA A BEM-JURÍDICO DIFUSO E A PROBLEMÁTICA DA VITIMIZAÇÃO

A missão precípua e imediata do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos. Toda a organização do Direito, aliás, está comprometida eminentemente com essa tarefa. Para Johannes Wessels, o “fundamento e o ponto de partida da formação do tipo é o bem jurídico a ser protegido. Segundo a direção protetiva, diferenciam-se, por exemplo, os delitos de homicídio, os de lesões corporais (...)”³³. A função de proteção, todavia, “corresponde tão somente uma parte, e certamente a última, intervindo unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico que se deparam outros ramos do Direito”.³⁴ Nesse sentido, o Direito Penal, em virtude do seu caráter subsidiário, revela-se, segundo a preleção de Francisco de Assis Toledo:

ou de dano), evidentemente, reduzem-se também as possibilidades de defesa. Os pressupostos de punição são limitados à punibilidade. Ao mesmo tempo reduzem-se as instruções do legislador penal, as quais ele dá ao juiz para a interpretação dos respectivos tipos (...). A conseqüência é uma diluição e uma redução do processo de interpretação legalmente determinado em face da jurisprudência” HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno Direito Penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. Ano III, n.18, fev./mar.2003. p.151.

32. Para Kindhauser, os delitos de perigo abstrato são normas de segurança. Na medida em que servem para proteger as condições de segurança necessárias à despreocupada disposição dos bens. A legitimidade consistiria no princípio de que se não se pode dele dispor de forma despreocupada, ele não seria racionalmente aproveitável em sua totalidade. Nessa esteira, a própria segurança poderia ser tida como o bem jurídico tutelado pela antecipação da tutela. KINDHAUSER apud MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, Op. cit. p. 134. Não se quer, portanto, evitar a simples materialização do dano, antes garantir a segurança, a partir da prevenção.

33. WESSELS apud SANTOS, Gérson Pereira dos. Op. cit., p. 101.

34. Vale a pena conferir o trecho original: “El Derecho penal como todo el ordenamiento jurídico tiene una función eminentemente protectora de bienes jurídicos; pero en esta función de protección le corresponde tan solo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras del bien jurídico que deparan otras ramas del derecho. Ello ha llevado a un cierto sector de doctrina a decir que frente a estas otras ramas jurídicas, el derecho penal tiene carácter subsidiario”. Conf. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 3 ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998, p.80.

onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como *ultima ratio regum*. Não, além disso.³⁵

O bem jurídico penal desempenha, portanto, uma idéia essencial num Estado Democrático de Direito já que ao tempo em que determina os limites do *ius puniendi* do Estado, delimita a intervenção penal e, modernamente, tem servido à sua legitimação. É através do bem jurídico que se pode aferir os valores eleitos pela ordem jurídica como sendo os mais valiosos, ao atribuir-lhes dignidade penal. Ressalte-se, ainda, que a pauta de valores que irá informar essa proteção penal deve estar em harmonia com a ordem axiológica constitucional.

No final do século XVIII, Anselm Ritter Von Feuerbach criou sua teoria acerca dos direitos subjetivos, lastreada nos seus estudos sobre o contrato social. Segundo ele os homens que decidem organizar-se em sociedade entregam, em face do natural estado de insegurança, ao Estado a responsabilidade de conservação da ordem criada. Assim, a intervenção penal só se justificaria quando o delito lesionasse algum direito do cidadão, já que era o Estado o garante da vida comunitária. O núcleo do crime a ser punido residia, portanto, numa lesão ao direito subjetivo do membro da sociedade.

Essa concepção formalística e de cariz individualista, sofreu profunda alteração, em 1934, quando Birnbaum introduziu a idéia de *bem*, enquanto objeto valorado pelo próprio Estado, transcendendo a idéia vigente de que o crime consistia numa violação a direito subjetivo. Objetivava a edificação de um sistema teleológico-social de Direito Penal, voltado para a preservação de valores sociais. Na sua linha diretriz, o crime importaria numa violação a bens, que possuíam objeto material, existiam no mundo do ser, sendo de valor para pessoa ou para coletividade. Sua teoria dava margem, portanto, a proteção de bens transindividuais.

Desde já, recorde-se a observação feita por Hassemer quando considera a inversão de conteúdo da proteção de bem jurídico-que passou de um princípio negativo a um princípio positivo. Se antes o legislador não podia criar delitos onde inexistisse bem jurídico, hoje se transforma numa exigência de que se criminalize determinadas condutas, isto é, serve à legitimação do Direito Penal.

Francisco Muñoz Conde, também, ressalta que o conceito de bem jurídico aparece, originariamente, mais como limite do que como legitimação da interven-

35. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 362p.

ção penal, lembrando, ainda, Claus Roxin, alude que a proteção de bens jurídicos não significa necessariamente a proteção via Direito Penal, mas proteção diante e antes do Direito Penal³⁶.

Comentando as tendências do moderno Direito Penal no novo Código Penal espanhol, Muñoz Conde, no que diz respeito à proteção penal de bens jurídicos coletivos, reconhece que naquele ordenamento há uma vocação mais penalizadora do que despenalizadora e que, neste âmbito, o Direito Penal foi concebido muito mais como um instrumento político de direção social do que como um mecanismo de proteção subsidiário de outros ramos do Direito. Se essa última idéia tivesse sido levada em consideração poderia ter sido evitado a inserção de condutas, que encontrariam proteção adequada em outras via jurídicas. Critica o fato de o Código Penal Espanhol ter dado cobertura às deficiências de regulamentação, ou ainda, de outras instituições jurídicas³⁷.

As novas formas de criminalidade econômica- em grande parte, resultante da vertiginosa avanço das transformações proporcionadas pela revolução tecnológica, refletidas na ordem econômica global, pelo capitalismo neoliberal e a transnacionalização dos mercados financeiros-evidenciou um excesso de produção legislativa no sentido trazer para o âmbito penal as mais diversas condutas perpetradas contra bens jurídicos difusos³⁸, os quais possuem conteúdo demasiado amplo e vago.

Criticando a forma especialmente vaga como são formulados esses bens Hassemer diz que “Os bens jurídicos compreendidos nesse âmbito são tão gerais que não deixam nenhum desejo sem satisfazer³⁹.”.

As mudanças sociais desencadeadas pela (re) conformação dos modelos de Estado, mormente, na transição entre o Estado liberal clássico e o Estado do bem

36. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências*. **IBCCRIM**. In Discursos sediciosos (crime, direito e sociedade). Rio de Janeiro, 1997. p.40

37. Idem. *Ibidem*, p.40.

38. Não se ignora as inúmeras classificações doutrinárias e os esforços dispensados no sentido de distinguir os referidos bens pelo uso expressões, como bens transindividuais, supraindividuais, meta individuais, pluriindividuais, comunitários, sociais, transpessoais, coletivos, difusos, universais, de sujeitos múltiplos. Foge ao objetivo do presente artigo travar tais discussões até porque entendemos inexistir qualquer relevância prática, salvo quanto a impossibilidade material de gestão desse interesse pelo particular. Assim, quando nos referirmos a essa ordem de bens queremos aludir a um tipo de bem que não pode se referir com exclusividade a um sujeito individual com faculdade de disposição sobre ele. A propósito, merece alusão: MATA BARRANCO, Norberto I. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriad administrativa: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita*. Barcelona: Cedes, 1996.

39. HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. **IBCCRIM**. Madrid, n.1, sep./dic.1991. p. 32.

estar social, projetaram-se no processamento das relações econômicas, ao despertarem para a necessidade de tutelar interesse da coletividade, que dizem com o regular funcionamento e organização da sociedade, como o sistema econômico-financeiro de em Estado.

Neste caso, a lesão afeta o sistema social como um todo e só, indiretamente, ou, por via reflexa, aos indivíduos singularmente considerados.

Veja-se, a propósito, as observações de André Luís Callegari:

quando se defrauda a previdência, o Fisco, etc., o Estado se fragiliza e passa a não prestar um bom serviço. É evidente que tais conseqüências têm repercussão na vida e na integridade física das pessoas, porém, não de maneira direta como na comissão da maioria dos delitos tradicionais em que a repercussão aparece, normalmente, em seguida⁴⁰.

Se antes, na denominada criminalidade clássica, a tipificação da figura delitiva estava relacionada à proteção de bens jurídicos individuais, cuja delimitação era concreta e precisa, a ofensa era praticado a direitos subjetivos, titularizados pelo cidadão, enquanto manifestação da sua individualidade (vida, honra, integridade física, liberdade, etc.); agora, a tutela penal, agora, transcende a esfera do interesse jurídico individual (feição supra-individual) para alcançar, por exemplo, a integridade da ordem-econômica ou a confiança no sistema financeiro nacional⁴¹. Somente, de forma indireta, seus âmbitos dizem respeito aos indivíduos. “Diretamente, estão as instituições da sociedade ou também do Estado. No moderno Direito Penal a proteção de bens jurídicos torna-se a proteção das instituições⁴².”

Quanto maior a vagueza, generalidade e promessas de abrangência e alcance desses bens jurídicos, mais motivos para indagar se, realmente, essa proteção, encontra ressonâncias na prática, se o Direito Penal tem cumprido a pretensa prevenção. Cuida-se, em grande parte, de mais uma estratégia simbólica, de pouca ou nenhuma eficácia, porque os verdadeiros problemas sequer são tangenciados, sendo relegados ao nada.

Por óbvias razões, tradicionalmente, a vítima era facilmente identificada porque bem definida, pelo fato de a violação ao bem jurídico penal ser, claramente,

40. CALLEGARI, André Luís. A importância e efeito da delinquência econômica. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 101, p. 10-11, abr. 2001.

41. Entre outros, como: meio ambiente, organização política, saúde pública, patrimônio genético, a segurança nas relações laborais, relações de consumo, economia popular, proteção à infância e juventude, idosos, etc.

42. HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Ano III, n.18, fev./mar.2003. p. 150.

perceptível. Até porque, a vítima simboliza o sofrimento e o dano decorrente da lesão ao direito.

Nos crimes de colarinho branco, em geral, o delito é menos perceptível ou imperceptível (porque o bem jurídico é impreciso, imaterial), mesmo em face da magnitude das lesões provocadas pela atividade ilícita. Diversas razões podem ser apontadas: em regra, esses crimes são cometidos sem o recurso à violência, às vezes, uma simples omissão serve à sua materialização; não são condutas que causem, por fatores externos, alarma social.

São crimes cuja apreensão pelo senso comum é dificultosa, em parte, porque, muitos deles, são praticados mediante violação da confiança, do abuso da posição privilegiada que ostentam os infratores, por exemplo, no seio empresarial. Tem-se, portanto, “um conflito latente em vez de patente⁴³.”

A este propósito, é muito ilustrativo o exemplo dado por Box:

o público entende mais facilmente o que significa para uma velha senhora ver cinco libras arrebatadas da sua carteira, do que a importância financeira de vinte e cinco milhões de consumidores que pagam um centavo a mais pelo sumo de laranja diluído para além do nível permitido pela lei⁴⁴.

Seguramente, a velha durante muito tempo se lamentará da desagradável episódio, enquanto o consumidor sequer chegará a saber da perda sofrida.

Ademais, ressalte-se a inconsciência da qualidade de vítima. Nos crimes de colarinho branco, não se percebe a vítima pessoa singular, isto é, o indivíduo que personifique o sofrimento e as perdas relativas ao crime. O reconhecimento tanto da ofensa quanto da censura se torna mais dificultoso do que uma violação a interesse privado. Isto tem importantes reflexos na seleção negativa da criminalidade, como a impossibilidade, o desestímulo ou o desinteresse na provocação das instâncias de controle formal; quer porque a vítima não tem consciência da sua condição ou por sua abstração.

Cláudia Maria Cruz Santos Maria Cruz diz que há uma *difusão da vitimização*, aludindo ser comum a incompreensão da sua própria qualidade da vítima, por diversos fatores. Aponta que vários crimes podem prolongar-se no tempo e ocorrerem num espaço vastíssimo, atingindo várias pessoas, as causando danos

43. Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco* (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

44. BOX apud CROALL, Hazel. *White-Collar Crime*, Open University Press, 1992.

de pequena monta para cada uma delas (práticas de publicidade enganosa⁴⁵, por exemplo), o que não justificaria a provocação do sistema judicial. Refere-se, ainda, a situação de a vítima ser abstrata, o Estado ou outra organização, quando a ação seria considerada pouco censurável (*uma pequena agressão de David a Golias*), por certa complacência comunitária e suas técnicas de neutralização⁴⁶.

Para Costa Andrade, no âmbito dos crimes contra o consumidor há exemplos de *vítimas inconscientes*, como a compra de produtos adulterados, a publicidade enganosa, prestação de serviços por profissionais liberais. O grau de inconsciência aumenta na medida em que cresce a sofisticação e complexidade do crime; já os crimes fiscais e de concorrência desleal seriam exemplos de crimes de *vítimas abstratas*, cujos efeitos negativos se repercutem, fracionadamente, sobre um número indefinido de vítimas, além da violação que causam às construções ideais como a ordem econômica e a ordem jurídica⁴⁷.

Segundo Manuel Pedro Pimentel, o sujeito passivo é o Estado, ofendido na boa execução da política do Governo. Poderão, eventualmente, aparecerem outros sujeitos passivos, no caso concreto, que serão as pessoas físicas ou jurídicas prejudicadas com a prática lesiva⁴⁸.

Poder-se-ia até argüir que não há sentido em se falar em interesse difuso a ser tutelado e que distinguir essa categoria não traria maiores repercussões na prática (salvo quanto a gestão desses interesses) porque, ao fim e ao cabo, tudo se resume a uma violação a um interesse particular, pois aquilo que é de todos é meu também e a violação a um bem jurídico coletivo (universal), em síntese, representaria um ataque ao meu interesse individual; todavia, temos demonstrado a relevância teórica e prática de se distinguir o interesse difuso do individual, nessa seara.

Não se desconhece a relevância social e a necessária imperiosidade da efetivação de mecanismos de defesa dos interesses difusos⁴⁹, que alcançam uma cadeia abstrata de pessoas e cujas lesões são disseminadas em massa. O que se pretende é alertar para o fato de que a dogmática tradicional, não dispõe de instrumental para operacionalizar uma tutela distinta do paradigma tradicional. Principalmente,

45. Por vezes a ação individual é desestimulada, analisando numa perspectiva custo *versus* benefício, já que a perda sofrida não justificaria a ação e a mobilização de todo o aparato estatal, naturalmente, lento, dispendioso, burocrático, complexo e, o pior, por vezes, ineficaz. Os conflitos continuam ali insolúveis.

46. Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Op. cit., p. 103-104.

47. Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. A Vítima e o Problema Criminal, Coimbra, 1980, p. 99.

48. Cf. PIMENTEL, Manuel Pedro. Op. cit., p. 93.

49. A Lei 8.078/90, no seu art. 81, Parágrafo único, I, entende por direitos difusos os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

porque tem por referência central o indivíduo, eis que forjada na concepção liberal-individualista, instituído para resolver conflitos interindividuais, como bem ensina Streck:

A dogmática jurídica coloca à disposição do operador um *prêt-à-porter* significativo contendo uma resposta pronta e rápida! Mas, quando Caio(sic) e milhares de pessoas sem teto ou sem terra invadem/ocupam a propriedade de Tício (sic), ou quando Caio(sic) participa de uma ‘quebradeira’ de bancos, causando desfalques de bilhões de dólares (como no caso do Banco Nacional, Bamerindus, Econômico, Coroa-Brastel, etc), os juristas só conseguem pensar o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção do Direito⁵⁰.

A concepção clássica do bem jurídico está assentada numa visão antropocêntrica (monista pessoal), na relação que existe entre o sujeito e o bem, no valor enquanto conexão entre o eu e o objeto. Adquiriam a dignidade de bem jurídico objetos que tivessem conteúdo de valor para o desenvolvimento do homem na sociedade. E, ao revés, não seria punível aquilo que não afetasse as possibilidades de realização do indivíduo. O conceito traduzia um valor palpável, um conteúdo material, uma *corporização substanciável*⁵¹. No contexto de uma minuciosa abordagem, Marta Machado, dá-nos conta, em síntese, da significativa mudança do conceito de bem jurídico,

Consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos-o que visivelmente distoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do *processo de desmaterialização do bem jurídico*.

Esse abandono da materialidade iniciou-se durante o modelo do Estado Social de Direito, numa tendência da política criminal de servir à organização artificial dos fins do Estado, consoante suas próprias valorações. A suposta proteção dirige-se, portanto, a instituições e funções, à regulação de setores importantes da sociedade; como se vê no caso da regulação da atividade econômica. Os delitos econômicos pouco ou nada tem em comum com os delitos clássicos, quer pelo processo histórico e social de construção, inteiramente diverso, quer pelo bem-jurídico, plástico, maleável, orientado para a persecução dos objetivos político-econômicos do Estado; em síntese, um bem que passa a identificar-se como fim-social⁵².

50. STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.304p.

51. Cf. MACHADO, Marta Rodriguez DE Assis. Op. cit., p. 105-106.

52. Sobre esta questão Sgubbi refere-se aos mecanismos de ampliação da tutela penal: a criação artificial e a nacionalização de bens jurídicos, a cuja valorosa leitura remetemos o leitor: SGUBBI, Filippo. *El delito*

Sintetizamos com Ferrajoli, essa é a “*parábola involutiva da doutrina do bem jurídico: da tutela de direitos subjetivos à tutela do Estado*”⁵³.

7. O PROBLEMA DA IMPUTAÇÃO INDIVIDUAL, O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

O Direito Penal de matriz clássica tem como noções fundantes a ação e a culpa referentes à pessoa humana, individualmente considerada (imputação individual). Entretanto, como temos visto, a criminalidade econômica suscitou uma série de (in) conseqüências no sistema de intervenção penal, mormente, ante a ineficiência de seus métodos protetivos.

Às limitações impostas pelos princípios decorrentes da racionalidade liberal, “calcada na individualização de responsabilidades e na autoria singular, com critérios rígidos da aferição de causalidade, do dolo, da negligência, do erro, da consciência do ilícito e dos demais elementos que antecedem a imputação”, reivindica-se profundas revoluções nas linhas mestras da dogmática penal tradicional para combater, eficazmente, a macrocriminalidade.

Essa pretendida (re) conformação ou (re) adequação da tutela está em grande parte ligada a flexibilização das bases clássicas do Direito Penal, como a que se tem experimentado em relação aos critérios de imputação. É uma realidade irrecusável. É nesse contexto que a responsabilização penal das pessoas jurídicas foi posta num dos centros das modernas discussões. A questão está longe de alcançar consenso doutrinário, mas é digna de referência, ainda que brevíssima.

Os sucessivos avanços tecnológicos e o advento da sociedade pós-industrial, com suas conseqüentes mutações de ordem jurídico-econômicas, definitivamente, serviram à consolidação irreversível da empresa como realidade social. A divisão das tarefas e a correlata especialização de atividades importam numa diluição, equivale a dizer, numa dispersão da responsabilidade dentro da realidade empresarial. A fragmentação das condutas em seu seio perpetradas e a delegação de tarefas, nomeadamente, na delinqüência econômico-financeira, reclamam estratégias eficientes, de prevenção e repressão, quando a pessoa jurídica é utilizada como suporte ao cometimento de crime.

como riego social: Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1998.

53. FERRAJOLI, Luigi ‘*Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*’, RT, 2002, p. 374.

A complexidade e sofisticação das estruturas hierárquicas, no âmbito interno da empresa, obstaculizam a individualização das condutas, ou mesmo, aquilatar o problema da culpa e a “atuação em nome de outrem”⁵⁴. Quando da apuração da autoria delitiva, percebe-se que a organização das pessoas coletivas, através de uma teia de complexas relações hierárquicas, lhes cria empecilhos à punição⁵⁵.

Demais disso, a intervenção penal efetiva demanda a especificação da quota de participação causal de cada indivíduo, alvo da imputação; e, ainda, no que toca à matéria processual, a existência de elementos probatórios que consubstanciem a certificação da responsabilidade.

O modelo de *responsabilidade por atuação em nome de outrem* não se compatibiliza com o sistema penal brasileiro, assentado na responsabilidade pessoal e na exigência da culpabilidade. O art. 29 do Código Penal pátrio dispõe que: “*quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade*”, bem assim a Lei 8.137/90, que cuida de Crimes contra a Ordem Econômica, Tributária e Consumista, no art. 11, é clarividente, ao dispor que: “*quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade*”. Outros sistemas punitivos elegeram solução diversa, como Portugal, Grécia, Bélgica, França e Israel.

A verdade é que nem sempre os critérios de comparticipação criminosa, comumente atrelados aos crimes de omissão própria, responderão às multifárias questões que exsurtem no âmbito da delinquência econômica. Essa debilidade ou insuficiência sistêmica, por assim dizer, também é experimentada quando se invoca a figura da *autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*⁵⁶.

54. Também, atentos à dificuldades práticas quanto a imputação Costa e Andrade escreveram: “Foi para obviar a impunidade resultante dessa difusa impessoalidade que se foi impondo a idéia de *responsabilidade por atuação em nome de outrem*, fazendo responder os gerentes e os administradores pelas ilegalidades cometidas pela empresa”. COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel Costa. *Sobre a concepção e os princípios de Direito Penal Econômico*. In Temas de Direito Penal Econômico. Revista dos Tribunais, 2001, p.113.

55. O ponto nevrágico da problemática reside na imputação, como salienta Cezar Roberto Bitencourt: “Nessa espécie de criminalidade, os grupos, as instituições, as organizações empresariais, não agem individualmente mas em grupo, realizando-a exemplar divisão do trabalho- de que fala Jescheck. Normalmente as decisões são tomadas por diretoria, de regra, por maioria. Assim, a decisão criminosa não é individual, como ocorre na criminalidade de massa, mas coletiva, embora por razões estatutárias, haja adesão da minoria vencida. E mais: punido um ou outro membro da organização, esta continuará sua atividade lícita ou ilícita através dos demais”, ver, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco*. In **Rev. Bras. de Ciências Criminais**. Ano 3, n. 11, jul./set. 1995. p. 126

56. CLÁUDIA MARIA CRUZ SANTOS, ao enfrentar o assunto, dá-nos a exata dimensão da *autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder*: “Esta, com efeito, permite a responsabilização como autor, quer do agente que, de forma mediata, pratica o facto ilícito, quer daquele que apenas transmite

Claus Roxin, ao tratar de “Problemas de autoria e participação na criminalidade organizada”, entende que o domínio do fato pelo *homem-de-trás* resulta da circunstância de este controlar o resultado típico em razão do seu controle do aparelho organizado de poder, ou seja, ele está na estrutura hierárquica vertical, está na posição de quem ordena a atividade delituosa, devendo considerar-se um autor mediato. Como salienta Roxin, a autoria mediata não pode ser atribuída, tão somente, ao chefe máximo da organização criminosa, mas a todos que, no âmbito da hierarquia, transmitem uma instrução delituosa, com base num poder de comando autônomo, possibilitando-se a formação de uma cadeia de autores mediatos; ademais, a concretização dos delitos não está na dependência dos executores singulares já que, por ocuparem uma posição subordinada na estrutura de poder, são substituíveis e o resultado será alcançado, de qualquer forma, pelo *homem-de-trás*⁵⁷.

Se é certo que a construção avança no sentido de possibilitar uma efetiva responsabilização penal, no âmbito do crime organizado, também é correto dizer que sua aplicação ao *white collar crime* esbarraria em diversos obstáculos por se tratar de categorias diversas.

Não se confundem as noções de empresa criminal e criminalidade empresarial. Nesta última, não se vislumbra na organização empresarial a rigidez hierárquica, tampouco se vê essa determinação ostensiva do domínio funcional das situações criminosas, isto é, não é tão explícito o domínio que é exercido sobre o executor material do crime, nem a efetiva ordem para assim proceder. A aplicação do critério sem tais considerações importaria na adoção de uma responsabilidade objetiva⁵⁸.

Quanto à imputação das pessoas individuais, no seio das pessoas jurídicas, manifesta-se Pedro Soares de Albergaria pela “transposição da aparelhagem

a instrução criminosa, enquanto líder de um aparelho de poder organizado, através de uma hierarquia rígida- situação apta a criar grandes dificuldades por não parecer enquadrável nem na co-autoria (faltaria a decisão conjunta e a execução conjunta), nem na instigação (em que o domínio de fato é menor, havendo, conseqüentemente, uma maior dependência em relação ao homem da frente)”. In SANTOS, Cláudia Maria Cruz., *Op. cit.*, p.115-116.

57. ROXIN apud SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *Op. cit.*, p.116-117.

58. Além das dificuldades em matéria probatória, não se pode olvidar a advertência de Tereza Serra, no sentido de apontar os pressupostos da construção teórica roxiniana, a saber: a total fungibilidade do executor, que pode, a qualquer tempo, ser substituído pelo “homem da secretária”, sempre que necessário ao desiderato criminoso, pelo que a disponibilidade do autor imediato resta irrelevante, no âmbito da organização; a existência de uma estrutura empresarial rigidamente organizada e que a aludida organização se tenha decididamente “auto-determinado” na senda do crime. SERRA apud SOARES DE ALBERGARIA, Pedro. *A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa*. In Rev. Port. de Ciên. Crim. Coimbra Editora, v.9, fasc. 4, out./dez.1999, p. 616

conceitual da doutrina dos deveres jurídicos de garante para criminalidade de empresa, com as adaptações que requeira e com os desenvolvimentos que decerto terá no futuro⁵⁹”.

Os naturais empecilhos à efetiva punição de pessoas individuais, ou mesmo, a inoperância da responsabilização de alguns representantes ou órgãos do ente coletivo, por condutas delituosas realizadas no seio da empresa- por vezes, revestidas em seu favor- suscitaram diversas ponderações sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Seria uma forma de o Direito Penal reagir aos abusos perpetrados no seu âmago, principalmente, no âmbito econômico, sobretudo, quando esta adota a forma de sociedades mercantis, anônimo ou de responsabilidade limitada⁶⁰.

O ponto nevrálgico da questão é reconhecer a empresa como centro de imputação penal, uma vez que “ela não é só o lugar ‘onde’ ou ‘por onde’ a criminalidade econômica se pode desencadear, ela é fundamentalmente o *topos* ‘de onde’ a criminalidade econômica pode advir⁶¹.”

Muñoz Conde entende que não há, *a priori*, inconveniente legal algum em revisar a tese tradicional e reinterpretar o Direito Positivo num sentido mais favorável à exigência de responsabilidade penal também das pessoas jurídicas, ainda dentro do respeito mais escrupuloso à atual regulação vigente⁶².

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é, em geral, aceita nos países do sistema do *common law*, em que prevalece a parêmia *societas punire potest*⁶³, ao passo que resistem a tal punibilidade, grande parte dos ordenamentos jurídicos de sistema romano-germânico, em que vige, predominantemente, o brocardo latino *societas delinquere non potest*.

59. SOARES DE ALBERGARIA, *Op. cit.*, p.626. Há outras manifestações nesse sentido: “Sem prejuízo dos princípios gerais é legítimo responsabilizar os representantes e detentores do poder de decisão por infrações cometidas por empregados ou subordinados, quando àqueles possa ser imputada falta do dever de vigilância e, cumulativamente, ele possa ser pessoalmente censurado”. FÁRIA, José de Faria; COSTA, Manuel Andrade. *Sobre a concepção e os princípios de Direito Penal Econômico*. In Temas de Direito Penal Econômico. Revista dos Tribunais, 2001, p.119-120.

60. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*. Revista Penal. Barcelona, v.1, fasc.1, ene.1998. p.67-76.

61. FÁRIA COSTA, José de. *A Responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos(ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)*. In Temas de Direito Penal Econômico. Revista dos Tribunais, 2001, p. 165.

62. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 71.

63. A responsabilidade penal da pessoa jurídica é aceita em países como Inglaterra, Estados Unidos, Japão, China, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, México, Dinamarca, Holanda (neste país, inclusive, a previsão consta da parte geral do Código Penal), Israel, França, Noruega, Portugal, Iugoslávia, Cuba, Venezuela. Em geral, o Direito Anglo-saxão a reconhecem. Não admitem, por sua vez, em face do caráter pessoal da responsabilidade penal: Grécia, Alemanha.

Não nos cabe tratar da questão da (in) conveniência da imputação penal à pessoa jurídica, porque demandaria uma análise detalhada e profunda, que refoge as naturais limitações deste trabalho. Levantamos a questão para por em relevo que tal modelo vem sendo reconhecido, como mecanismo adequado e eficiente de combate à criminalidade econômica.

O Código Penal Espanhol de 1995, por exemplo, prevê as *consequências acessórias* (recepcionadas pelo ordenamento como sanções específicas para pessoas jurídicas) que afetam a pessoa jurídica enquanto ente utilizado como anteparo para prática de crimes. A presença dessas consequências acessórias como consequência jurídica do delito supõe, de fato, o reconhecimento da sua responsabilidade penal, inclusive, de molde a prevenir a prática delitativa; ainda que a responsabilidade individual continue sendo a única fonte tanto da pena quanto da medida de segurança propriamente dita⁶⁴.

Para além dos reclamos pela efetividade na imputação penal das novas formas de criminalidade, a defesa de da responsabilidade da pessoa jurídica, assenta-se, em síntese, nos seguintes argumentos: não é possível pensar a responsabilização a partir dos critérios em que se analisa a pessoa física, já que na empresa há uma vontade pragmática, social, que se diferencia da vontade individual dos seus membros; a ação é institucional, assim como a pessoa jurídica tem capacidade para contratar e inadimplir suas obrigações, tem capacidade de agir criminosamente; se pratica atos no meio social, se a ciência lhe atribui personalidade seria ilógico negar-lhe a responsabilidade penal, que, no caso, é social; a mera responsabilização da pessoa física não dissuadiria a empresa de suas condutas criminosas, sendo necessário a previsão de penas aptas a atingir os entes coletivos em suas ações institucionalizadas; a sanção penal oferece um contra-estímulo mais eficiente à prevenção das condutas pois a responsabilidade criminal afeta interesses econômicos, na medida em que descredencia a empresa perante a sociedade; as estruturas da dogmática penal clássica (ação, dolo, culpa, responsabilidade etc.) devem ser repensadas à luz da dinamicidade do direito, pois os conceitos jurídicos não são estanques, mas variam segundo critérios normativos e não naturalísticos, uma tese contrária só poderia se valer duma “ontologificação e autonomização inadmissíveis de conceito de ação, a esquecer que a este conceito podem ser feitas pelo tipo de ilícito exigências normativas que o conformam com uma certa unidade de sentido social⁶⁵”; cuida-se de uma culpa que se diferencia da tradicional por ser uma culpa social; à insuscetibilidade à imposição de pena de

64. Cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. cit.*, p. 71

65. DIAS *apud* FARIA COSTA, *Op. cit.*, p.170.

prisão, responde-se não ser única forma de sanção no Direito Penal pelo que há outras formas de apenamento para o ente moral: multa, prestação de serviços à comunidade, penas restritivas de direito, liquidação, extinção ou suspensão das atividades, por exemplo.

A idéia de responsabilidade penal da pessoa jurídica ganha corpo com o término da Primeira Guerra Mundial, quando já se vislumbra, a forma embrionária das sociedades pós-industriais. As origens desta imputação remontam, no sentir de Silvina Bacigalupo Saggese, ao Direito Romano, onde, malgrado inexistisse o conceito de pessoa jurídica, já se distinguiam as figuras das corporações (*universitas*) e de seus membros (*singuli*), sendo possível a acusação, que era a corporação mais importante da época – o que enxerga como raiz mais remota da evolução da responsabilidade coletiva que iria se desenvolver no medievo⁶⁶.

O conceito proporcionado por sucessivos avanços tecnológicos, a ascensão de um novo modelo social, e, sobretudo, a crescente prática de crimes econômicos, ambientais e financeiros, levada a cabo por meio da empresa, fizeram ressurgir, com mais ênfase, o debate sobre a viabilidade da imputação penal da pessoa jurídica.

Dentre as resoluções do Colóquio preparatório da AIDP, realizado em Freiburg, em 1982, já houve o reconhecimento da responsabilidade criminal das pessoas coletivas como forma adequada de controle das infrações anti-econômicas.

No Brasil, René Ariel Dotti insurge-se, veementemente, contra a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, enumerando algumas explicações que inviabilizariam tal pretensão: diz que os óbices à investigação e individualização da conduta, nos crimes de autoria coletiva, situam-se na esfera processual, e não material, portanto; ocorreria a violação do princípio da isonomia, já que ao se atribuir a responsabilidade à pessoa jurídica, os partícipes – instigadores ou cúmplices poderiam ser privilegiados com o afrouxamento dos trabalhos de investigação; seria violado o princípio da personalização da pena, bem assim o da humanização das sanções; não seria possível estabelecer o tempo do crime, porque definido com fundamento numa ação humana, tampouco o lugar do crime – já que não se poderia precisar em virtude de as pessoas jurídicas terem diretoria e administração em várias partes do território nacional; afrontaria, também, os princípios relativos a teoria do crime.⁶⁷

66. BACIGALUPO SAGGESE *apud* SILVEIRA, *Op. cit.*, p.193.

67. DOTTI *apud* PEREIRA, *Op. cit.*, p.4-5.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica não pode ser pensada sem fazer uma adequação, ou, por melhor dizer, uma reconformação das noções tradicionais de ação e culpa, pois é certo que

no estudo e na compreensão jurídico-penal de cada um daqueles elementos fundantes da dogmática penal é seguro que se (re) constróem noções. Tudo está em saber até onde vão os limites dessa reconformação.⁶⁸

Note-se, aliás, com José de Faria Costa, que a admissibilidade teórica da punição penal das pessoas coletivas não se compactua com o simples argumento da “necessária eficácia”. Isto porque a legitimidade ou fundamento de tal alargamento punitivo há de se fundar materialmente e não, meramente, a partir de um juízo de natureza descritiva, do qual resulta a verificação da ineficácia da responsabilização individual dos órgãos ou representantes do ente coletivo.⁶⁹

O autor que faz uma análise detalhada do panorama europeu, valendo-se, para tanto, de uma via metódica argumentativa, uma estrutura interpretativa, que lhe permite chegar à compreensão racional do fenómeno da punição das pessoas coletivas. Entende que, no tocante à imputabilidade, criou-se um *topos*, um espaço de normatividade, ao qual corresponde seu *lugar inverso*: o problema da punição penal das pessoas coletivas. A unidade do próprio ordenamento jurídico seria construída a partir dessa polaridade inversa.

Nas palavras de José Faria Costa,

Efetivamente, se ali tínhamos cerceamento dos segmentos ontológicos de acção, aqui, inversamente, temos expansão do alargamento de um agir comunicacional, penalmente relevante; se ali se limita e se afasta o juízo de censura penal por razões da mais variada índole, aqui, inversamente, reconstrói-se a noção de culpa e faz-se da pessoa colectiva um verdadeiro centro de imputação; se ali o traço distintivo da força argumentativa que a necessidade arrastaria no sentido da restrição do universo dos possíveis agentes, ia no sentido da limitação do universo dos destinatários das normas penais, aqui, inversamente, tudo aponta, como se demonstrou já, para que o universo da punibilidade se alargue⁷⁰.

68. COSTA, José de Faria. *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)*. In Temas de Direito Penal Econômico. Revista dos Tribunais, 2001, p.172.

69. *Idem ibidem*, p.167-168.

70. Registra, ainda, que “A pessoa coletiva funda-se e encontra sua razão de ser em uma relação interna com o “outro”. Nesse sentido, só pelo “outro” (órgão ou representante) – que é também um elemento estrutural da sua natureza construída – a pessoa colectiva ascende à discursividade jurídico-penalmente relevante (...). Pensamos que a estrutura de relações *in altero* é que pode justificar cabalmente uma tal responsabilidade solidária. Se as pessoas coletivas só “vivem” juridicamente nos e com os seus órgãos ou representantes, tem sentido fazê-las responder solidariamente pelas multas e em coimas em que aqueles eventualmente venham a ser condenados (...)”. COSTA, José de Faria. Op. cit. p. 172 ss.

Klaus Tiedmann⁷¹ também defende a responsabilidade penal da pessoa jurídica⁷², inclusive, aludindo ao mandamento da Constituição Federal da República Federativa Brasileira. De fato, a CF/88, em duas passagens, cuidou da incriminação das pessoas jurídicas. O art. 173, § 5 dispõe que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade penal desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. O art. 225, § 3, traz a previsão de que “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”.

8. CONCLUSÃO

As transformações estruturais da sociedade e as atuais tendências expansivas do Direito Penal têm contribuído para sua perda de identidade, ou, por melhor dizer, um desconfiguração das características, garantias e princípios penais de matriz ilustrada.

A precipitação do legislador penal na incriminação e sancionamento de condutas no âmbito econômico e áreas afins trouxe reflexos quanto à conformação da tipicidade penal (multiplicação de tipos abertos, vagos, indeterminados-carentes de clareza e precisão-, abundância de normas penais em branco, introdução da técnica do reenvio). A hipercriminalização, materializada, por vezes, em vulnerações da técnica penal de elaboração legislativa, sobretudo ataxatividade na tipificação das normas incriminadoras, a “criação” de novos bens jurídico-penais, a introdução de um número de delitos de perigo abstrato, notabilizando-se uma idéia de antecipação de punibilidade e ampliação dos espaços de risco penalmente relevantes, a flexibilização de regras de imputação, o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica são sinalizadores dos novos tempos da dogmática-jurídico-penal...

71. TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*. **RBCCRIM**. Ano 3, n.11, jul./set.1995. p.21-35.

72. Para TIEDMANN: “(...) basta con recordar, a nível legislativo, la entrada en vigor de verdadera responsabilidad de las personas morales con el Nuevo Código Penal francés a partir de del 01.03.1994, así como la propuesta correspondiente del ante-proyecto suizo y las propuestas de ley belga, finlandesa y canadiense en 1993, o citar la Recomendación 18 del Consejo de Europa de 1988 y el mandato al legislador de la Constitución Federal del Brasil del mismo año (art. 173, § 5). Para la doctrina mencionamos el ejemplo de Alemania donde sólo en los años 1993 y 1994 fueron publicadas 5 monografías sobre la cuestión, por no contar el creciente número de artículos de revistas que han influido y retenido, entre otros, los debates de las Jornadas de penalistas alemanes, Congreso internacional de Derecho Comparado también ponía esta figura en el orden del día de 1993 (...)”. TIEDMANN, Op cit, p. 11/21.

O problema é que apesar dos declarados esforços de controle desses delitos de maior conotação social, notadamente a criminalidade econômico-financeira, ainda não há qualquer novo paradigma estruturado e sistematizado, para lidar eficazmente com as ações criminosas cada vez mais difusas e intangíveis, que se valem da lógica perversa e pervertida do sistema econômico para conseguir vantagens... Não se vislumbram novidades principiológicas que sirvam de referencial com capacidade de substituir por inteiro a racionalidade garantista do Direito Penal Clássico, eis que “o Direito Penal é um só, comunicando a todas as normas o corpo de sua existência e a alma de sua essência⁷³”.

A dificuldade está em encontrar soluções equilibradas, isto é, um dialogo possível entre a eficácia na prevenção, a repressão a de condutas criminosas altamente lesivas ao interesse societário e o mais profundo respeito aos direitos fundamentais do acusado e as garantias inerentes à vivência de um Estado Democrático. Deve-se ter em linha de consideração que as novas modalidades criminosas demandam por sua peculiaridades um tratamento jurídico diferenciado, mas que não pode importar na desconstrução irracional de todo um sistema de garantias conquistados, ao longo da evolução histórica das idéias penais....

Se é certo que no Estado Democrático de Direito, devemos presumir a correção das escolhas dos legisladores penais, democraticamente eleitos, também o é que não há nenhuma garantia da sua competência para fazer funcionar racionalmente as categorias da dogmática jurídica penal, no tocante à criminalidade contemporânea... Há o risco da irracionalidade, da precipitação, dos excessos, quando se oferecem respostas aos clamores, expectativas, esperanças e emoções várias depositadas, paradoxalmente, no Direito Penal, na eterna ilusão de segurança...

Encontrar os limites do inevitável e irreversível processo de flexibilização das bases clássicas do Direito Penal é mais um desafio a ser superado, sobretudo, na sociedade já fraturada por tantas contradições, como a que nos foi dado viver...

9. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Princípios garantistas e a delinqüência do colarinho branco*. In **Rev. Bras. de Ciências Criminais**. Ano 3, n. 11, jul./set. 1995.

73. LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 5.

- BOULLANGER, Hervé. *La criminalité économique en Europe*. 1 édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.
- BOVINO, Alberto. *Los delitos de cuello blanco: inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 2005.
- BULLETIN DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE DE DÉFENSE SOCIALE POUR UNE POLITIQUE CRIMINELLE HUMANISTE. *Cahiers de Defense Sociale*. Mélanges en l'honneur de Louk Hulsman. Droit Penal entre abolitionnisme et tolérante zero, Année 2003.
- CALLEGARI, André Luís. *A importância e efeito da delinquência econômica*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 101, p. 10-11, abr. 2001.
- CALLEGARI, André Luís. *A importância e efeito da delinquência econômica*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 101, p. 10-11, abr. 2001.
- CORREIA, Eduardo, Introdução ao Direito Penal Econômico, in Revista de Direito e Economia, 3,1977.
- COSTA, José de Faria. *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas colectivas, à luz do Direito Penal)*. In Temas de Direito Penal Econômico. Revista dos Tribunais, 2001.
- CROALL, Hazel. *White-Collar Crime*, Open University Press, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi 'Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal', RT, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico-Notas a propósito do colóquio preparatório para a AIDP (Freiburg, setembro de 1982). In Temas de Direito Penal Econômico/organizador Roberto Podval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno Direito Penal. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Ano III, n.18, fev./mar.2003.
- HASSEMER, Winfried. *Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. **IBC-CRIM**. Madrid, n.1, sep./dic.1991.
- LIRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005. (Monografia/IBCCRIM; 34).

- MATA BARRANCO, Norberto 1. de la. *Protección penal dei ambiente y accesoriad administrativa*: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para ei ambiente amparados em uma autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedes, 1996.
- MOURA, José Souto de. *A tutela penal dos interesses difusos*. Núcleo de Estudos Ambientais do Ministério da Justiça, 1993.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Como imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia organizada y empresarial?* In *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*. **IBCCRIM**. Madrid, 6-10.nov.2000.
- _____. *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*. Revista Penal. Barcelona, v.1, fasc.1, ene.1998.
- _____. *O moderno direito penal no novo código penal espanhol: princípios e tendências*. **IBCCRIM**. In *Discursos sediciosos (crime, direito e sociedade)*. Rio de Janeiro, 1997.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍAARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. 3 ed., Valencia: Tirant Lo Blanch, 1998.
- PRADO, Luiz Régis. *Elementos de Direito Penal*. V 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- SANTOS, Gérson Pereira dos. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social: Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1998.
- SOARES DE ALBERGARIA, Pedro. *A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade de empresa*. In *Rev. Port. de Ciên. Crim.* Coimbra Editora, v.9, fasc. 4, out./dez.1999.
- STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2. ed.rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. *Derecho penal de la empresa*. Madrid : Editorial Trotta, 1995.
- TIEDEMANN, Klaus. *Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado*. **RBCCRIM**. Ano 3, n.11, jul./set.1995.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- WARAT, Luis Alberto. *O outro lado da Dogmática jurídica*. In *ROCHA, Leonel Severo (Org). Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

XI

BREVE ANÁLISE ACERCA DO NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Lauricio Alves Carvalho Pedrosa

Advogado. Mestre em Direito Privado e Econômico pela UFBA. Professor de Direito Civil e Comercial da Faculdade Metropolitana de Camaçari (FAMEC) e de Direito Civil e Comercial da Faculdade Batista Brasileira (FBB).

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto a análise do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil ambiental. Busca-se demonstrar a insuficiência das teorias jurídicas tradicionais e se propõe um critério jurídico para a definição do nexo de causalidade entre o risco criado pelo exercício de uma atividade econômica e o dano ao meio ambiente, de modo a não se afastar a responsabilidade ambiental, caso se verifique a ocorrência das tradicionais excludentes da responsabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Nexo causal – Responsabilidade Civil – Meio Ambiente – Risco – Dano Ambiental.

ABSTRACT: The present text has as object an analysis of the causal nexus in the environmental civil liability. The insufficiency of the traditional legal theories is demonstrated and is proposed a law definition for the link between the risk created by an economic activity and the environment damage, in order to do not avoid the environmental responsibility if it verifies the occurrence of the traditional exculpatory of the liability.

KEYWORDS: Causal nexus – Civil Liability – Environmental – Risk – Environmental Damage.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Peculiaridades da responsabilidade civil ambiental – 3. Nexo de causalidade. Noções gerais – 4. As dificuldades existentes na fixação do nexo de causalidade no dano ambiental e a necessidade de criação de um novo critério jurídico – 5. O problema das excludentes do nexo causal no Direito Ambiental: 5.1. O caso fortuito e a força maior; 5.2. Fato exclusivo da vítima; 5.3. Fato de terceiro – 6. Conclusão – Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas relativos à imposição da responsabilidade civil ambiental consiste na fixação do nexo de causalidade existente entre a conduta ou atividade do agente econômico e o dano causado ao meio ambiente.

Tais dificuldades decorrem, dentre outros fatores, da existência de diferentes fontes de poluição e da impossibilidade da própria ciência de especificar qual ou quais os responsáveis pela degradação ambiental.

Por outro lado, as teorias jurídicas tradicionais acerca do nexo de causalidade se mostram insuficientes para identificar a causa, bem como os responsáveis pelo dano ao meio ambiente.

Diante deste quadro, surge a necessidade de criação de novos critérios jurídicos acerca do nexo causal, com o intuito de atender ao objetivo constitucional de garantir o acesso de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tanto pelas presentes quanto pelas futuras gerações.

Busca-se, no presente trabalho, apresentar sugestões e soluções no que diz respeito ao fundamento para a fixação do nexo causal, de modo a garantir uma maior eficácia do microssistema jurídico da responsabilidade civil ambiental.

Procura-se oferecer um fundamento mais sólido para a imposição da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, mesmo nas hipóteses em que se verifique a ocorrência das tradicionais excludentes da responsabilidade.

2. PECULIARIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

Em razão da natureza do bem ambiental e dos princípios que informam o Direito Ambiental, algumas regras a respeito da responsabilidade civil tradicional são afastadas, formando-se um microssistema jurídico próprio.

Inicialmente, importa classificar o meio ambiente como um bem de interesse público, pois pertence à coletividade como um todo e não pertence a ninguém individualmente, nem mesmo ao Estado¹.

Sendo assim, não se admite que o proprietário (público ou particular) de qualquer bem o utilize, de modo a dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Consiste num bem de uso comum do povo e, por esse motivo, encontra-se disponível à utilização de todos. Afasta-se, então, a possibilidade de sua fruição exclusiva ou egoísta.

Trata-se, portanto, de um direito difuso, pertencendo ao gênero dos interesses meta ou supraindividuais, compreendendo aqueles que ultrapassam a órbita individual, para se inserirem no contexto da ordem coletiva.

1. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 56; Leite, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 84; BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade*. *Revista de Direito Ambiental*, n. 09. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais jan./mar: 67-85, 1998. p. 73. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo, LTr: 1999.

O principal objetivo do Direito Ambiental consiste em evitar a ocorrência do dano, daí a relevância dos princípios da prevenção e da precaução. Todavia, uma vez configurado o dano, deve haver uma resposta rigorosa e imediata, a fim de reparar ou, ao menos, amenizar as conseqüências dele decorrente.

Essa preocupação existe em razão de o dano ambiental ser continuativo², ou seja, perpetrar-se no tempo e no espaço. Por essa razão, quanto maior o tempo que se leve para iniciar a reparação, maior será a deterioração, o que dificultará ou impedirá a recuperação do meio ambiente.³

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente é objetiva e antecede a própria Constituição Federal, pois tal sistema foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo §1º do artigo 14 da Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981, ainda vigente⁴.

Neste diploma, impõe-se ao poluidor a obrigação indenizar ou de reparar os danos causados ao meio ambiente, independentemente da existência de culpa. O fundamento da responsabilidade civil ambiental é o risco criado pelo exercício de uma atividade.

Com o advento da modernidade, o surgimento de novas invenções, a revolução industrial e o crescimento populacional das cidades, os riscos, fatores geradores de danos, foram sendo multiplicados no curso do tempo.

As novas invenções elaboradas para oferecer conforto e facilidades aos membros da coletividade traziam intrinsecamente riscos de acidentes, em virtude da falta de experiência em sua utilização e da impossibilidade de previsão de todas as conseqüências que poderiam advir do seu uso.

O risco, inerente à própria evolução tecnológica, trouxe benefícios à humanidade, mas se fez acompanhar de inúmeras possibilidades de dano, causando insegurança, até porque nem todos têm conhecimento e efetivo controle sobre as novas técnicas, ignorando, não raras vezes, as suas conseqüências.

Nesse contexto, o risco de acidente passou a ser visto como condição da atividade produtiva em geral, uma vez que se tornaram anônimos e se transformaram

2. RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito ambiental: parte geral. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 244.

3. RODRIGUES, 2005, p. 244.

4. Art. 14. (...) §1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio 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.

em elemento ínsito à própria organização econômica. Em troca dos benefícios advindos do fenômeno tecnológico, a sociedade foi compelida à assunção do risco de acidentes.

Diante dessas condições, concluiu-se ser mais equânime impor àquele que colhe proveito de determinada atividade econômica, ou que age para obtê-lo, o dever de arcar com o ônus de indenizar a sociedade pelos danos a ela causados, pois assumiu os riscos de causar lesões em razão do exercício da atividade.

A finalidade da responsabilidade objetiva é o bem comum, preservando, assim a paz pública, violada pelo dano causado a terceiros.

No âmbito da responsabilidade ambiental, o explorador da atividade econômica ocupa a posição de garantidor da preservação ambiental, pois os danos decorrentes da atividade estarão sempre vinculados a ela⁵.

Teoricamente, a reparação de um dano busca restabelecer o lesado ao *status quo ante*, como se a lesão não tivesse ocorrido. Trata-se apenas de uma concepção teórica, pois na grande maioria dos casos é impossível a restauração da realidade anterior.

No âmbito específico do meio ambiente, essa dificuldade é constatada com maior facilidade. Uma vez que configurado o dano ao meio ambiente, torna-se impossível restabelecer o estado de coisas anterior.

Contudo, deve-se buscar ao menos uma reparação que se aproxime ao máximo do *status quo* anterior e restaure os processos ecológicos essenciais⁶, a fim de garantir o respeito ao meio ambiente enquanto bem difuso.

Dentre os elementos mais importantes para a fixação da responsabilidade civil ambiental está o nexo de causalidade. Não obstante ter sido dispensada a existência de culpa, não se prescinde da constatação da existência de nexo causal entre o exercício de uma determinada atividade e o dano ambiental.

3. NEXO DE CAUSALIDADE. NOÇÕES GERAIS

As palavras “nexo” e “causa” são transitivas, ou seja, só é possível dizer que algo é causa se estiver relacionado com outra coisa. Não há causa sem efeito, nem efeito sem causa.⁷

5. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexo de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, n. 32, p. 83-103, out. / dez. 2003.

6. Vide, a respeito, o inciso II do §1º do art. 225 da Constituição Federal.

7. RODRIGUES, 2005, p. 314.

A causa é um ato ou fato em virtude do qual algo se segue necessariamente. O nexa é o elemento que une dois entes, ou seja, é exatamente a relação existente entre a causa e o efeito. Através dele se estabelece a existência de uma causa e o seu respectivo efeito, visto que, uma vez ausente o nexa, não há causa, nem efeito.⁸

O nexa causal estabelece um vínculo entre determinado comportamento e um evento, permitindo que se chegue à conclusão, com base nas leis naturais, mas não apenas nelas, acerca de ser ou não o dano causado pela ação ou omissão do agente.

Trata-se do elemento que interliga um proceder a um resultado lesivo e estabelece o vínculo que impõe ao responsável o dever de reparar o dano causado à vítima.

A respeito do nexa de causalidade, no âmbito da responsabilidade civil tradicional ou clássica, existem três principais teorias: a da equivalência das condições, a da causalidade adequada e a que exige ser o dano consequência imediata do fato que o produziu.⁹

Segundo a teoria da equivalência das condições, conhecida também como teoria da *conditio sine qua non*, toda e qualquer circunstância que tenha concorrido para produzir o dano é considerada uma causa necessária, ou seja, todo fato sem o qual o resultado não teria sido produzido possui o mesmo valor.

Consideram-se equivalentes as condições por se entender que, suprimida uma delas, o dano não se verificaria.¹⁰ Contudo, tal teoria permite uma ampliação excessiva da responsabilidade civil, com uma regressão infinita do nexa causal e pode levar a resultados absurdos, a exemplo da responsabilidade do fabricante de armas pelo dano decorrente de um homicídio.

Já para a teoria da causalidade adequada, considera-se como “causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo”.¹¹ Será considerada causa aquela que, de acordo com a experiência comum, for mais apropriada a produzir o dano, independentemente das demais circunstâncias que contribuíram para determinado resultado.

8. *Ibid.*, *id.*

9. GONÇALVES, Carlos Roberto Responsabilidade civil. 8. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 520.

10. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 3. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Jurídica universitária, 1965. p. 329.

11. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 522.

A distinção entre as duas teorias consiste na constatação de que uma causa pode ser necessária, pois sem ela o dano não poderia ocorrer, mas não ser suficiente (adequada) para o acontecimento.

Carlos Roberto Gonçalves utiliza-se de um exemplo interessante para distinguir as duas teorias: O sujeito A dá uma pequena pancada no crânio de B, insuficiente para causar qualquer lesão a um indivíduo normal. Todavia, por conta de uma fraqueza especial nos ossos, a pancada causou uma fratura no crânio de B, que veio a falecer.¹²

Para a teoria da equivalência das condições, a pancada foi condição *sine qua non* do prejuízo causado e A terá que responder por ela. Já para a teoria da causalidade adequada, não haveria responsabilidade, pois abstratamente considerada, a causa não era adequada (suficiente) para produzir o resultado.

Segundo a teoria da causalidade adequada, caso não seja possível estabelecer entre várias causas relevantes para a produção do resultado qual foi a preponderante, aplica-se a responsabilidade solidária de todos os agentes ou a repartição da responsabilidade entre o agente e a vítima, se esta concorreu para o dano¹³.

A terceira teoria é conhecida como a dos danos diretos e imediatos e seria um amálgama das anteriores, amenizando-se as extremas conseqüências de cada uma. Defende que deve haver uma relação de causa e efeito direta e imediata entre a inexecução da obrigação e o dano.

Um determinado evento seria considerado causa do dano, se não existisse outra que explicasse o mesmo dano, ou seja, que interrompesse o nexo causal entre o acontecimento anterior e o dano.

Seus adeptos exigem que o resultado lesivo seja conseqüência direta e necessária de um ato ilícito ou de uma atividade objetivamente considerada e que não existam concausas relativamente independentes capazes de interromper o nexo causal.

Analisando o art. 1060 do Código Civil de 1916, fielmente reproduzido pelo art. 403 do Código Civil de 2002¹⁴, Aguiar Dias¹⁵ e Caio Mário da Silva Pereira¹⁶

12. GONÇALVES, 2003, p. 522.

13. MONTENEGRO, Magda. Meio ambiente e responsabilidade civil. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 108.

14. “Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

15. DIAS, Aguiar. Da responsabilidade civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 2, p. 314-315.

16. PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 79.

defendem que foi adotada a teoria da causalidade adequada. Já para Agostinho Alvim¹⁷ e Carlos Roberto Gonçalves¹⁸, o Código adotou a teoria do dano direto e imediato.

Todavia, a doutrina tem reconhecido, no âmbito da responsabilidade civil em geral, que deve ser considerada causa a que for “mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas”¹⁹, até porque, como foi visto, a teoria do dano direto e imediato procura amenizar os excessos defendidos pelas teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada.

Vale ressaltar que as teorias tradicionais a respeito do nexa causal são incapazes de estabelecer, de forma abstrata, a causalidade. As teorias fornecem apenas diretrizes a respeito do nexa causal²⁰.

Diante do caso concreto, será necessário se valer das contribuições fornecidas por todas elas.²¹

Em se tratando do dano ambiental, é preciso que haja uma relação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora. A Lei n. 6.938/81, ao adotar o regime da responsabilidade civil objetiva, afasta a investigação a respeito da culpa, mas não prescinde da existência do nexa causal.²²

Entretanto, na grande maioria dos casos, será insuficiente para a reparação do dano ambiental a fixação da responsabilidade fundada apenas na causa que for mais determinante segundo o curso natural e ordinário das coisas, consoante será demonstrado a seguir. Daí a necessidade de se estabelecer novas diretrizes jurídicas acerca do nexa causal, em se tratando de dano ao meio ambiente.

4. AS DIFICULDADES EXISTENTES NA FIXAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NO DANO AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM NOVO CRITÉRIO JURÍDICO

Dentre as principais dificuldades relativas à responsabilidade civil por dano ao meio ambiente encontram-se aquelas referentes à fixação do nexa causal.

17. ALVIM, 1965, p. 371.

18. GONÇALVES, *op. cit.*, p. 524.

19. CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 75.

20. CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Campinas, SP: Millennium, 2006. p. 188.

21. *Ibid.*, p. 72.

22. MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 431.

Dentre elas pode ser citada a existência de diferentes fontes de poluição de uma mesma substância e a impossibilidade de se determinar a fonte poluidora dentre tantas possíveis.

Outra dificuldade consiste na determinação da origem do dano ambiental, uma vez que raramente ele é causado por apenas um agente tóxico. Em regra, portanto, mais de um evento contribuem para o resultado lesivo.

Segundo Calos Miguel Perales deve-se distinguir a causalidade científica da jurídica. Na primeira, os cientistas exigem um alto grau de prova para admitir determinada relação de causa e efeito. Já o Direito busca, através de critérios próprios, encontrar um sujeito agente e imputar-lhe a responsabilidade²³.

Em relação à responsabilidade civil ambiental, as teorias tradicionais da causalidade mostram-se insuficientes. Como foi visto, a teoria da equivalência das condições tem como empecilho a possibilidade de permitir uma regressão infinita do nexos causal, o que pode levar a resultados absurdos.

Já para a teoria da causalidade adequada, considera-se causa do dano a condição por si só apta a produzi-lo. Havendo mais de uma causa, haverá responsabilidade solidária os causadores. Essa teoria não permite a incidência da responsabilidade do agente nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato da vítima ou de terceiro, pois nestes casos, o mero exercício de atividade econômica não seria considerado causa adequada do dano, mas sim os eventos acima mencionados.

Segundo a teoria dos danos diretos e imediatos, deve haver uma relação de causa e efeito direta e imediata entre a inexecução da obrigação e o dano. Um determinado evento seria considerado causa do dano, caso não existisse outro que o explicasse, ou seja, que interrompesse o nexos causal entre o acontecimento anterior e o dano.

Da mesma forma que a teoria anterior, ela não permite a incidência da responsabilidade do agente nas hipóteses de caso fortuito, força maior e fato da vítima ou de terceiro, pois nestes casos, o mero exercício de atividade econômica não seria considerado causa direta e imediata do dano, o que excluiria o nexos de causalidade.

Impõe-se, portanto, o desenvolvimento de uma nova concepção a respeito da causalidade para a responsabilidade civil ambiental, uma vez que, em muitas

23. PERALES, 1997, p. 155 *apud* STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexos de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. Revista de direito ambiental. São Paulo, n. 32, p. 83-103, out. / dez. 2003.

hipóteses, o dano não é causado direta e imediatamente por uma atividade, mas seu exercício foi essencial para a verificação do prejuízo, uma vez que criou o risco de dano, a exemplo do que ocorre quando uma tempestade contribui para o derramamento de material existente no reservatório de uma indústria e causa um dano ecológico.

Portanto, no presente trabalho defende-se que, mesmo se o dano ambiental não decorrer de uma causa direta e imediatamente ligada ao exercício de uma atividade econômica, será possível imputar a responsabilidade ao agente que criou o risco de causar uma lesão ao meio ambiente, desde que o empreendimento tenha sido condição *sine qua non* para resultado danoso, ainda que seja uma causa mediata.

Não se busca criar uma nova teoria jurídica acerca do nexo causal, mas apenas fornecer algumas diretrizes que poderão contribuir para que o julgador, diante do caso concreto, possa decidir qual será a solução mais adequada. Para tanto, necessário se fará recorrer ao raciocínio tópico.

Propõe-se, por conseguinte, a utilização de uma nova forma de causalidade jurídica, que não exige o rigor daquela desenvolvida pelas ciências naturais, cujo papel criador atribui-se à doutrina e à jurisprudência que, em razão das transformações vividas pelo Direito, têm assumido uma função cada vez mais relevante.

Sendo assim, sugere-se o reconhecimento do nexo de causalidade pelo dano ambiental quando o exercício de uma atividade de risco, ainda que associado a um outro evento, tenha sido essencial para a configuração de um prejuízo ao meio ambiente ou crie um risco inaceitável de dano, desde que não se regrida ao infinito na busca pelo nexo causal entre atividades e o dano, como permite a teoria da *conditio sine qua non*.

Tais questões serão aprofundadas em seguida, quando for analisado o problema das excludentes do nexo causal no Direito Ambiental.

Ainda no que toca ao nexo de causalidade, verifica-se que há uma grande dificuldade em se atribuir o dano à atividade do poluidor, muitas vezes em decorrência do próprio estágio de desenvolvimento da ciência ou por conta do fenômeno da concausa, o que impede a ligação entre determinada atividade e o prejuízo ao meio ambiente.

Entretanto, conforme afirma José de Aguiar Dias, “seria injurídico beneficiar os autores do ato ilícito com a incerteza que só eles estão em condições de

desfazer e uma vez que não haja outra solução capaz de atender ao imperativo da reparação ao lesado”.²⁴

Exigir daquele que sofreu o dano a demonstração do liame causal provocaria sobre a vítima uma dupla sobrecarga.²⁵ Além de ter sofrido o dano, teria que demonstrá-lo.

No âmbito da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, é possível admitir a inversão do ônus da prova no Processo Civil, por aplicação subsidiária do art. 6º, VII²⁶ do CDC combinado com o artigo 117²⁷ do mesmo diploma.²⁸

Consoante leciona Marcelo Abelha Rodrigues, apesar de o inciso VIII do artigo 6º não estar inserido no Título III do Código de Defesa do Consumidor, ele contém regras de Direito Processual Civil e o artigo 117 estabelece que tais regras devem ser aplicadas na defesa de interesses difusos. Por outro lado, o artigo 6º do CDC estabelece regras principiológicas, que se projetam sobre todo o Código, inclusive sobre o Título III.²⁹

Ademais, o princípio da precaução exige do poluidor a comprovação de que na sua atividade não há risco de poluição. Neste caso, entende-se que a própria incerteza a respeito das conseqüências do exercício da atividade já seria prejudicial ao meio ambiente.

Caberá, portanto, ao suposto poluidor demonstrar que sua atividade não é impactante, a fim de afastar a presunção legal a favor do meio ambiente.³⁰

Defende a doutrina a atenuação do relevo do nexo causal, exigindo-se apenas que a atividade do agente seja potencialmente degradante para a imposição da responsabilidade³¹.

24. DIAS, 1987, v. 2, p. 511.

25. RODRIGUES, 2005, p. 326.

26. “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – A facilitação da defesa dos seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando a critério do juiz, for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

27. “Art. 117. Acrescente-se à Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes”: [...] Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

28. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 329. No mesmo sentido, vide MIRRA, 2001, p. 94.

29. RODRIGUES, *op. cit.*, p. 331.

30. Nesse sentido, dispõe o inciso IV do artigo 334 do Código de Processo Civil: “Art. 334. Não dependem de prova os fatos: [...] IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

31. Nesse sentido: Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 217; CASTRO, Guilherme Couto de. *Responsabilidade objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.116.

Existe, inclusive, teoria desenvolvida no sentido de admitir uma espécie de responsabilidade objetiva agravada, aplicável a hipóteses excepcionalíssimas, como no caso do dano ambiental, em que se prescindiria da demonstração do nexo de causalidade e se exigiria apenas que o dano pudesse ser considerado decorrente do risco próprio da atividade em causa³².

5. O PROBLEMA DAS EXCLUDENTES DO NEXO CAUSAL NO DIREITO AMBIENTAL

Consoante se afirmou anteriormente, um dos pontos de grande controvérsia na doutrina diz respeito à incidência ou não das excludentes da responsabilidade civil na hipótese de dano causado ao meio ambiente.

O fundamento das excludentes do nexo causal, também conhecidas como excludentes da responsabilidade, reside na idéia de que ninguém deve responder por um evento a que não tenha dado causa.

Em determinadas hipóteses, pessoas são chamadas a responder por eventos a que apenas aparentemente deram causa, tendo em vista que, ao ser analisada a relação de causalidade, verifica-se que o dano foi resultante de um outro motivo ou de circunstâncias que impediam o indivíduo de cumprir a obrigação.

Costuma-se criticar o uso da expressão “excludente da responsabilidade” afirmando, que, em verdade, não haveria responsabilidade, pois não existiria nexo causal entre o comportamento do aparente causador do dano e o resultado lesivo, não sendo possível excluir o que em verdade jamais existiu.

Consoante restou demonstrado acima³³, trata-se de questão bastante controversa na doutrina.

O presente trabalho procura demonstrar que, como o risco de causar danos ao meio ambiente é inerente ao exercício de atividades econômicas, em verdade, as conhecidas excludentes da responsabilidade não afastam o nexo causal, nas hipóteses de prejuízos gerados ao meio ambiente, pois se verifica que houve mais de uma causa contribuindo para o resultado lesivo, exceto quando o dano tenha sido provocado única e exclusivamente pela causa excludente do nexo causal.

32. NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 761, p. 37-38, 1999.

33. Vide item 4.5. “A divergência doutrinária a respeito de qual teoria se aplica ao dano ambiental”.

Em regra, o exercício da atividade econômica apresenta-se como condição indispensável para a ocorrência do resultado danoso, cujo risco de dano foi assumido pelo agente econômico.

5.1. O caso fortuito e a força maior

Não há unanimidade na doutrina a respeito da distinção entre caso fortuito e força maior. Alguns doutrinadores os tratam como sinônimos, a exemplo de Aguiar Dias³⁴ e Silvio Rodrigues³⁵.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, o caso fortuito decorre de fato ou ato alheio à vontade das partes: greve, motim ou guerra; a força maior resulta de acontecimentos naturais, a exemplo de raios, inundações e terremotos³⁶.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho, ocorre caso fortuito quando o evento for imprevisível e, por isso, inevitável; caso seja o acontecimento inevitável, ainda que previsível, como acontece com os fatos da natureza, como tempestades, enchentes, estar-se-á diante da força maior. Por conseguinte, a imprevisibilidade é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a inevitabilidade o é da força maior³⁷.

Wilson Melo da Silva reconhece neles um substrato comum: a ausência de qualquer culpa do responsável aliada à impossibilidade absoluta de se cumprir aquilo que se obrigou³⁸.

Para a configuração de ambos, a doutrina exige que o fato seja necessário, ou seja, não determinado por culpa do devedor; que seja superveniente, inevitável e irresistível; portanto, fora do alcance do poder humano. Todavia, essa inevitabilidade é relativa, uma vez que deve ser realizado um juízo de razoabilidade diante das circunstâncias do caso concreto.

O caso fortuito e a força maior foram equiparados pelo artigo 393 e parágrafo único do Código Civil³⁹ que praticamente os considerou sinônimos.

34. DIAS, 1987.

35. RODRIGUES, Silvio. Direito civil. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 288.

36. GONÇALVES, 2003, p. 736.

37. CAVALIERI FILHO, 2006, p. 91.

38. SILVA, Wilson Mello da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 84.

39. “Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no to necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

A doutrina, com base nas lições de Agostinho Alvim, costuma distinguir fortuito interno, que se liga à pessoa, à coisa ou à empresa do agente, do fortuito externo ou força maior.

Para tais doutrinadores, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves, somente o fortuito externo, ou seja, a causa ligada à natureza, estranha à pessoa do agente e à máquina, exclui a responsabilidade, por ser imprevisível, principalmente se esta se fundar no risco. O fortuito interno, em que a causa está ligada à pessoa, ou à coisa, não afasta a responsabilidade do agente.⁴⁰

Como exemplo, pode ser citado o estouro dos pneus de um veículo. É considerado um fortuito interno, pois ligado à coisa (máquina) e previsível⁴¹. Por essa razão não exclui o nexos de causalidade entre o evento e o dano.

Entretanto, tal teoria aplica-se apenas em parte ao Direito Ambiental. O empreendedor, ao instalar uma atividade em determinada região, deve assumir os riscos decorrentes do seu exercício.

Havendo o fortuito interno, ou seja, um dano causado ao meio ambiente em razão de um evento ligado ao agente econômico ou à máquina, haverá a responsabilidade pela indenização. Neste ponto, aplica-se a regra geral defendida pela doutrina e jurisprudência.

Guilherme Couto de Castro também defende que a imprevisibilidade relativa não escusa a responsabilidade do agente, ou seja, o simples caso fortuito não excluiria a reparação. Já a inevitabilidade excluiria a responsabilidade caso estivessem presentes alguns fatores positivos, a exemplo dos benefícios trazidos pela atividade, o cumprimento de exigências relativas à segurança, o exame das necessidades coletivas das populações etc⁴².

Adalberto Pasqualotto também entende que a força maior implica a exclusão da responsabilidade civil por dano ambiental⁴³

40. GONÇALVES, 2003, p. 739-740.

41. “Não se considera caso fortuito o rompimento do ‘burrinho’ dos freios de um veículo. O dono do veículo cujo motorista foi culpado do acidente, deve indenizar despesas médico hospitalares comprovadas e as com vistoria *ad perpetuam rei memoriam*, além da despesas com o conserto do carro danificado” (RT, 431:74).

42. CASTRO, 2005, p. 118.

43. PASQUALOTTO, Adalberto. Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual. In: BENJAMIN, Antônio Herman. (Coord.). Dano ambiental: prevenção reparação e repressão. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 457.

Já José Rubens Morato Leite admite a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, por entender que se trata de fatos externos, imprevisíveis e irresistíveis e que não se vincula aos riscos intrínsecos ao estabelecimento ou à atividade⁴⁴. Esse entendimento é seguido por Annelise Monteiro Steigleder⁴⁵.

Não obstante a relevância das opiniões acima expostas, no presente trabalho adota-se posicionamento divergente. Em se tratando de fortuito externo, verifica-se que o dano ambiental decorre não apenas do evento da natureza, mas da confluência do exercício de uma atividade de risco e da ocorrência da força maior. Portanto, foram causas que concorreram para a concretização do evento danoso.

Neste caso, o fundamento para que incida a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente é o risco criado pelo exercício da atividade, assumido pelo agente ao exercê-la, e não a responsabilidade integral por todo e qualquer dano.

Um exemplo típico de evento externo consiste no vazamento e produtos químicos em decorrência de uma tempestade ou outro evento da natureza. Neste caso, o exercício de atividade de risco foi condição *sine qua non* para que o dano se concretizasse.

A força maior, isoladamente considerada, não seria capaz de produzir resultado lesivo. Deverá, portanto, o empreendedor responder dano causado, pois sem o exercício da atividade, aquele não se configuraria.

Adalberto Pasqualoto adota posição semelhante e exemplifica com a hipótese de um raio que atinge um paiol, provocando uma explosão e causando um dano ambiental. Segundo o referido autor, a existência do paiol foi a condição do evento, pois se galpão estivesse vazio, não haveria explosão nem dano⁴⁶.

O fundamento do dever de reparação na responsabilidade civil objetiva é o risco, que é artificial, pois produzido pela vontade humana.

O empreendedor assumiu o risco de causar danos ao meio ambiente em decorrência do exercício da atividade econômica. Somente haverá exclusão da responsabilidade se o caso fortuito ou força maior forem os únicos causadores do prejuízo, a exemplo de um incêndio provocado pela queda de um raio numa área de floresta.

44. LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 201-202.

45. STEIGLEDER, 2003.

46. PASQUALOTTO, *op. cit.*, p. 454.

Quando tais eventos, somados ao exercício de uma atividade de risco, concorrem para o resultado lesivo, haverá a responsabilidade do empreendedor, uma vez a mesma foi indispensável para a verificação do dano e o agente assumiu tais riscos ao atuar no mercado.

Sendo assim, o caso fortuito e a força maior somente romperão o nexo de causalidade quando forem as causas únicas e exclusivas do dano ambiental, sem qualquer relação com a atividade de empresa.

5.2. Fato exclusivo da vítima

Em regra, o fato exclusivo da vítima, também conhecido como culpa exclusiva da vítima é causa de exclusão do nexo causal, pois, nestas circunstâncias, o agente, aparente causador direto do dano, transforma-se em mero instrumento do acidente.

Segundo Sérgio Cavalieri Filho, a boa técnica recomenda que se fale em fato exclusivo da vítima, a vez que o problema gira em torno do nexo causal e não da culpa⁴⁷.

O nexo causal desaparece ou se interrompe quando o procedimento da vítima é a causa única e adequada do evento. Neste caso, não há que se falar em ausência de culpa por parte do aparente causador do dano, mas em inexistência do nexo causal.

Como exemplo, pode ser citado o do suicida que opta por atirar-se sob as rodas de um ônibus. Neste caso, o veículo foi simples instrumento do acidente e a conduta da vítima foi causa única e adequada do evento e do dano, o que afasta o nexo causal em relação ao motorista.

O Código Civil prevê, no artigo 945 que, havendo culpa concorrente da vítima, a responsabilidade será repartida consoante o grau de culpa de cada um⁴⁸.

O fato exclusivo da vítima exclui o nexo causal em relação à responsabilidade pelo dano a ela causado ou aos sujeitos a ela vinculados, a exemplo dos dependentes do suicida que, na hipótese acima citada, não terão direito à indenização, seja por danos materiais, seja por danos morais.

47. CAVALIERI FILHO, 2006, p. 89.

48. “Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Em se tratando de dano ao meio ambiente, caso tenha havido um comportamento de um sujeito que se tornou vítima do evento, o que se tem, em verdade, são duas vítimas: o sujeito que praticou o ato e a coletividade enquanto titular de um direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em relação ao sujeito que praticou o ato, não haverá responsabilidade do empreendedor, pois o dano a ele causado decorreu do seu próprio comportamento. Já no que diz respeito ao prejuízo ao meio ambiente, responderá o agente econômico, por ter criado e assumido tais riscos e por ser sua responsabilidade objetiva. Poderá, posteriormente, exigir o regresso do causador imediato.

Ademais, cabe ao empreendedor garantir a segurança necessária ao empreendimento, a fim evitar comportamentos de sujeitos capazes de causar danos à sociedade e ao meio ambiente.

Por conseguinte, é possível concluir que o fato exclusivo da vítima afasta a responsabilidade pelos danos a ela causados, porém não afasta a responsabilidade ambiental, perante a coletividade, da pessoa que exerce atividade de risco para o meio ambiente.

5.3. Fato de terceiro

Terceiro é a pessoa que não tem nenhuma relação com o aparente causador do dano, mas que com seu ato provoca o evento danoso.⁴⁹ Consoante afirma Aguiar Dias, terceiro é qualquer pessoa além da vítima e do responsável, alguém que não possui nenhum vínculo com o causador aparente do dano e o lesado⁵⁰.

Tal fato atua como excludente da responsabilidade civil em geral se o terceiro tiver sido o causador exclusivo do dano. Em regra, quando o ato de terceiro é a causa exclusiva do dano, desaparece a reação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o prejuízo.

Neste caso, a doutrina costuma equiparar essa situação ao caso fortuito e à força maior, tendo em vista ser o fato também imprevisível e inevitável.

Caso o comportamento do terceiro e do aparente causador do dano tenham contribuído para o resultado lesivo, haverá responsabilidade solidária, a teor do que dispõe o art. 942 do Código Civil⁵¹.

49. MONTENEGRO, 2005, p. 100.

50. DIAS, 1987, v. 2, p. 299.

51. “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

Consoante afirma Carlos Roberto Gonçalves, em matéria de responsabilidade civil, prevalece o princípio da obrigatoriedade do causador direto em reparar o dano.

Segundo Annelise Monteiro Steigledder, o fato de terceiro, desde que completamente estranho ao empreendimento do pretensa poluidor, implica negativa de autoria deste⁵².

Contudo, no que diz respeito ao dano ao meio ambiente algumas especificidades precisam ser ressaltadas. A regra é semelhante àquela adotada para o fato exclusivo da vítima.

Sendo assim, o fato de terceiro exclui o nexa causal em relação à responsabilidade pelo dano a ele causado ou aos sujeitos ao mesmo vinculados.

Na hipótese de dano causado ao meio ambiente, caso tenha havido um comportamento de um sujeito que se tornou vítima do evento, o que se tem, em verdade, são duas vítimas: o sujeito que praticou o ato e a coletividade enquanto titular de um direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em relação ao sujeito que praticou o ato, não haverá responsabilidade do empreendedor, pois o dano a ele causado decorreu do seu próprio comportamento. Já no que diz respeito ao prejuízo ao meio ambiente, responderá o agente econômico por ter assumido tais riscos e por ser sua responsabilidade objetiva.

Ademais, consoante se afirmou acima, cabe ao empreendedor garantir a segurança necessária ao empreendimento, a fim evitar comportamentos de terceiros capazes de causar danos à sociedade e ao meio ambiente.

Por conseguinte, é possível concluir que o fato de terceiro não exclui a responsabilidade ambiental daquele que exerce atividade de risco para o meio ambiente.

Diante do exposto, constata-se que a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente tem como fundamento o risco criado pelo exercício de uma atividade. No que diz respeito à causalidade, deve ser analisado se o exercício de uma atividade de risco não foi essencial para a configuração do dano causado ao meio ambiente. Essa teoria não permite o afastamento do nexa causal nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato da vítima e de terceiro.

52. STEIGLEDDER, 2003, p. 101.

Em verdade, tais acontecimentos não excluem o nexo de causalidade quando se configura o dano ambiental, pois o exercício da atividade de risco foi indispensável à verificação do prejuízo.

6. CONCLUSÃO

O desenvolvimento da sociedade provoca o surgimento de novas atividades produtivas, que contribuem para o recrudescimento dos riscos e para a multiplicação das causas ensejadoras de danos.

Nesse contexto, o risco de acidente passou a ser visto como condição da atividade produtiva em geral, em que os riscos tornaram-se anônimos e se transformaram em elemento ínsito à própria organização econômica. Em troca dos benefícios advindos do fenômeno tecnológico, a sociedade foi compelida à assunção do risco de acidentes.

A responsabilidade civil por dano ao meio ambiente tem como fundamento o risco criado pelo exercício de uma atividade. No que diz respeito à causalidade, deve ser analisado se o exercício de uma atividade de risco não foi essencial para a configuração do dano causado ao meio ambiente.

Dessa forma, evita-se o afastamento do nexo causal nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato da vítima e de terceiro. Em regra, tais acontecimentos não excluem o nexo de causalidade quando se configura o dano ambiental, pois o exercício da atividade de risco foi indispensável à verificação do prejuízo.

Apenas quando a atividade desempenhada não tiver representado uma condição essencial para a ocorrência do dano, haverá a exclusão da responsabilidade do empreendedor.

Portanto, pode-se afirmar que mesmo se o dano não decorrer de uma causa direta e imediatamente ligada ao exercício de uma atividade econômica, é possível imputar a responsabilidade ao agente que criou o risco de causar uma lesão ao meio ambiente, desde que o empreendimento tenha sido condição *sine qua non* para resultado danoso, ainda que seja uma causa mediata.

Deve-se, por conseguinte, ser adotada uma nova concepção a respeito da causalidade para a responsabilidade civil ambiental, uma vez que, em muitas hipóteses, o dano pode não ter sido causado direta e imediatamente por uma atividade, mas seu exercício foi essencial para a verificação do prejuízo, uma vez que criou o risco de dano.

Trata-se de uma causalidade jurídica, que não exige o rigor daquela desenvolvida pelas ciências naturais, cujo papel criador atribui-se à doutrina e à jurisprudência que, em razão das transformações vividas pelo Direito, têm exercido um papel cada vez mais relevante.

Sendo assim, deve ser reconhecido o nexa de causalidade pelo dano ambiental quando o exercício de uma atividade de risco, ainda que associado a um outro evento, tenha sido essencial para a configuração de um prejuízo ao meio ambiente, desde que não se regreda ao infinito na busca pelo nexa causal entre atividades e o dano, como permite a teoria da *conditio sine qua non*.

Como o risco de causar danos ao meio ambiente é inerente ao exercício de atividades econômicas, as conhecidas excludentes da responsabilidade dificilmente afastam o nexa causal nas hipóteses de prejuízos ambientais, pois, em verdade, verifica-se que houve mais de uma causa contribuindo para o resultado lesivo.

A responsabilidade civil ambiental busca, assim como as demais normas de Direito Ambiental, compatibilizar o desenvolvimento econômico à preservação do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3. ed. Rio de Janeiro - São Paulo: Jurídica universitária, 1965.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Função ambiental da propriedade. *Revista de Direito Ambiental*, n. 09. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais jan./mar: 67-85, 1998.
- _____. *Função ambiental da propriedade rural*. São Paulo, LTr: 1999.
- CASTRO, Guilherme Couto de. *Responsabilidade objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Campinas, SP: Millennium, 2006.
- DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1 e 2.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. rev. de acordo com o novo código civil (Lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 21, p. 93-102, jan./mar., 2001.
- MONTENEGRO, Magda. *Meio ambiente e responsabilidade civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, 1999.
- PASQUALOTTO, Adalberto. *Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual*. In: BENJAMIN, Antônio Herman. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção reparação e repressão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 444-470.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVA, Wilson Mello da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Considerações sobre o nexó de causalidade na responsabilidade civil por dano ao meio ambiente. *Revista de direito ambiental*. São Paulo, n. 32, p. 83-103, out. / dez. 2003.

XII

POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO HOMOAFETIVO

Leandro Lopes Pontes Paraense

Mestrando em Direito Privado e Econômico pela Faculdade de Direito da UFBA, advogado, professor da Faculdade Baiana de Direito, da Faculdade Ruy Barbosa e da FIB. E-mail: leandrolpparaense@yahoo.com.br.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo a análise jurídico-constitucional do casamento, sustentando a viabilidade de sua contratação por pessoas do mesmo gênero, em favor da tão aludida dignidade, fundada na liberdade e na igualdade dos cidadãos. Para isto, far-se-á uma breve análise da homoafetividade, caracterizando-a e distinguindo-a das demais formas de orientação sexual, a partir da explicação das diversas dimensões da sexualidade. Indispensável, também, tratar da evolução do instituto do casamento, demonstrando o preconceito subjacente à exigência de diversidade de gênero feita pelo direito civil, concluindo-se, afinal, pela possibilidade constitucional do casamento homoafetivo e pela inconstitucionalidade do art. 1.514 do Código Civil.

ABSTRACT: This work means to legally and constitutionally analyze the marriage, suppor-

ting the viability of its contraction by same gender people, in stand for the dignity, based on citizen freedom and sameness. So it will analyze the homosexuality, charactering and distinguishing it from other sexual orientation ways, by explaining the multiple sexuality dimensions. Indispensable too is treating of the marriage institute evolution, showing the prejudice of the gender diversity obligation found on civil law, concluding, so, for the constitutional possibility of the homosexual marriage and for the inconstitutionality of the Civil Code article 1.514.

PALAVRAS-CHAVE: Sexualidade; Homoafetividade; Casamento; Casamento Homoafetivo; Inconstitucionalidade do Código Civil.

KEYWORDS: Sexuality; Homosexuality; Marriage; Homosexual Marriage; Civil Code Inconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Considerações Preambulares – 2. Dimensões da Sexualidade Humana – 3. Orientação Sexual – 4. Origem e Panorama Atual do Casamento – 5. Casamento Homoafetivo – 6. Conclusão – Referências.

1. CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

Antes de se iniciar a análise dos ditames civis e constitucionais acerca do casamento homossexual e de sua possibilidade ou impossibilidade, é preciso desvelar a aura de preconceito que ainda cerca o tema, como é natural e próprio

do Direito. Este, como dimensão cultural que é, apresenta-se como construção coletiva e contextual de comandos normativos dirigidos a um determinado grupo de pessoas, situado num dado espaço, num período de tempo específico.

É imprescindível uma discussão prévia acerca da ideologia presente na técnica jurídica utilizada hodiernamente. Tal necessidade se faz presente em qualquer debate jurídico, e em especial em debates cujo preconceito atua de modo ainda mais duro e inflexível.

Inicialmente, há que se esclarecerem dois conceitos aqui utilizados. A técnica a que este trabalho se refere é, numa definição própria do mesmo, o conjunto de procedimentos objetivos e rigorosamente determinados que se constituem em meio idôneo exclusivo para o alcance da verdade, da correição e, mesmo, da justiça. Esta objetividade, conforme a crença atual, supostamente escapa ao controle do ser humano, estabelecendo-se como uma ordem irresistível e até natural.

Quanto à ideologia, adota-se a concepção de Roberto Lyra Filho¹:

Ideologia significou, primeiramente, o estudo da origem e funcionamento das idéias em relação aos signos que as representam; mas, logo, passou a designar essas idéias mesmas, o conjunto de idéias duma pessoa ou grupo, a estrutura de suas opiniões, organizada em certo padrão. Todavia, o estudo das idéias e seus conjuntos padronizados começou a destacar as deformações do raciocínio, pelos condicionamentos, fundamentalmente sociais. Por outras palavras, descobriu-se que a linguagem mental não corresponde exatamente à realidade das coisas.

Afirmando a vasta amplitude da ideologia no pensamento e no conhecimento, Lyra Filho chega a afirmar que “ninguém raciocina com absoluta perfeição e há sempre uma boa margem de deformações, a que não escapam as próprias ciências.”² Tal afirmação, como se verá adiante por meio de outro pensador, estabelece-se como pedra de toque deste trabalho.

Não se admite aqui, contudo, a distinção entre as abordagens da ideologia apresentadas por Lyra Filho³, pois a falsa consciência e a instituição se afirmam como crenças.

Ademais, qualquer que seja a imagem que se tenha do Direito deve admitir a sua culturalidade e a construção relativa e contextual de seu objeto. Bem assim, a interpretação que se faz das normas, e da própria realidade, como fruto de um

1. LYRA FILHO, Roberto. **O Que É Direito**. (Coleção Primeiros Passos, vol. 62). São Paulo: Brasiliense, pp. 13-14.
2. Idem, Ibidem, p. 14.
3. Idem, Ibidem, p. 15.

paradigma específico, tem em si uma conotação ideológica inafastável, posto que é elaborada a partir de determinadas estruturas construídas com o propósito expresso de manter um conjunto delimitado de concepções, idéias e visões de mundo.

Embora pareça um tanto óbvia, especialmente para os chamados filósofos ou cientistas culturais, tal afirmação sofre ampla resistência, principalmente no meio jurídico. Hoje em dia, graças em grande medida à globalização, um processo iniciado na modernidade clássica se estendeu e ganhou ares inimagináveis.

Neste sentido, o geógrafo Milton Santos⁴ faz uma observação bastante acurada:

A globalização conseguiu materializar a metafísica, mediante o papel desempenhado pela ciência e pela técnica na produção das coisas. Há uma materialização física e uma realização primitiva, embora sofisticada, da ideologia. Tudo é ideológico. Estamos dentro de um mar de ideologias. Tudo é produzido a partir de uma ideologia, mas as coisas não aparecem como tal.

A *Santa Inquisição* de outrora se converteu na *Racional Inquisição* ou na *Científica Inquisição*. Agora, não mais se persegue ou se exclui com base em conceitos e idéias mítico-divinais, mas com base em critérios de objetividade e pragmatismo, que encontram sua expressão máxima na técnica como procedimento idôneo à produção da verdade e do correto – e, por mais absurdo que pareça, até mesmo do justo. A intolerância dos tempos medievos persevera; mudou-se apenas o teor e o critério de perseguição: antes, Deus; hoje, a razão. Em todo o caso, a exclusão, e mesmo a morte, é o resultado mais visível.

Assim, “somos cercados por coisas que são ideologia, mas que nos dizem ser a realidade. Isso nos constrange, porque forma um sistema muito forte; e qualquer discussão que indique ser aquilo ideológico é desqualificada.”⁵

As conseqüências mais graves dessa desqualificação do discurso é a exclusão social, que se inicia no âmbito intelectual, e se estende até a seara profissional, repercutindo, assim, em toda a esfera social do indivíduo enquanto pessoa. O debate sobre a possibilidade do casamento homoafetivo, ou homossexual como se costuma chamar, é mais um exemplo da *Nova Inquisição* que ganha ares de técnica, fazendo-se passar, assim, por verdade absoluta e incontestável.

Há inegavelmente um momento anterior à leitura textual e normativa do comando jurídico por meio de uma pré-compreensão, emoldurada, obviamente,

4. SANTOS, Milton. **Território e Sociedade: entrevista com Milton Santos**. São Paulo: Perseu Abramo, 2004, p. 9.

5. Idem, *ibidem*, loc. cit.

por um senso comum dos juristas. É dizer, há três esferas complementares de interpretação: uma em que o intérprete descobre os signos, comumente gráficos, com os quais trabalhará – ou seja, o texto em si –, outra em que ele delimita os significados possíveis dos símbolos gráficos – como, por exemplo, o que se deve entender por ‘casamento’ ou ‘família’ no seu uso constitucional e civil – e, por fim, a limitação e adequação entre os sentidos possíveis e admissíveis pelo intérprete e os estabelecidos por um senso comum – normalmente, mas não obrigatoriamente, de juristas. Um exemplo claro disto é a adequação do significado de família no mundo jurídico, que já foi exclusivamente a composição afetiva biparental heterossexual, que se tornou monoparental heterossexual e que admite hoje, até, a composição afetiva homossexual. Contudo, jamais se admitiu pelo senso comum, ou por parte significativa dele, que um cachorro integrasse a família para efeitos jurídicos, apesar da zooafetividade se encontrar cada vez mais presente na sociedade.

Da explanação acima, observa-se a constância de um juízo prévio que avaliará quais os significados possíveis de ser atribuídos a um termo, que serão por sua vez excluídos na medida em que não se compatibilizam com o senso comum dos juristas ou que não tenham obtido sua adesão por meio da argumentação e do convencimento.

No caso em estudo, a homoafetividade ainda se constitui em uma minoria, ao menos em expressão e publicidade, das relações e fenômenos sociais. Isto dificulta a sua aceitação e o processo de normalização. A normalização a que se refere este trabalho é similar a que os negros enfrentaram. O preconceito racial praticado contra os afro-descendentes só foi reduzido, embora nunca tenha desaparecido, com a sua integração às classes sociais mais abrangentes, mesmo estando sempre alijado, de modo geral, das elites. Deste modo, crê-se que a expansão da homossexualidade, ou ao menos a sua divulgação mais natural, destrua algumas barreiras ideológicas e permita pôr a cabo o discurso pseudo-técnico que justifica a exclusão desta minoria.

Para prosseguir nesta análise, é necessário o desmonte da ideologia técnica moderna, por meio, inicialmente, da desconstrução do papel absoluto da razão, e, posteriormente, do desnudamento do processo de construção e formulação da técnica. Isto se fará, como se verá adiante, pela adoção em alguns momentos de uma interpretação histórica, e em outros momentos de uma interpretação sistemática que forja uma história presente.

Sabe-se que a técnica, bem como a própria razão instrumental, serve apenas como instrumento ou ferramenta para a realização de algo, não se constituindo

como objetivo ou decisão em si. Por mais que a razão informe quais as consequências de cada ato, a escolha a ser feita cabe às convicções, vontades, desejos, ideologias, frutos das pessoas; na visão do filósofo Ernst Tugendhat⁶, das experiências e vivências experimentadas no decorrer de sua vida. Deste modo, as escolhas que fazemos recaem sempre sobre as nossas emoções e sentimentos. Se assim não fosse, sequer faria sentido falar em responsabilidade, uma vez que a razão, universal como se é – ou, num conceito mais relativista, como se pretende –, não geraria decisões diversas e, quando gerasse, seria em função das circunstâncias diversas de cada caso, agindo cada um conforme a necessidade, não podendo, portanto, ser julgado por isso⁷. Mesmo aqueles que adotassem condutas racionalmente impróprias estariam isentos de um julgamento jurídico ou moral que lhe atribuisse qualquer responsabilidade por seus atos, pois que aquele que tomar uma decisão errada, num mundo que admite a razão como fonte indelével e inafastável das escolhas humanas, como pretende a técnica moderna, seria, na pior das hipóteses, inimputável.

Num segundo momento, há que se analisar o papel da ideologia na construção da técnica. A técnica da modernidade se caracteriza, entre outras coisas, no campo das ciências e do conhecimento em geral, na fragmentação para otimização do conhecimento e na especialização para detalhamento da realidade, que assim poderia ser melhor apreendida.

2. DIMENSÕES DA SEXUALIDADE HUMANA

Antes de mais nada, é necessário distinguir as diversas esferas de manifestação da sexualidade humana. Ela engloba quatro aspectos, a saber: o gênero, comumente chamado de sexo biológico; a identidade de gênero, ou gênero psíquico; o papel de gênero, ou gênero social; e a orientação sexual, ou identidade sexual, que são as preferências de gênero.

Corriqueiramente se confundem todos estes fatores, sem que se faça qualquer diferenciação entre eles. Para evitar diversos preconceitos oriundos da falta de esclarecimento, pretende-se aqui sucintamente desnudar o conteúdo destes conceitos.

6. Tugendhat sustenta que a moral se caracteriza pela obrigatoriedade, fruto da vontade humana (de se obrigar e de cumprir a obrigação), sendo que a vontade advém diretamente das sensações e experiências vividas por cada pessoa, que determinam sua personalidade e suas preferências. Cf. TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. Petrópolis: Vozes, 2001.

7. Cf. SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O sexo biológico hoje já é chamado de gênero. Esta expressão é mais utilizada no senso comum ao se referir à flexão gramatical das palavras em masculino ou feminino. Este uso já indica em que consiste o gênero: características que associam um indivíduo a determinada função na natureza, especialmente no tocante à reprodução. Hodiernamente, o gênero é associado quase exclusivamente à função reprodutiva, cabendo aos machos da espécie humana a tarefa de fornecimento do gameta masculino para fecundação interna na fêmea, que possui como função a recepção deste gameta para união com o seu próprio, além da gestação e formação interna do feto e amamentação do bebê recém nascido. As demais características tradicionalmente associadas aos gêneros masculino ou feminino já foram bastante relativizadas, em virtude da culturalidade inerente ao ser humano. Isto significa que as diferenças entre homem e mulher, na espécie humana, sofrem grande redução, percebendo-se que quase todas elas são fruto da cultura, ou seja, do papel sócio-cultural de gênero que um indivíduo assume.

E é precisamente esta a definição de papel de gênero: comportamentos, condutas, características consideradas apropriadas ou meramente associadas a um ou outro gênero biológico por determinada sociedade⁸. No ocidente, as características sensíveis e frágeis da personalidade são atribuídas às mulheres, enquanto às insensíveis e fortes são aos homens. E isto se dá desde cedo, durante a conformação da personalidade do bebê, com a decoração do quarto, a escolha dos brinquedos, os comportamentos dos adultos em relação a si, tudo o que é previamente estabelecido naquela sociedade. De modo geral, a programação cultural é tão forte que não se vêem rupturas: ainda são exceções os homens com comportamento tipificado como feminino e as mulheres com comportamento tipificado como masculino.

A orientação sexual, também chamada de opção ou determinação sexual, é a preferência sexual e afetiva que um indivíduo tem. Esta preferência se dá em relação a pessoas – do mesmo gênero (homossexualidade), do gênero oposto (heterossexualidade) ou de ambos indistintamente (bissexualidade) –, a objetos (pansexualidade), a vegetais (vegetofilia), a animais (zoofilia), a roupas e comportamentos (travestismo) etc. Maiores comentários sobre a orientação sexual serão tecidos adiante.

A identidade sexual, por seu turno, é a visão que o indivíduo tem acerca de seu gênero, psiquicamente definido. No mais das vezes, nossa mente está em harmonia com nosso corpo, ambos apontando para um mesmo gênero. Contudo, por vezes ocorre a alguns a certeza de terem nascido com deformações físicas que

8. NUNAN, Adriana. **Homossexualidade**: do preconceito aos padrões de consumo. Rio de Janeiro: Caravansarai, 2003. p. 17.

tornaram seu corpo inapropriado para seu sexo, seu gênero. São mulheres presas no corpo de um homem ou vice-versa. Quando tal situação ocorre, de dissociação entre os sexos psíquico e biológico, normalmente a sociedade tem afirmado a existência de um distúrbio de ordem psicológica ou psiquiátrica, jamais admitindo a possibilidade de uma desordem física. Isto se dava em razão de se adotar a critério biológico como determinante para a aferição do gênero. Felizmente, esta concepção vem sendo modificada, o que tem levado à permissão de tratamento dos transexuais (que são os portadores desta patologia) por meio da cirurgia de transgenitalização, uma vez que se identifica neles uma patologia física, e não mais psicológica.

Tal distúrbio enseja a pergunta: qual, afinal, o critério efetivo de determinação sexual humana? O critério psíquico, cujo assentamento ainda é bastante desconhecido, ou o critério biológico, que por sua vez admite uma série de subcritérios que quase nunca encontram-se em harmonia? Tal resposta não se pretende elaborar neste trabalho, mas a indagação serve para a explicação dos diversos critérios biológicos possíveis.

O ser humano é definido biologicamente por diversos meios. Fala-se, assim, em sexos ou aspectos genético, endócrino e morfológico. É possível que haja uma dissociação entre eles. Basicamente, a pessoa pode ser classificada como macho ou fêmea de acordo com seu aspecto: genético – cromatínico e cromossômico, sendo macho todo aquele que apresentar o cromossomo Y –, endócrino – gonadal, ou seja, pela presença de testículos ou ovários; e/ou hormonal, vale dizer, a prevalência da manifestação de hormônios masculinos ou femininos, especialmente testosterona e progesterona, respectivamente – ou morfológico – sendo fenotípico, que é a manifestação dos hormônios no corpo, fazendo-o assumir formas tipicamente associadas a um dos gêneros, ou genital.

Como já afirmado anteriormente, a biologia vem sendo o critério utilizado para a determinação do gênero do ser humano, especialmente pelo aspecto endócrino e pelo sexo morfológico genital. Assim, a dissociação ou disforia de gênero, caracterizada pela diferença entre a identidade de gênero e o gênero biológico, é normalmente considerada uma patologia psíquica. Contudo, especialmente em função da evolução da psicologia e o espaço que vem conquistando no meio científico, a disforia passou a ser encarada por muitos como uma patologia biológica, em que o gênero efetivo é o psíquico, tendo havido uma deformação física na gestação do indivíduo. Esta mudança de pensamento afetou não só o transexual, permitindo-lhe a correção de seu problema por meio de cirurgias de transgenitalização, mas também auxiliou no surgimento de uma nova compreensão da sexualidade e das preferências sexuais.

3. ORIENTAÇÃO SEXUAL

Diversas são as possíveis orientações sexuais do homem, embora se costume falar em três dela: homossexualidade, heterossexualidade e bissexualidade. Não se deve excluir, contudo, a pansexualidade, que engloba a zoofilia e a vegetofilia, e o travestismo.

Anteriormente já se mencionou a distinção entre tais sexualidades. Cabe agora analisar mais detidamente como se caracterizam. Em primeiro lugar, é necessário distinguir sexualidade, sexualismo e afetividade. As expressões homossexualidade e homossexualismo, bem como bissexualidade e bissexualismo, são sinônimas. Houve uma modificação no sufixo das palavras que expressam a orientação sexual à medida que se passou a compreender que as diversas formas de sexualidade não são patológicas. Por tal razão, jamais se falou em heterossexualismo, e sim em heterossexualidade, posto que esta era a sexualidade comum e considerada normal, em virtude do critério biológico e natural que se utilizava para a aferição do que era normal. Como nem mesmo a Classificação Internacional das Doenças considera mais a homossexualidade como doença, o sufixo “ismo” foi abandonado.

A sexualidade, contudo, divide-se em sexualidade propriamente dita e afetividade. É possível, então, a existência de pessoas homossexuais heteroafetivas, ou vice-versa. A sexualidade refere-se a práticas sexuais, ao erotismo, ao desejo puramente sexual, desvinculado de qualquer laço afetivo. Ela se caracteriza pela predominância de um comportamento ou de certas práticas sobre as demais. Assim, homossexual é aquele que tem prazer na adoção de práticas sexuais com pessoas do mesmo gênero, ainda que eventualmente pratique sexo com pessoas de gênero distinto. Pode, assim, ter prazer com tais práticas, sem ser capaz de desenvolver qualquer vínculo afetivo com esta pessoa de mesmo gênero.

A afetividade é marcada pela existência de sentimento associado às práticas sexuais assumidas pelo sujeito. É, pois, homoafetivo aquele que desenvolva sentimentos de carinho e enlace amoroso com pessoas do mesmo gênero. Embora pareça incomum e absurda tal idéia, ante o preconceito generalizado na sociedade que associa uma única prática sexual, ainda que experimental, a uma determinada orientação sexual, ela é real. Este preconceito é facilmente superado quando analisamos o comportamento dos zoófilos, que fazem sexo com animais, sem serem capazes de desenvolver qualquer sentimento com eles, e sem jamais cogitar a possibilidade de desposar tal animal. Assim, o zoófilo comumente não é zooafetivo, ainda que haja alguns casos registrados de zooafetividade. Do mesmo modo, nem todo homossexual é homoafetivo, nem todo heterossexual é heteroafetivo e nem todo bissexual é biafetivo.

A distinção entre sexualidade e afetividade já foi apresentada em trabalho anterior do autor⁹:

A prática eventual de atividades eróticas ou afetivas com pessoas do mesmo sexo ou gênero – comportamento sexual homoafetivo ou homoerótico –, por exemplo, não se caracteriza como uma identidade homossexual, na medida em que estes sujeitos assim não se definem ou se sentem caracterizados. O comportamento sexual é tomado em sua individualidade, não caracterizando uma identidade sexual quando tal comportamento não é absolutamente dominante, para não dizer exclusivo. Assim, o preconceito ditou a regra por muito tempo de que experiências ou aventuras eróticas diversas dos padrões comuns assinalam um suposto desvio de sexualidade, assim chamada tanto a homo quanto a bissexualidade. Este preconceito ainda norteia as mentes e o senso comum no sentido de se imputar dada condição àqueles que porventura se valham repetidas vezes de práticas que caracterizem as aventuras mencionadas, mesmo que com eventualidade reduzida.

Já os especialistas, sejam psicólogos, sejam antropólogos, admitem que o contato sexual com pessoas do mesmo gênero só caracteriza a homossexualidade quando se dá constantemente, ainda que não em caráter exclusivo. Ou seja, a identidade sexual homossexual pode conviver com eventuais relações carnavais e afetivas com pessoas de gênero distinto, desde que estas se dêem de maneira esporádica, evidenciando tal comportamento uma mera fuga ou escape de rotina, por exemplo. Importa para a caracterização desta identidade uma identificação espontânea do indivíduo e a primazia de um comportamento sexual sobre os demais, além da **coexistência de sentimento**.

Assim, a caracterização de uma identidade sexual não se faz exclusivamente levando-se em conta as posturas puramente sexuais ou carnavais, devendo-se atentar para a dimensão afetiva.

À coexistência de sentimento, a esta dimensão afetiva, optou-se agora por chamar de afetividade, distinguindo, portanto, a homossexualidade da homoafetividade, trabalhando-se com este último conceito para a caracterização do casamento entre pessoas do mesmo gênero, razão pela qual se fala em **casamento homoafetivo**.

4. ORIGEM E PANORAMA ATUAL DO CASAMENTO

O casamento é uma instituição ancestral, instituída com a consolidação da religião nas sociedades humanas. Só há que se falar em casamento quando é possível falar em religião. Isto porque antes da firmação e solidificação dos ritos

9. PARAENSE, Leandro Lopes Pontes. **Direito à Identidade Sexual como Direito à Vida e ao Próprio Corpo na Problemática do Transexual**. 2005. Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina Bioética, do Curso de Mestrado em Direito Privado e Econômico do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, 89 páginas, p. 12.

metafísicos míticos, os seres humanos procriavam independentemente da união formal entre o macho e a fêmea.

A união formal, de caráter eminentemente religioso, entre homem e mulher, com o objetivo de constituir família, procriar e poder cultivar as tradições do Lar é que foi chamada, originalmente, de casamento. Assim, o casamento era uma forma de procriação e criação de filhos, sendo que a procriação tinha como intuito a sobrevivência do próprio genitor. É que antigamente acreditava-se que o homem, ao morrer, habitava o subterrâneo da terra onde era sepultado, necessitando ainda de auxílio e cuidados, ainda que minorados em relação às suas necessidades em vida. Portanto, era função dos descendentes e suas esposas a proteção das sepulturas contra qualquer violação, pois um morto sem sepultura se torna um espírito errante, mal aventurado¹⁰. Como a sociedade era, e ainda é, essencialmente machista e patriarcal, apenas ao homem era dada a incumbência de conduzir os cultos e fazer o repasto, sendo que a mulher somente podia fazê-lo se for em auxílio de algum homem, fosse seu parente ou seu marido.

Vê-se, então, que a função do casamento era a de procriar e criar os filhos – sempre se almejando filhos homens – e a de angariar auxílio feminino na proteção das sepulturas, na realização do repasto e na manutenção das tradições e dos ritos do culto, já que a mulher que se casa deixa de pertencer ao culto de seus antepassados e passa a cultuar os antepassados do marido. O casamento era, por isto mesmo, um ritual em que a mulher era retirada da proteção e da cultura de seus antepassados e aceita na dos antepassados do marido, mediante consulta a estes. Os institutos da emancipação e adoção também tinham função semelhante quanto à ligação de uma pessoa e um culto a antepassados, o primeiro marcando o desvencilhamento e o segundo marcando a integração¹¹.

Obviamente, o instituto do casamento foi sendo modificado no decorrer dos anos. Ainda hoje é visto como a principal forma de constituição de uma família, embora a união estável se estabeleça como uma realidade cada vez mais presente. Identifica-se, porém, a sua modificação com a mudança de finalidade última: a família não é mais instituída para a geração de filhos, mas para a convivência mútua de duas ou mais pessoas – os cônjuges e sua eventual prole. Tanto assim que a infertilidade já não é mais considerada causa que impossibilite o casamento, seja ela decorrente de problemas congênitos ou da idade avançada.

10. COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 65-77.

11. COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Trad. de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 78-80.

Não sendo mais o objetivo da constituição da família a procriação, não se pode, portanto, exigir a diversidade de gêneros ou sexos¹² na caracterização da base parental familiar. Ou seja, desnecessária a existência de uma figura paterna e uma materna. Assim é que já se afigura possível e constitucionalmente prevista a família monoparental, fruto esta não só da viuvez, mas também da ocorrência cada vez mais freqüente de gravidezes de mães solteiras, ou de adoção de pais solteiros.

Mudada a família, mudou-se também o casamento. O casamento pode, como principal forma de nascimento da família, assumir aspectos diferentes, assim como esta. Como já dito acima, o casamento hoje se caracteriza não apenas pela procriação, mas como toda e qualquer união formal entre duas pessoas que possuem laços afetivos, mais fortes que os laços comuns de amizade e simplesmente diferentes dos parentais, com o fim de constituir família, a qual prescinde da realização de uma prole comum. Caracterizado deste modo, o casamento prescinde da diversidade de gêneros. Assim, não se entende a razão da exigência desta diversidade por algumas legislações, dentre as quais não está a Constituição Federal do Brasil; muito menos pela doutrina e pela jurisprudência, como será evidenciado adiante.

5. CASAMENTO HOMOAFETIVO

Ainda é comum afirmar que o casamento se caracteriza pela diversidade sexual porque isto é natural. Ora, há muito que a dimensão cultural humana despreza os critérios naturais. Assim é que não é comum encontrar uniões afetivas entre os animais, e muito menos uniões para fins outros que não a procriação. Portanto, se esta é a justificativa para a vedação ao casamento homoafetivo, há que se proibir também o casamento entre pessoas inférteis. Verifica-se, assim, que todo o casamento possui uma condição resolutiva tácita: a geração de filhos comuns, pois se esta for a finalidade da família, e indiretamente do casamento, sendo causa de vedação à união homoafetiva, então os casais que, atingida uma idade limite que ultrapassada inviabiliza a gestação, não tiverem filhos, devem se desfazer.

Não é possível, como demonstrado, a sustentação de que o casamento homoafetivo é inadmissível em virtude da incapacidade de geração de filhos espontaneamente, já que é amplamente admitida a união entre pessoas inférteis ou que, por qualquer motivo, não desejem procriar.

12. Deve-se esclarecer que por sexo entende-se a orientação sexual, porquanto por gênero se entende a diferença entre macho e fêmea. Por esta razão, os casamentos hoje em dia, no Brasil, são todos entre pessoas do mesmo sexo, pois se dão entre heterossexuais.

Também é comum outra alegação de cunho naturalista: a de que a homoafetividade é estranha à natureza. Este preconceito não mais pode vigorar. Com a consolidação da psicologia como ciência, ou ao menos como um conhecimento embasado e criterioso, ainda que não adquira ares científicos, tornou-se inadmissível a afirmação incontestada de que o padrão a ser adotado é o da natureza e o do comportamento animal, em função justamente da complexidade da psique humana, cuja gama de fatores que implicam a determinação de comportamentos tão variados ainda é desconhecida. Mas a psicologia já trouxe um ganho, como anteriormente mostrado: a mente ganha espaço como critério de aferição da identidade de gênero, mais que a própria biologia, o que levou à possibilidade de conversão do sexo morfológico e hormonal do ser humano, para que se conforme ao seu sexo psíquico.

Neste sentido, Freud já assegurava, em seu estudo “Três Ensaios sobre a Sexualidade”, que “na verdade, a escolha do nosso objeto sexual e de desejo é um enigma tão complexo quanto o próprio ser humano”¹³. Do mesmo modo conclui Sérgio Gomes¹⁴:

Nem mesmo o interesse sexual do homem pela mulher ou vice-versa é algo óbvio, e sim, um problema que requer esclarecimentos, conforme pode ser visto nos ‘Três Ensaios’, tornando uma tarefa fútil a pergunta: ‘*por que alguém é homossexual?*’. A melhor pergunta a ser feita deveria ser: ‘*o que leva um ser humano a realizar uma escolha de objeto*’, ou dito de outro modo, ‘*o que leva um sujeito a desejar e amar alguém, seja este hetero ou homossexual?*’.

Por tudo isso, pela leitura que se faz do comportamento social humano e suas causas, pela hodierna compreensão dos conceitos e institutos, com sua relativização, dentre os quais se encontram a família e o casamento, e pelo atual estágio da sociedade, não se crê ser mais possível refutar o casamento homoafetivo como um anseio legítimo dos cidadãos homoafetivos.

A impossibilidade do casamento entre pessoas do mesmo gênero, contudo, é encontrada na legislação, segundo afirmam os detratores desta causa. Assim não é, como se mostrará a seguir.

A Constituição Federal do Brasil trata do casamento sem, contudo, delimitar seu conteúdo. No artigo 225, estabelece a sua gratuidade, os efeitos da sua modalidade religiosa no âmbito civil, a facilitação da conversão da união estável,

13. Apud GOMES, Sérgio. *Ensaio Homoeróticos III: Freud e o homoerotismo*. Disponível: <<http://www.glsite.net/columistas/silva/psi13.htm>>.2002. p. 5.

14. Idem, *Ibidem*.

a igualdade de direitos entre homem e mulher durante o matrimônio e a possibilidade do divórcio. A opção de não delinear claramente o conteúdo do instituto do casamento parece ter como base a atribuição de tal responsabilidade ao costume e à legislação infraconstitucional.

De fato, a legislação infraconstitucional, mais precisamente o Código Civil, informa melhor a substância do instituto em comento, além de, ao que parece, deixar inequívoca a necessidade de diversidade de gêneros para sua celebração. A questão que se coloca, porém, é: não incorre o Código Civil em inconstitucionalidade ao exigir tal diversidade?

Muitos afirmam que a Carta Magna estabelece que o casamento só se dá entre homem e mulher. Para sustentar esta afirmação, alguns mencionam o art. 225, § 3º. Ele diz expressamente que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Ou seja, a união estável reconhecida pelo Estado é apenas a que se dá entre homem e mulher, e somente esta deve ter sua conversão em matrimônio facilitada pela lei. Mediante a aplicação do brocardo jurídico de que “quem não pode o menos, não pode também o mais”, evidencia-se a vedação ao casamento entre pessoas do mesmo gênero, pois a união estável é um menos em relação ao casamento, analisados ambos os institutos de acordo com sua importância e valorização na sociedade, sobretudo para a formação da família. Assim, como não é permitida a união estável entre homoafetivos, também não o é o casamento, segundo a lógica jurídica.

Tal lógica, contudo, não pode ser aplicada ao caso em virtude de circunstâncias históricas. Há que se observar que quando da deliberação constituinte, a sociedade ainda não havia evoluído o suficiente para se permitir a assunção pública de casais homoafetivos. Eles já existiam, mas não se revelavam pública e inequivocamente como hoje em dia. Assim, não havia uniões estáveis homoafetivas, segundo a lei. É que o constituinte entendeu que apenas as uniões estáveis propriamente ditas, ou seja, públicas e notórias, poderiam gozar da facilidade proposta, como estímulo à formalização da família por meio do matrimônio. Imagine-se, pois, que tal possibilidade fosse estendida aos homoafetivos. O que aconteceria, decerto, seria uma sucessão infundável de golpes após a morte de alguém, especialmente de alguém homoafetivo. Lembre-se que mesmo os gays assumidos não gozavam sua relação abertamente, como os casais heteroafetivos, tendo que viver seu romance ou seu vínculo afetivo de maneira marginal. Não se admitia em hipótese alguma dois homens andando de mãos dadas em um cinema, beijando-se como qualquer casal dito comum. Estes certamente seriam colocados para fora do cinema ou do centro de compras chamado de *shopping center*. Ainda hoje há um preconceito

enorme, embora já se possa viver a homoafetividade em locais públicos sem se ser importunado, a não ser por olhares preconceituosos e curiosos. Não há dúvida, portanto, que mesmo as celebridades assumidas não revelavam publicamente seus *affaires*. Com isto, diante de sua morte, como comprovar a existência de uma união estável? Ter-se-ia, nestes casos, que abrir mão de um dos requisitos, ainda hoje essencial, da união estável: a publicidade ou notoriedade. Afinal, a união homoafetiva na década de 1980, e até o princípio da década de 1990 no Brasil, não era jamais pública e notória.

Deste modo, não se poderia admitir, à época da elaboração da Constituição, a união estável entre pessoas do mesmo gênero, posto que a publicidade e notoriedade exigida para a configuração da dita união não se verificava nas relações homoafetivas, especialmente em virtude da discriminação e da impossibilidade social de se sair à rua ostentando a sua condição homossexual. Contudo, a celebração de um ato solene, em que tal vontade de constituir família não ficaria à mercê da interpretação dos atos do casal, mas dependeria de expressão incontestada e inequívoca, poderia se realizar. Note-se que a vedação à união estável homoafetiva tinha como escopo único proteger o Estado e a sociedade de fraudes oriundas da impossibilidade de determinação precisa da vontade de constituir família por parte do casal, requisito indispensável para tal união, determinação esta que comumente se dá pelos atos públicos que geram a presunção em favor de tal intenção.

Pelo exposto, não se pode aplicar direta e indiscriminadamente a lógica analógica do “se não pode o menos, não pode o mais”, sobretudo a este caso, em que o legislador teve motivos específicos e peculiares para tratar diversamente e proibir o menos sem, contudo, vedar o mais. Assim, da vedação à união estável entre pessoas do mesmo gênero não se pode concluir a proibição ao casamento homoafetivo.

Outro argumento que se utiliza para sustentar que a Carta Magna brasileira veda o casamento homoafetivo é o que dispõe o artigo 225, § 5º: “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Obviamente, o texto não impõe a diversidade sexual, mas reafirma a igualdade entre homens e mulheres, inscrita no inciso I do artigo 5º.

Em primeiro lugar, não há indicação textual da necessidade de tal diversidade. O artigo 5º, I, por exemplo, informa que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”. Da interpretação constitucional não se aduz que a contração de obrigações ou a aquisição de direitos só se dê na relação entre homem e mulher, devendo haver diversidade de gêneros para haver

direitos e obrigações jurídicas. Não se entende, portanto, porque quanto ao artigo 225, § 5º tal interpretação é a vigente no meio jurídico.

Novamente os defensores da proibição do casamento gay apelam para um brocardo, o de que a lei não comporta palavras inúteis, quanto mais parágrafos inteiros. Neste caso, não se trata de inutilidade. Primeiro, porque o próprio texto constitucional afirma a existência de outros comandos dentro da própria Lei Fundamental que garantem ou estabelecem a igualdade entre homens e mulheres, conforme está expresso no artigo 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, **nos termos desta Constituição**”. Ademais, a prova inconteste da necessidade da reafirmação exposta no artigo 225, § 5º é a interpretação e a aplicação social do inciso I do artigo 5º durante os anos iniciais de vigência da Carta Magna. A igualdade de direitos e deveres era vista como uma igualdade pública, que não alcançava o lar, espaço privado por excelência, não podendo os ditames constitucionais prevalecer sobre a intimidade doméstica e conjugal. Assim, o homem poderia impor à mulher uma série de condições e desigualdades, em virtude especialmente da estrutura machista e patriarcal da sociedade e da família, mesmo nos dias de hoje. Tanto é assim que até hoje se faz necessária a intervenção legislativa constante, com a edição de leis como a Maria da Penha ou o Estatuto do Idoso para regular as relações íntimas ainda bastante desiguais. Portanto, entendeu o constituinte ser necessária a inclusão de uma determinação expressa da igualdade entre homens e mulheres que alcançasse, também, o seio familiar e conjugal. Por tais razões, não se pode entender que este parágrafo imponha a diversidade de gêneros como requisito do matrimônio, pois serve apenas para reafirmar e reforçar o comando do inciso I do artigo 5º. Também resta óbvio que não haveria sentido em afirmar, para os casos de casamento homoafetivo, que homens e homens ou mulheres e mulheres são iguais em direitos e deveres conjugais, uma vez que a igualdade só precisa de afirmação expressa quando se dá entre seres ou coisas diferentes.

Pelo que foi visto, a Constituição não veda o casamento entre pessoas do mesmo gênero. Sendo omissa, cabe aos costumes e à legislação tratar da matéria. Não poderão, contudo, contrariar os diversos ditames constitucionais, como o faz o Código Civil. Vê-se claramente que a opção do legislador constituinte foi permitir a mutação dos costumes e dos institutos jurídicos, com sua integração aos ditames constitucionais, desde que não conflitem com a Lei Maior, sendo por ela absorvida. Deste modo, não há a delimitação do conteúdo do casamento para que fosse possível a sua conformação aos tempos modernos. Pode-se dizer, assim, que a Constituição também adotou as chamadas cláusulas gerais.

O artigo 1.514 do Código Civil é expresso na exigência da diversidade de gêneros para a ocorrência do matrimônio: “o casamento se realiza no momento em

que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”. Tal exigência, porém, contraria a Constituição, que dispõe que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A família é a base da sociedade, e não há dúvida de que o homoafetivo compõe uma família, seja qual for a sua constituição. Sendo o casamento a principal forma de constituição da família, sua contração por casais do mesmo gênero não pode ser proibida sem justificativa. O casamento já não é mais o instituto que tem por excelência a união entre pessoas de gêneros distintos. Tal exigência é acessória mesmo no Código Civil, que em seu artigo 1.511 caracteriza o casamento como “a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, só posteriormente, no artigo 1.514, estabelecendo o requisito da diversidade de gêneros. Ou seja, o matrimônio é a união de duas pessoas que nutrem um vínculo afetivo especial entre si e desejam constituir família, não sendo necessário para tanto a geração de uma prole comum. Qualquer casamento representa a união de pessoas que se gostam, que nutrem este vínculo afetivo especial, também sexual, e que desejam constituir uma família, sendo aceita perante a sociedade como uma entidade familiar autônoma, podendo ambos gozar do reconhecimento e do estado civil próprio àqueles que são casados, com a eventual adoção do nome por um dos nubentes, ou por ambos. Impedir que duas pessoas que se encontram diante destas circunstâncias contraiam núpcias, casando-se, apenas em virtude de sua sexualidade ser divergente da sexualidade da maioria, constitui uma grave afronta aos princípios da liberdade, da igualdade e da não discriminação, inscritos na Constituição Federal. Dúvida não resta, portanto, de que a exigência civilista de diversidade sexual é plenamente inconstitucional.

6. CONCLUSÃO

É evidente que os valores próprios do intérprete do Direito, seja ele um jurista propriamente dito ou um cidadão, interferem na construção da interpretação, gerando sempre preconceitos, sejam eles justos ou não. Em todo o caso, em questões polêmicas e cuja verificação prática ainda suscita discussões acaloradas, acirradas principalmente por dogmas religiosos, científicos ou mesmo de senso comum, a influência dos valores costuma assumir contornos de defesa de axiomas tradicionais e conservadores, constituindo-se quase sempre em discriminação. O debate sobre o casamento homoafetivo não foge à regra.

A interpretação dominante aponta a vedação constitucional deste casamento, com a expressa proibição por parte do Código Civil. Afirmou-se neste trabalho,

porém, que a Constituição não estabelece o conteúdo do casamento, cabendo tal tarefa à legislação infraconstitucional e aos costumes, sendo vedada, contudo, qualquer disposição contrária aos demais ditames magnos. Assim, verificou-se a inconstitucionalidade do artigo 1.514 do Código Civil, por se constituir em clara discriminação aos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade e da não discriminação, especialmente inscritos no artigo 3º, IV da Lei Fundamental.

Uma vez que hoje o casamento é muito mais uma união afetiva com o intuito de constituição de uma entidade familiar do que a união estabelecida para a procriação, sendo que a família também perdeu esta característica essencial, não mais se justifica a proibição do casamento homoafetivo, pois estes casais também desenvolvem uniões afetivas com o intuito de constituição de família, já sendo admitida como entidade familiar genérica aquela composta exclusivamente por homoafetivos. Este entendimento sobre o casamento, esta definição apresentada, encontra-se no próprio Código Civil, em seu artigo 1.511. Ademais, uma lei ordinária não pode ir além da Constituição, proibindo o que a Constituição não proibiu, ainda que não tenha expressamente permitido, quando tal proibição se constitui violação a princípios fundamentais da Carta Magna.

Não vedando expressamente a Lei Fundamental o casamento entre pessoas do mesmo gênero, sendo defesa a discriminação, e diante da atual compreensão do casamento como comunhão de vidas para a criação de uma família, de uma entidade de amor, respeito, carinho e afeto mútuo, não resta outra opção a não ser reconhecer a possibilidade constitucional, e portanto legal, do casamento homoafetivo.

REFERÊNCIAS

- ARATANGY, Lídia R. *Sexualidade: a difícil arte do encontro*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1997.
- CANELLA, Paulo Roberto Bastos. *Identidade de Gênero*. *Scientia Sexualis*: revista do mestrado em sexologia da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 74-79, dez. 1997.
- CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Trad. de Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: o preconceito e a justiça*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

- _____. *O Transexual e o Direito de Casar*. Salto – Boletim da Associação de Travestis de Aracaju/UNIDAS, nº 06, mai-jun-jul/2002, pp. 01/03.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *Meninas da Noite*. São Paulo: Ática, 1992.
- FRY, Peter e MACRAE, Edward. *O que é homossexualidade*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- GOMES, Sérgio. *Ensaio Homoeróticos III: Freud e o homoerotismo*. 2002. Disponível: <<http://www.glssite.net/colunistas/silva/psi13.htm>>.
- LYRA FILHO, Roberto. *O Que É Direito*. (Coleção Primeiros Passos, vol. 62). São Paulo: Brasiliense.
- NUNAN, Adriana. *Homossexualidade: do preconceito aos padrões de consumo*. Rio de Janeiro: Caravansaraí, 2003.
- OLIVEIRA, Silvério da Costa. *O Psicólogo Clínico e o Problema da Transexualidade*. *Revista SEFLU*. Rio de Janeiro: Faculdade de Ciências Médicas e Paramédicas Fluminense, ano 1, nº 2, dezembro 2001. Disponível em: <<http://www.sexodrogas.psc.br/transexualismo.htm>>.
- PARKER, Richard. *A Construção da Solidariedade*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, ABIA, IMS/UERJ, 1994.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. *Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SAFFIOTI, Heleieth I.B. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1993.
- SESSAREGO, Carlos Fernández. *El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, a.15, n. 56, p. 7-50, abr./jun. 1991.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SUTTER, Matilde Josefina. *Determinação e mudança de sexo: aspectos médicos e legais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 2001.

XIII

O PAPEL DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL¹: UM ESTUDO ACERCA DO BEM JURÍDICO

Luciano L. Figueiredo

Graduado em Direito na Universidade Salvador – UNIFACS. Advogado Militante em Salvador-Bahia. Especialista (Pós-graduado) em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestrando em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor de Direito Civil nas cadeiras de Obrigações e Contratos na UNIME. Professor de Direito Civil nas Cadeiras de Contratos, Família e Sucessões na UNIFACS. Professor Convidado do Centro de Pós-Graduação e Especialização da Faculdade Visconde de Cairu – CEPEV. Professor Convidado da Pós-Graduação em Direito Civil e Cursos de Extensão da UNIFACS.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de analisar o papel do Direito Penal na Sociedade Pós-industrial, com especial enfoque sobre o bem jurídico penal. Para tanto, será feita análise do contexto pós-industrial, dedicando-se especial atenção ao *topoi* da Sociedade do Risco. Verificar-se-á a gênese do conceito de bem jurídico, e, *a posteriori*, perquirir-se-á sobre sua definição, importância, finalidade, funcionalidade e valoração, sendo feita uma análise constitucional do tema. Tendo em vista o cenário pós-moderno, com os mega-riscos, defini-se e aborda-se sobre o bem jurídico individual e transindividual, centrando-se na solução de relevante questão: o bem jurídico é imprescindível ao Direito Penal? Finaliza-se o desenvolvimento do *paper* afirmando sobre a permanência da centralidade do bem jurídico na ciência penal, sob pena de viver-se o Direito

Penal dos deveres, autoritário. Recorreu-se para a confecção do artigo à literatura clássica sobre o assunto, bem como atual, através da consulta de artigos, texto normativo e jurisprudência. Objetiva-se um enfoque diferenciado com fito de trazer contributo a tema tão importante.

ABSTRACT: The main purpose of the present paper is analyzing the Penal Law character on the post-industrial society, with the special focus on the juridical protected interest for Penal Law. As for that, it will be made an analyses of the post-industrial society context, giving special attention to the (*topoi*) of risky society. It will be verified the source of juridical protected interest concept, and then, its definition, importance, finality, functionality and valuation, as a constitutional analyses of the theme. Looking towards a Post-Modern scene, with large risks, it will be defined and brought it up the individual

1. As expressões Pós-Industrial e Pós-Moderno são utilizadas nesse *paper* de forma a remeter-se ao estudo do pensamento de Boaventura Souza Santos (2003). Nessa esteira, tais signos significam todos os paradoxos do contexto social hodierno, como exemplificam os avanços tecnológicos científicos e freios morais, vedando-se a clonagem humana, mas permitindo a terapêutica. Não se objetiva nesse trabalho discutir se Pós-Industrial e Pós-Moderno são sinônimos.

and trans-individual juridical protected interest into a relevant solution: is the juridical protected interest essential to Penal Law? It will be ended by recognizing the juridical protected interest as the central aspect of Penal Law, regards to subsist on a Penal Law of duties, an authoritarian one. The confection of the content was done by using a classical literature about the topic, and also a modern one, using articles, legal texts and jurisprudence. So the intent is to bring another focus of the theme so that it

will be possible to bring advantages to such an important theme.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-Industrial; Sociedade dos Riscos; Mega-Riscos; Bem Jurídico; Bem Jurídico Individual, Bem Jurídico Transindividual.

KEYWORDS: Post Industrial; Risk Society; Mega-Risks; Juridical Protected; Individual juridical protected interest; Trans-Individual juridical protected interest.

SUMÁRIO: 1. Breve Intróito – 2. O Contexto Pós-Industrial: O Papel do Direito Penal Pós-Moderno – 3. O Bem Jurídico Penal: 3.1 Abordagem Histórica. 3.2. Definição, Importância, Finalidade, Funcionalidade e Valoração; 3.3. Bem Jurídico Individual e Supra-Individual; 3.4. O Bem Jurídico é Imprescindível para o Direito Penal? – 4. Conclusão – Referências.

[...] Como dizem Morris e Hawkins, pelo menos para a lei criminal, todo homem tem o direito inalienável de ir para o inferno como quiser, desde que, no caminho, não prejudique as pessoas ou a propriedade alheia, mesmo porque é ela, a lei criminal, um instrumento ineficaz para impor vida digna aos outros (Queiroz, Paulo de Souza. 2002. p. 89).

1. BREVE INTRÓITO

Não há dúvidas que o fenômeno da industrialização mudou, em muito, o panorama social.

De um corpo composto por pessoas que eram alocadas de forma espaçada no globo terrestre, passou-se a assistir rápido e contínuo crescimento dos centros urbanos, com grande concentração populacional.

Ao lado disso, restou patente um avanço tecnocientífico em uma velocidade dantes nunca imaginada, *conquistando* o homem o espaço sideral, a robótica e a genética.

O veloz aumento da capacidade produtiva, novos engenhos, os riscos e ameaças mundiais como o efeito estufa, a diminuição da camada de ozônio, a elevação da temperatura global, a utilização descomedida dos recursos naturais com conseqüente escassez, a engenharia e manipulação genética, o crime mais organizado que os próprios Estados – formando verdadeiros *Estados Paralelos* – e um completo colapso do sistema de segurança pública, são fatores claramente perceptíveis.

Desse cenário para a verificação de uma sociedade de riscos², foi um *pisca de olhos*.

Nasce, então, a necessidade de um estudo da ética prática, posto que os riscos ampliados colocam *em xeque* a manutenção e existência da sociedade. A questão bioética passa a merecer espaço crescente.

Com tais avanços os bens jurídicos, antes puramente individuais, passaram a ter caráter difuso, coletivo³, sendo eleitos pelo sistema a proteção de valores transindividuais em razão das novas necessidades do corpo social.

Surgiram, ainda, tipos penais cuja especificação do bem jurídico protegido é extremamente difícil, para não dizer impossível, de ser percebida, aferida.

Ação e consequência danosa não mais acontecem necessariamente no mesmo liame temporal e espacial, inserindo-se aqui os chamados *delitos de acumulação* e uma vitimização coletiva.

Nessa ordem de ideais, o Direito Penal, porquanto possuir cunho extremamente garantista e fincado nos moldes da responsabilização subjetiva, começa a ser questionado como instrumento apto a atender aos anseios sociais, havendo defensores da necessidade do surgimento de uma tutela penal em *outra velocidade*, ou de uma expansão dos ramos não-penais na proteção social.

É justamente essa a problemática posta em discussão, sendo tema-problema deste *paper*: O Direito Penal garantista, fincando no modelo de proteção a bens jurídicos individuais, ainda é instrumento apto a resolver os anseios da Sociedade Pós-Industrial?

Para deslindar essa questão central, será analisado o papel do Direito Penal na Sociedade Pós-Industrial, a importância do bem jurídico para este caro ramo do Direito, e a uma tentativa de verificação do *novo* Direito Penal.

Pretende-se, ainda, ir além, sendo que, acaso verificada a permanência do Direito Penal como instrumento apto à tutela social no contexto Pós-Industrial,

2. O *topoi* Sociedade do Risco é utilizado nesse artigo segundo o estudo do sociólogo Ulrich Beck, não sendo, porém, objetivo discutir-se acerca da inclusão, ou não, da Sociedade de Risco no ideal de Pós-Modernidade, bem como até mesmo a confusão entre tais conceitos. Idem no que tange à globalização e Sociedade do Risco. Um fato, todavia, é incontroverso: a Sociedade do Risco afeta, em muito, o papel do Direito Penal na Pós-Modernidade, conforme restará abordado.
3. As expressões coletivos, difusos, transindividuais, supra-individuais e meta-individuais, são todas utilizadas neste artigo para referir-se a bens jurídicos que transcendem o caráter tão somente individual, iluminista, inserindo-se em um contexto mais amplo. Dessa forma, não é utilizada aqui a diferenciação doutrinária, feita, principalmente pelos processualistas civis.

buscar-se-á delimitar qual a sua fatia de legitimação, com uma análise acerca dos bens jurídicos tutelados e sua importância.

2. O CONTEXTO PÓS-INDUSTRIAL: O PAPEL DO DIREITO PENAL PÓS-MODERNO

As mudanças advindas do contexto pós-industrial, com a produção em massa, nascimento de novas possibilidades tecnológicas, relações intersubjetivas modificadas, manipulação genética e surgimento dos riscos globais, gerou necessidade de buscar-se uma nova ética, racionalidade e política de combate, como bem observa Jorge Figueiredo Dias (2000, p. 48):

Torna-se indispensável, pois, neste tempo pós-moderno, uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política. Porque em causa está a própria subsistência da vida no planeta e é preciso, se quisermos oferecer uma chance razoável às gerações vindouras, que a sociedade se torne um sujeito comum de responsabilidade pela vida.

O cenário pós-industrial gera a sociedade novas necessidades.

Os mecanismos de comunicação ocasionam maior inteiração, com crescentes possibilidades de relações intersubjetivas. A sociedade, antes individualista, vem mudando a passos largos e tornando-se paradoxalmente única, mas ainda com grandes abismos culturais e econômicos.

A ideologia capitalista impregna praticamente todo o globo, com sua política de mercado assaz, malgrado particularidades em alguns países como China⁴, e até mesmo Cuba⁵, bem como as persistentes desigualdades econômicas.

As informações são compartilhadas à velocidade da luz, e a produção do conhecimento científico é, de igual maneira, ágil.

Alteram-se os riscos. Antes fincados em acontecimentos naturais ou derivados diretamente de ações humanas específicas – ação e dano eram acontecimentos no mesmo tempo e espaço – os riscos agora se agigantaram, tornando-se *megas*, gerados através de ações humanas cumulativas e globais.

4. Diuturnamente resta complicado conceituar a China como capitalista ou socialista. O melhor conceito é o de enquadrá-la numa espécie de terceira via, porquanto existência de um regime socialista com zonas de comércio bem definidas.

5. Por conta da realização do PAN Americano no Brasil, restou constatado uma pouca da fase política que Cuba atravessa. Com a permanência de embargo econômico, vários atletas desertaram das delegações, objetivando tentar sua sorte em outros países. Houve notícias, até mesmo, de técnicos que deixaram a delegação. Por medo de uma deserção em massa, a volta da delegação cubana foi adiada, não comparecendo o time de Vôlei na cerimônia final de entrega das medalhas.

Atualmente o risco pode nascer em espaço e tempo completamente diversos daquele no qual acontecerá o dano, que pode consistir em até mesmo na extinção da vida terrena.

A ameaça nuclear, por exemplo, causa danos que se protraem no tempo, maculando geneticamente gerações futuras, a exemplo do acontecido no Japão pós Segunda Catástrofe Mundial.

Crimes eletrônicos são praticados em um dado ponto do globo e se dissipam através da rede mundial de comunicação, causando danos nos mais distantes locais da ação oriunda.

Idem em relação a crimes ambientais e de consumo, atingindo várias pessoas, em diferentes locais, de forma simultânea, difusa.

Os delitos de acumulação (*Delitos de Acumulación*) geram nefastos danos sociais. Micros lesões ao patrimônio público, praticadas por várias pessoas em locais e espaços diferentes, têm como conseqüência enorme desfalque aos cofres estatais, e, por conseguinte, graves problemas no manejo dos recursos públicos. Lesões pontuais ao meio ambiente causam danos globais.

Há, pois, uma espécie de vitimização coletiva ou difusa, na qual existem vítimas, em sentido estrito, e prejudicados. Vítima, segundo Renato de Mello Jorge Silveira, é o titular do bem jurídico ameaçado ou posto em perigo, sendo o prejudicado aquele que é afetado diretamente pelo delito, malgrado não ser titular do bem jurídico (SILVEIRA, 2003, p. 30). Nos crimes transindividuais tais categorias se aproximam de sobremaneira, sendo demasiadamente difícil de diferenciá-las.

Tais alterações ocasionam mudanças na tutela jurídica. Antes a proteção penal fincava-se em bens jurídicos individuais, tangíveis e reais (vida, integridade, propriedade, patrimônio, etc...). Atualmente, os bens jurídicos são coletivos, e os crimes de perigo.

Há larga utilização dos crimes de perigo abstrato, punindo-se pelo *mero perigo*, que sequer é real.

Passa-se, então, da punição a delitos de lesão a bens individuais, para o combate a crimes de perigo supra-individuais, conforme bem percebido na doutrina de Jesus-Maria Silva Sanches (1999, p. 98):

[...] Así, la combinación de la introducción de nuevos objetos de protección co la anticipación de las fronteras de la protección penal há propiciado una transición rápida del modelo *delito de lesión de bienes individuales* as modelo de *delito*

de peligro de bienes supraindividuales, passando por todas las modalidades intermédias.⁶

Dessa forma, a galopante produção de riquezas (que não é sinônimo de correta divisão de valores) vem acompanhada de um cultivo social de riscos. A inventividade, o aumento do processo produtivo, acaba ainda por criar novos riscos, até então desconhecidos, em um movimento contínuo.

O próprio papel do Direito Penal passa a ser questionado, sendo colocado em discussão a legitimidade de sua intervenção⁷, bem como a eficácia dos seus instrumentos e meios utilizados para repressão.

Não comporta o cenário atual meio de repressão puramente iluminista, individual, como o é o Direito Penal clássico.

O ideal da responsabilização subjetiva, no qual se assenta o Direito Penal ilustrado, não mais é capaz de atender as necessidades sociais, como proteção a bens jurídicos coletivos, a exemplo de crimes ambientais, à ordem financeira, ameaça nuclear, etc...

A responsabilização subjetiva não mais atende, pois em regra lesões são praticadas por pessoas jurídicas (pessoas existência técnica), cuja vontade é expressa por um ato-complexo, realizado mediante a manifestação de vontade uma série de pessoas naturais (seus sócios ou associados).

O individualismo, no que se relaciona aos bens jurídicos, não mais pode ser o paradigma de perseguição penal. Nasce a premente necessidade de tutela a bens difusos, intangíveis, nem sempre reais. Advém a necessidade de punição de pessoas jurídicas. Nessa linha explicita Renato Mello Jorge Silveira (2003, p. 28):

Outros são os dias atuais. [...] O próprio avanço sentido nos direitos e garantias individuais fez com que esse ramo do Direito ganhasse novos ares. O coletivismo, os interesses difusos, tão comuns e freqüentes na sociedade moderna, impõe novas metas ao Direito.

Passou-se, pois, a se perquirir quais mecanismos poderiam ser utilizados em vista da falência na missão do Direito Penal presente, marcantemente liberal, individualista.

6 Tradução do autor: [...] Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com a antecipação das fronteiras da proteção penal tem propiciado uma rápida transição do modelo *delito de lesão a bens individuais*, ao modelo de *delito de perigo de bens supra-individuais*, passando por todas as modalidades intermediárias.

7. Diga-se que há outros fatores, além do surgimento da sociedade de riscos, que levam ao questionamento acerca da legitimação do Direito Penal. Todavia, em razão do recorte metodológico delineado para confecção do artigo, não é este momento apropriado para tratar fatores diversos.

Inicialmente, conforme enfoca Figueiredo Dias (2001), a tese da auto-regulamentação foi ventilada, em uma visão prospectiva da ciência jurídica. Entrementes, no contexto global, composto em grande parte por países que não possuem elevado nível educacional, a possibilidade de auto-regulamentação é uma utopia, que assim como a linha do horizonte afasta-se cada vez que se tenta aproximar.

O ser humano tende ao ilícito, e em uma sociedade fincada no ideal capitalista e na busca do lucro acima e a qualquer custo, em detrimento do diminuto solidarismo, tal tendência torna-se ainda mais marcante.

Outra tentativa com grande difusão, apontada também por Figueiredo Dias (2001), é a defesa pela completa abolição, recusando-se ao Direito Penal qualquer espécie de papel relevante na tarefa de proteção às gerações futuras.

Defende-se que o instrumentário atuante do Direito Penal impede que contenha os delitos em massa, de cumulação, com proporções globais, posto tratar-se de mecanismos fincados em aferição pessoal de responsabilidade, com penas restritivas de liberdade.

Seguindo esta linha de raciocínio, ressalta-se a necessidade de outros ramos do Direito ter avultado o seu papel, enxergando a doutrina, principalmente no ramo administrativo, e de forma pormenorizada no cível, mecanismos mais eficazes de tutela das gerações futuras.

Com efeito, no particular concorda-se com o posicionamento doutrinário de Jorge Figueiredo Dias (2001), segundo o qual é inegável a necessidade de crescimento dos demais ramos jurídicos, mister o administrativo sancionador.

Entrementes, tal engrandecimento não terá como decorrência a abolição do Direito Penal como vetor de tutela das gerações futuras, ao passo que nenhum ramo jurídico possui a força conformadora, estabilizadora de comportamentos, como o repressivo penal.

Mesmo o Poder de Polícia exercido pelo Direito Administrativo, malgrado de fundamental importância para o contexto de combate aos riscos pós-modernos, não detêm a força estabilizadora da ciência penal.

A força sancionadora do Direito Penal é necessária socialmente, desde que utilizada como ultima *ratio*, soldado de reserva, fonte subsidiária em relação aos demais ramos, principalmente o cível e administrativo. Mas como fazê-lo com base em uma construção do Direito Penal tão arraigada em valores individualistas?

Assim é que nasce a necessidade de existência de um Direito Penal dual, em duas velocidades (SILVA SANCHES, 1999), com diferentes respostas a depender do problema enfrentado. (FIGUEIREDO DIAS, 2001).

Nessa linha, teria o Direito Penal um núcleo duro, clássico, dedicado à tutela dos bens jurídicos individuais; e a periferia, a qual se dedicaria especificamente aos problemas da pós-modernidade.

O primeiro seria nomeado propriamente de Direito Penal clássico, ao passo que o segundo, nos dizeres de Figueiredo Dias (2001, p. 54), consistiria em um Direito Penal Administrativo, secundário, de periferia; mas ainda um Direito Penal.

Verifica-se, então, que ao Direito Penal não pode ser negada fatia de legitimação no árduo dever de proteção das gerações futuras. Entretanto, questão mais complicada é justamente saber qual a medida desta fatia?

É na proteção dos bens jurídicos meta-individuais, de forma subsidiária, que reside o principal vetor dessa fatia de legitimação, sendo possibilitada uma responsabilização dos entes coletivos.

Assim persiste a seguinte indagação: Como ao Direito Penal restará reservada uma fatia de proteção das gerações futuras mediante tutela de bens meta-individuais, se consiste este ramo jurídico em uma construção liberal, individual e garantista fincada na tutela de bens individuais?

Verifica-se, então, de forma mais detida um estudo sobre o bem jurídico penal.

3. O BEM JURÍDICO PENAL

A tarefa de desenvolver articulado sobre bem jurídico não é simples, ao passo que sua conceituação é fluida, histórica determinável, sendo mudando os bens jurídicos tutelados em uma análise temporal-espacial.

Nessa esteira, há relevante controvérsia doutrinária sobre o conceito do instituto, como bem noticia Luiz Regis Prado (2003, p. 44):

Apesar de o postulado de que o delito lesa ou ameaça de lesão bens jurídicos ter concordância quase total e pacífica dos doutrinadores, o mesmo não se pode dizer a respeito do conceito de bem jurídico, onde reina grande controvérsia.

Não é diversa a opinião de Yuri Carneiro Coelho (2003, p.125-126); *in verbis*:

É praticamente unânime na doutrina, seja pátria ou estrangeira, uma conduta somente pode ser considerada criminosa quando lesa ou ameaça de lesão

O papel do Direito Penal na sociedade pós-industrial: um estudo acerca do bem jurídico

bem jurídico penal. Quando se trata, no entanto, de determinar o seu conteúdo e conceituá-lo, diverge-se profundamente [...]

Todavia, dúvidas ainda não pairam sobre o caráter central do bem jurídico no Direito Penal, desde a sua feição clássica, iluminista, até os dias atuais, conforme restará visto.

3.1. Abordagem Histórica

Bem jurídico nasce no movimento iluminista, com a humanização do Direito Penal e desvinculação do caráter ético religioso dos crimes (RODRIGUES DA SILVA, 2003, p. 165).

Após o seu surgimento, alguns estudiosos debruçaram-se sobre o estudo do tema, a exemplo de Feuebach, Birnbaum e Binding; sendo, porém, conferido a Listz a construção de conceito próximo ao atual, definindo bem jurídico como o interesse juridicamente protegido (RODRIGUES DA SILVA, 2003, p. 165).

Na conceituação de Listz, em contraposição à de Binding, resta clarividente a idéia de que não é o ordenamento jurídico, as normas que criam os bens jurídicos penalmente tutelados. Ao revés, o fato social, a vida, as necessidades humanas que os criam, cabendo ao ramo penal o seu reconhecimento, sua tutela.

Após definição de Listz, seguiram tentativas de melhoramentos dos neokantistas, enxergando nos bens jurídicos apenas uma forma de interpretação teleológica do crime.

Advieram, ainda, concepções sociológicas, analisando o bem jurídico mediante um prisma funcional, despido de qualquer juízo normativo (RODRIGUES DA SILVA, 2003, p. 166).

Malgrado tais tentativas, persiste Listz como primaz referencial teórico e histórico sobre o tema.

3.2. Definição, Importância, Finalidade, Funcionalidade e Valoração

Não há unicidade doutrinária acerca do conceito de bem jurídico⁸. Entrementes, a sua importância é elevada de forma pacífica, ao passo que é o centro justificador da intervenção penal.

8. Sobre o assunto consultar obra específica de autoria de Luiz Regis Prado (2003), na qual o festejado autor menciona o conceito dos neokantistas, Welzel, Muñoz Conde Hassemmer Polaino Navarrete, Roxin, Anfbal Bruno, Magalhães Noronha, dentre outros. De igual maneira o faz Yuri Carneiro Coelho (2003), ao compilar conceitos de César Roberto Bittencout, Cláudio Brandão, Cerezo Mir, etc...

Por bem jurídico deve-se entender tudo o quanto sirva para suprir necessidade social, seja individual ou coletiva. São penais àqueles bens jurídicos os quais reclamam uma proteção máxima estatal, necessitando de intervenção do Direito Penal.

Fazendo um estudo acerca das definições de bem jurídico de Navarrete, Hans Welzel, Wessels e Jescheck, Marcelo Rodrigues da Silva (2003, p. 168) conceitua bem jurídico penal da seguinte maneira:

Bem jurídico-penal, então, é todo significado de valor cuja relevância social reclama tutela do Direito Penal. Posto que o objeto deste ramo do Direito é a manutenção da paz, da harmonia e da ordem sociais (ideais materializados por bens jurídicos penais), na consecução desse objetivo são eleitos valores máximos (naquele momento histórico) para serem postos a salvo de quaisquer lesões capazes de desestabilizar o equilíbrio social. Assim o Direito Penal tem por finalidade proteger os significados valores eleitos como relevantes e merecedores de proteção, a qual não poderá ser alcançada de outra forma senão mediante repressão estatal.

Nessa linha, os bens jurídicos penais expressam importantes valores em relação aos quais o legislador tutela, por conta de um prévio interesse/necessidade social. O legislador, pois, os reconhece nos fatos sociais, os tutelando mediante norma jurídica penal: bens jurídicos penalmente tutelados, porquanto sua importância social.

São os bens jurídicos penalmente protegidos aqueles cujas ofensas são as mais deletérias socialmente. Dentro deste seletivo grupo, o legislador procede, ainda com base repúdio social, com subclassificações, fixando penas e procedimentos mais vorazes às condutas de reprovação extrema, e penas e procedimentos mais simples para os delitos de *tolerância social maior*.

Justamente por isso há crimes considerados hediondos, e outros de menor potencial ofensivo.

Logo, possui o bem jurídico marcante traço de política legislativa, apesar, conforme já foi observado, ter existência prévia à positivação e advir, inicialmente, dos fatos sociais.

Na doutrina de Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (200, p. 439), o bem jurídico tutelado na lei penal é a relação de disponibilidade entre o indivíduo com o objeto, cuja proteção estatal é revelada mediante a punição de condutas que o afetam.

O termo disponibilidade, por sua vez, e a escolha dos bens através da política legislativa, irá variar a depender do Estado e do seu modelo, seja possuidor de uma

concepção mais estadista ou liberal. Como bem afirma Gianpaolo Poggio Smanio (2003, p.1) “O Direito Penal é resultado de escolhas políticas influenciadas pelo tipo de Estado em que a sociedade está organizada”.

Justamente por isso que a valoração do que vem a ser bem jurídico indispensável de proteção tem como norte a ordem constitucional vigente.

O paradigma constitucional é o guia do legislador infraconstitucional para legitimar a intervenção máxima (penal), visando proteção à disponibilidade de um dado valor (bem jurídico), de acordo com a concepção do respectivo Estado.

Os tipos, de seu turno, consistem em violações particulares a bens jurídicos. Os delitos, por sua vez, transcendem à violação do bem, sendo esta, porém, necessária à sua configuração (princípio da lesividade, ofensividade e proteção/tutela do bem jurídico).

O interesse jurídico protegido demonstra o *para que* da tipificação, o objetivo, a finalidade do tipo incriminador, o que este visa tutelar. Identifica o axioma, o valor que o ordenamento pretende proteger, o *telos* interventor.

Sem a concepção de bem jurídico penal imperaria um formalismo penal perigoso, com tipificação imotivada e conseqüente possibilidade de autoritarismo. Surgiria o *Direito Penal do dever*, a punição por *mero descumprimento de dever*; dever este eleito de forma aleatória pelo soberano.

O bem jurídico cumpre quatro funções⁹ primordiais no estado democrático atual, sendo elas, na doutrina de Regis Prado (2003, p. 60):

- a) Garantidora ou de Limitar o Direito de Punir do Estado¹⁰: segundo o princípio republicano, conformando os tipos penais; ou seja: o legislador, ao redigir o tipo tem de guiar-se pelo bem jurídico, ente cuja proteção objetiva-se. O bem jurídico, nessa linha, atua como limite das dimensões da norma penal, apenas tipificando o legislador importantes condutas a bens jurídicos relevantes.
- b) Teleológico ou Interpretativa¹¹: Como critério interpretativo dos tipos penais, condicionando, conferindo sentido, finalidade e limite à tipificação. O bem jurídico visto como centro do tipo.

9. O número de funções e suas nomeclaturas são diversos a depender da doutrina consultada, sendo que se mencionou a classificação de Regis Prado em decorrência da sua grande utilização, bem como importância do referido autor na análise do tema.

10. Marcelo Rodrigues da Silva (2003, p. 169) nomeia esta função de conformadora dos tipos penais.

11. Yuri Carneiro Coelho (2003, p. 132) nomeia esta função como Dogmática.

- c) Função Individualizadora: Como critério de fixação da pena, levando-se em consideração a lesão ao bem jurídico e sua importância.
- d) Função Sistemática¹²: Utilizado como mecanismo de sistematização (arumação) da Parte Especial do Código Penal.

Acrescenta Marcelo Rodrigues da Silva (2003, p. 169) às funções postas o papel crítico, servindo o bem jurídico penal como selecionador do objeto de tutela penal, como garantia.

O bem jurídico não é criado de forma positivada, advindo da vida, do cotidiano, da ideologia presente em um corpo social. Bem jurídico é aquilo relevante para o indivíduo e sociedade, traduzindo valores presentes.

Justamente por isso que a ordem constitucional, como máximo plano normativo revelador das forças sociais, é um norte de aferição de tais bens.

3.3. Bem Jurídico Individual e Supra-Individual

O ideal penal garantista, advindo do renascimento e fenômeno iluminista, produziu ciência calcada no estudo e proteção de bens jurídicos individuais, tangíveis, reais, conforme já explicitado.

Diuturnamente, porém, devido aos avanços sociais e mudanças nas relações intersubjetivas, o bem jurídico, como ente valorado socialmente, pode ser de titularidade individual (bem jurídico individual), ou transindividual (bem jurídico difuso ou coletivo).

Fazendo-se um paralelo com os constitucionalismos, chama-se a atenção o fato do Direito Penal iniciar-se pautado na tutela aos bens jurídicos individuais (constitucionalismo de primeira geração), e hoje desembocar na tutela supra-individual (constitucionalismo de terceira geração), após passar por uma fase social (constitucionalismo de segunda geração) (SILVEIRA, 2003, p. 32).

Clarividente, porém, é o atual aumento da tutela a bem jurídicos meta-individuais, com a proliferação normativa atinente a sua proteção, havendo, até mesmo no sentir de Renato de Mello Silveira (2003, p. 32) uma maléfica hipertrofia legislativa nesse sentido.

12. Marcelo Rodrigues da Silva (2003, p. 169) nomeia esta função de Interpretativa, a qual possui como desdobramentos, ainda segundo sua doutrina, as de segurança e individualizadora de aplicação da lei, servindo na dosagem da pena.

Tais bens jurídicos supra-individuais tutelam, em verdade, as questões mais hodiernas, pós-modernas, ligadas aos mega-riscos, à possibilidade de extinção da vida global, à bioética.

Diga-se que este fenômeno de *transindividualização* dos direitos também é percebido na seara não-penal, quando há violação a um valor social importante, arguindo-se a hipótese de dano moral difuso.

Exemplo elucidativo são as ações civis públicas manejadas - com êxito - pleiteando danos morais difusos por desrespeito ao valor social do trabalho, porquanto existência de utilização de trabalho análogo à condição de escravo. A título ilustrativo transcreve-se ementa de Acórdão proferido sobre o tema pelo Tribunal do Trabalho da 5ª Região:

ACÓRDÃO Nº 9.678/06. 2ª Turma. Trabalho ANÁLOGO À CONDIÇÃO DE ESCRAVO. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. Ação Civil Pública. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMAÇÃO. Os direitos individuais homogêneos são espécies dos denominados direitos “meta-individuais”, cuja defesa cabe precipuamente ao Ministério Público e são qualificados como de natureza coletiva, embora com expressão individual, inclusive na jurisprudência do STF.[...] **Trabalho ANÁLOGO À CONDIÇÃO DE ESCRAVO. Dano Moral COLETIVO. CONCEITO E CARACTERIZAÇÃO. Dano moral** coletivo deve ser compreendido como a violação transindividual dos direitos da personalidade, cuja existência, no plano legal, é expressamente reconhecida pela legislação pátria, a exemplo do art. 6º, c, do Código de Defesa do Consumidor.

Paradoxalmente, porém, como bem pontua Regis Prado (2005, p. 272), no Estado Democrático de Direito não preponderam os bens meta-individuais sobre os individuais.

Ao revés, tutela-se de forma difusa e coletiva justamente para proteger o indivíduo, que é resguardado na sua dimensão mais restrita mediante bens jurídicos individuais, e na mais ampla (comunitária) pelos coletivos e transindividuais.

Em verdade, malgrado a autonomia dos bens transindividuais, eles são complementares aos individuais¹³.

3.4. O Bem Jurídico é Imprescindível para o Direito Penal?

O bem jurídico, conforme já explicitado nesse artigo, tem importância central no Direito Penal, ao passo que é, em última análise, o legitimador da máxima intervenção Estatal.

13. Neste ponto, ressalta-se divergir o *paper* do posicionamento de Figueiredo Dias (2001).

Dessa afirmação decorre que a intervenção penal sem justificação baseada em bens jurídicos é ilegítima, atentando a construção do Estado Democrático de Direito.

Indagação que merece grande análise hoje é perquirir-se sobre a possibilidade de prescindir-se da noção de bem jurídico penal, havendo hipótese de tipos incriminadores que não revelem afronta específica a um bem jurídico penalmente tutelado?

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (200, p. 443) entendem que toda manifestação com escopo de irracionalidade e autoritarismo tenta afastar do tipo incriminador o bem jurídico, que é justamente o seu *telos*, o seu objetivo de punição. Com isso, possibilita-se uma argumentação desprovida de fundamentos; melhor dizendo: uma incriminação sem finalidade, a punição de um mero dever.

Segundo tais autores, por conseqüência, a lesão ao bem jurídico é constatação imprescindível para a intervenção penal, sob pena de ser ilegítima e tornar-se autoritária, não-democrática.

Em reforço ao aludido acima, assevera Luiz Regis Prado (2005, p. 271) que a conversão de infrações de bens jurídicos para *meras infrações de deveres* esvazia o Direito Penal, a sua legitimidade.

O esvaziamento do bem jurídico no delito leva a uma intervenção estatal sem limites, afrontando até mesmo os direitos fundamentais do homem. Sobre o tema interessante citação a Luiz Flávio Gomes (2002, p. 122):

[...] uma outra imperiosa exigência relacionada com a atividade criminalizadora do Estado (que deriva do *princípio da ofensividade* e que deve integrar o sistema de garantias orientado a evitar o arbítrio no momento legislativo) consiste na *concretização (individualização, determinação) do bem jurídico* em cada tipificação concreta. No contexto do direito penal do *ius libertatis*, essa concretização representa o instrumento de *ottimale* para construção de um sistema autenticamente liberal, é dizer, que respeito os direitos fundamentais da pessoa e seja capaz de limitar o poder do legislador.

Não é diversa a opinião no direito comparado, conforme se infere da obra de Gerardo Barbosa Castillo e Carlos Arturo Gómez Pavajeau (1998, p. 38):

Por tanto, es incuestionable que em todas las construcciones del bien jurídico, ya de carácter iusnaturalistas o sociológicas, pero que tienen como denominador común ponerle límites al *ius puniendi*, subyace la teoría dos derechos fundamentales,¹⁴

14. Tradução feita pelo autor: Por tanto, é inquestionável que em todas as construções do bem jurídico, a de caráter *jusnaturalista* e sociológicas têm como denominador comum colocar limites ao *jus puniendi*, subjacente à teoria dos direitos fundamentais.

Em arremate, interessantes são as ilações de Gianpaolo Poggio Smanio (2003, p. 2); cita-se:

Não poderemos, no entanto, jamais abandonar a necessidade de o Direito Penal proteger as lesões aos bens jurídicos, posto ser uma verdadeira conquista da cidadania. Os iluministas, quando formularam a Teoria do Estado Moderno, impuseram uma série de limitações ao poder estatal, inclusive ao poder de punir, que ficava circunscrito nas mãos dos soberanos, dano causa aos mais diversos desvirtuamentos, servindo para a manutenção dos privilégios e do *status quo*.

O reflexo dessa escola de pensamento sobre o Direito Penal foi a criação da Teoria do Bem Jurídico.

Decerto, assiste razão a tais doutrinadores, já que prescindir do ideal do bem jurídico remete à criação de um Direito Penal de *mera infração de deveres*, autoritário, no qual o Estado impunha penas sem maiores razões, *telos*, intervindo desmotivadamente, ilegitimamente.

A ausência de bens jurídicos causa verdadeira afronta aos direitos fundamentais, gerando ausência de limites ao poder estatal de punir, fato cuja árdua e demorada conquista não pode ser desprezada tão facilmente.

Apesar desta constatação teórica, o certo é que atualmente surgem tipos penais no ordenamento jurídico nacional nos quais resta demasiadamente difícil, para não dizer impossível, constatar-se qual o bem jurídico tutelado pela intervenção estatal máxima.

Tal conduta é bastante corriqueira em temas relacionados à bioética. Exemplo ilustrativo é o do art. 24 da Lei 11.105/04 (Lei de Biossegurança).

Desde a entrada em vigor da Lei em tela, grande celeuma envolve a doutrina no sentido de descobrir qual o valor, o escopo, o *telos* protegido no seu art. 24¹⁵.

Para uns seria crime de mera desobediência, descumprimento de dever, em razão da referência expressa a não-observância ao art. 5^o¹⁶ do mesmo texto legal.

15. Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

16. Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Outros pensam que a busca ao bem jurídico tutelado dever ser feito no artigo 5º referido, havendo, ao menos, duas possibilidades:

- a) Ser o bem jurídico tutelado a vida (bem jurídico individual), malgrado a redação do art. 5º referir-se a embrião.
- b) Tratar-se o bem jurídico protegido de uma dignidade difusa, ao passo que diz respeito a embrião, e não à vida.

Logo, há intervenção estatal máxima de difícil justificação, *telos*, o que é demasiadamente preocupante e, como já mencionado, pode levar a uma construção de Direito Penal de mera transgressão de deveres, autoritário.

Este exemplo da Lei de biossegurança é apenas um, dentre os inúmeros existentes no ordenamento jurídico, e que demonstra conduta do legislador em tutelar penalmente sem, sequer, saber-se acerca do bem jurídico tutelado.

Ao referendar tal postura, incorre a sociedade no risco do autoritarismo, da intervenção ilegítima, injustificada.

Esta conduta deve ser veementemente combatida, pois, como já explicitado, o bem jurídico é o elemento legitimador da intervenção estatal repressiva.

4. CONCLUSÃO

Assim, mediante as breves considerações expostas, espera-se ter conseguido atingir o escopo do trabalho, trazendo contribuição a tema ainda tão imbricado e atual.

A força estabilizadora do Direito Penal ainda lhe confere importante papel de repressão na Sociedade Pós-Moderna, sendo imprescindível sua utilização.

Obviamente, a utilização da intervenção repressiva extrema deve ser subsidiária, em *ultima ratio*, o que avulta o papel dos ramos não-penais no combate das infrações coletivas.

Cresce de forma principal o Direito Administrativo sancionador, através o Poder de Polícia; e de forma mais diminuta o Cível.

Percebe-se no Direito Penal Pós-Moderno um centro marcado pelo clássico conceito de intervenção pautada na proteção de bens individuais, que convive com a periferia crescente, tutelando bens transindividuais, principalmente mediante tipos de perigo abstrato e com escopo de proteção ao indivíduo na sua feição comunitária.

Há quem defenda o surgimento de um Direito Penal *em duas velocidades*; porém o fato é único: há mudança na intervenção estatal ilustrada pautada nos bens jurídicos individuais, objetivando-se a tutela dos mega-riscos, nascidos na sociedade pós-industrial e relacionados à bioética.

A responsabilidade não mais pode ser tão somente subjetiva, devendo-se também guiar pela possibilidade de responsabilização coletiva, pois os riscos com lesão transindividuais são, no mais das vezes, praticados por entes de existência ideal, como sociedades, associações e fundações - todas espécies de pessoas jurídicas.

O crescimento dos riscos no *topoi* da sociedade de riscos é contínuo, ágil, assim como o é o da ciência, da tecnologia de produção. Os bens, dantes somente individuais, passam a ser também meta-individuais.

Há uma espécie de *transindividualização* dos direitos, das lesões, com responsabilizações necessariamente coletivas.

Neste cenário pós-moderno, porém, não pode olvidar-se do ideal segundo o qual o bem jurídico ainda é o centro justificador da intervenção. É o bem jurídico quem legitima a intervenção penal, dá o seu *telos*.

A proteção do Direito Penal a bens não-individuais não deve gerar o Direito Penal de *mero descumprimento de deveres*.

A legitimação de intervenção desprovida de bens jurídicos é perigosa, danosa, deletéria ao contexto social. Através dela pode-se caminhar para uma concepção na qual àqueles que detêm o poder tipificam condutas de forma aleatória.

A construção do Estado Democrático é feita de forma lenta, gradual e desgastante. Não se pode permitir retrocessos tão patentes (princípio do não retrocesso), sendo imperioso a rechaça a essas condutas.

Cabe à sociedade manifestar-se, combater tal conduta. Assim como é patente a necessidade de adequação do Direito Penal Ilustrado, juntamente com o ordenamento jurídico, às necessidades pós-industriais, resta também factível a centralidade do bem jurídico, como garantidor do Estado de Direito, na ciência penal.

Decerto “[...] a noção de lei tem vindo a ser parcial e sucessivamente substituída pelas noções de sistema, de estrutura, de modelo e, por último, pela noção de processo. O declínio da hegemonia da legalidade é concomitante do declínio da hegemonia da causalidade” (SOUSA SANTOS, 2003, p. 52), porém, esta constatação não pode levar a um Estado arbitrário, não motivador de suas próprias razões.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradución de JORGE NAVARRO, DANIEL JIMÉNEZ e MARIA ROSA BORRÁS. Barcelona : Ediciones Paidós Ibérica, 1998.
- COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal*. Ciências Criminais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 9, n.º 33, janeiro-março de 2001, p. 39-65
- _____. *O Papel do Direito Penal na Proteção das Gerações Futuras*. 2000. p. 45-58
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal*. Série As Ciências Criminais no Século XXI. Volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Informações Verbais no Curso de Penal do Mestrado em Direito Privado da UFBA, 2006.
- PAVAJEAU, Carlos Arturo Gómez. CASTILLO, Gerardo Barbosa. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales*. Sobre um Concepto de Bien Jurídico para Colômbia. São Paulo: Lael, 1998.
- PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do Caráter Subsidiário do Direito Penal*. Lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- RODRIGUES DA SILVA, Marcelo. *Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 11, n.º 45, outubro-dezembro de 2003, p. 159-185
- SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual e Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice*. 9ª Edição. São Paulo: Cortez, 2003.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice*. 4ª Edição. São Paulo: Cortez, 2006.

O papel do Direito Penal na sociedade pós-industrial: um estudo acerca do bem jurídico

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 03 jan. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

XIV

A EVOLUÇÃO CONCEPTUAL DO CONTRATO NA SOCIEDADE PLURAL

Incidência das regras do Código de Proteção
e de Defesa do Consumidor à disciplina dos contratos de adesão

Michelline Bittencourt

Mestranda em Direito (UFBA).

RESUMO: A preocupação básica do Código de Defesa do Consumidor é o equilíbrio que deve ser mantido entre as partes de uma relação jurídica. Devido à evolução empresarial tornou-se imprescindível proteger o consumidor contra abusos e lesões ao seu patrimônio, em virtude do poder cada vez maior das empresas. O poder econômico passou a constituir a regra e deve ser exercido segundo uma função social, de serviço à coletividade. Mesmo depois da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, os princípios da tradição em termos de liberdade contratual e do *pacta sunt servanda* permanecem profundamente radicadas nos tribunais e na doutrina. As grandes instituições utilizam-se dos contratos de adesão para praticarem abusos contra os consumidores, isto por que neste tipo de contrato não há oportunidade de negociações, e devido à necessidade de adquirir o bem ou o serviço o indivíduo acaba por aceitar as condições que lhe são impostas, e que na maioria das vezes não são esclarecidas ou informadas. Os contratos de adesão são um reflexo de uma necessidade econômico-social. Como seu conteúdo tem uma determinação prévia e unilateral, cria maior ônus para o contraente fraco. O Código de Defesa do Consumidor procurando restabelecer o equilíbrio contratual específica que podem ter suas cláusulas contratuais revistas quando se tornarem excessivamente onerosas ou forem abusivas, devendo ser interpretadas de

maneira mais favorável ao consumidor, por se reconhecer a vulnerabilidade do hipossuficiente econômico diante do fornecedor na relação de consumo.

ABSTRACT: The basic care of Consumer's Protection Code is the balance that must be kept up between the parties in a juridical relation. On the ground of economy progresss becomes important to protect the consumer from violation and breach, in virtue of economic determinism. The economical power becomes the usual practice and must be consider a social function, in active service of collectivity. Even after Consumer's Protection Code promulgation, the usual leaders rules in terms of contractual liberty and of *pacta sunt servanda* remain foundly settled down in courts of justice and doctrine. The great institutions make use of adhesive contracts to prejudice consumers, because in this kind of agreement there insn't opportunity to be free to contract, for reason of the necessity to get product or service, the person have to accept the conditions that are imposed on it, and that for the most part are not cleared and informed. The adhesive contracts are reflex of a economic-social necessity. How its contents has a previous and one-sided determination creates much onus to the weak contracting party. The Consumer's Protection Code searching for to re-establish

the contractual balance, regulate that their contractual conditions can be re-examined all the times that turning to excessively onerous or were abusive, should must being interpreted favourably to consumer, because it's obvious the weakness of the economically vulnerable before furnisher in consumer's relation.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de adesão; Código de Defesa do Consumidor; equilíbrio contratual; cláusulas contratuais; hipossuficiente econômico.

KEYWORDS: Adhesive contracts; Consumer's Protection Code; contractual balance; contractual conditions; economically vulnerable.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Noções gerais de contratos – 2. Concepção histórica do contrato: do início dos tempos ao Contrato de Adesão – 3. Contrato de Adesão: 3.1 As novas feições da Escravidão; 3.2. Conceito e características; 3.3. Condições gerais do contrato X contrato de Adesão; Contrato de Adesão X Contrato por Adesão: O problema da terminologia – 4. O Código de Defesa do Consumidor e os Contratos de Adesão – 5. A Interpretação dos Contratos de Adesão – 6. Cláusulas Abusivas. Síntese Crítica – Referências.

Recorda-se ROBESPIERRE que, no final do século XVIII, se manifestou no sentido de que “*não se faz uma revolução sem uma revolução*” e foi exatamente isso o que fez a Lei nº 8.078/90 – operar uma verdadeira revolução no sistema jurídico pátrio, muito embora dela não se tenham extraído, ainda, todas as conseqüências e benefícios que poderiam advir.

INTRODUÇÃO

A preocupação em atender e preservar os interesses do consumidor sempre existiu, desde o primeiro momento em que se estabeleceu a relação comprador-vendedor. Contudo, naquela época, essa relação assumia um caráter muito pessoal, e eventual conflito circunscrevia-se à órbita privada ou individual dos litigantes, não merecendo maior relevo social.

Com o passar do tempo, todavia, em face da mudança nas relações de comércio e em razão do advento da sociedade de consumo, caracterizada pela produção em massa aliada ao imperioso crescimento da publicidade nesse campo, houve necessidade do Estado (felizmente) intervir com seu poder cogente, nas relações de consumo em que figurasse como parte o consumidor, tutelando seus interesses. Isto se deu, porque, se de um lado o consumidor, isoladamente considerado, se mostrava frágil e impotente para enfrentar as novas ofensas que lhe eram arremessadas pelo mundo moderno, de outro lado impunha-se ao Estado conferir um tratamento jurídico peculiar a esse conflito oriundo de uma relação que não mais se estabelecia no plano eminentemente individual.

A idéia de força obrigatória dos contratos significa que uma vez manifestada a vontade, as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e

não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos incontrolláveis pela vontade do homem). Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor frente à tutela jurisdicional.

Hoje em dia, em virtude do Código de Defesa do Consumidor, a vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato. É o que dizem os artigos 6º, incisos IV e V e 51, ambos do CDC.

Os contratos de adesão são os contratos já escritos, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. As cláusulas são preestabelecidas pelo parceiro contratual economicamente mais forte, sem que o outro parceiro possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito.

É evidente, que esses tipos de contrato trazem vantagens às empresas; mas, ninguém duvida de seus perigos para os contratantes hipossuficientes ou consumidores. Estes aderem sem conhecer as cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboraram e na proteção que, esperam, lhes seja dada por um Direito mais social.

Esta confiança nem sempre encontra correspondente no instrumento contratual elaborado unilateralmente, porque as empresas tendem a redigi-los da maneira que mais lhe convém, incluindo uma série de cláusulas abusivas e sem equidade, restritivas de direito.

A jurista e pesquisadora Cláudia Lima Marques¹, presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, diz que, nos contratos de adesão “... *limita-se o consumidor a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifestada pela empresa no instrumento contratual massificado*”.

Apesar dos abusos, os contratos de adesão são cada vez mais comuns na vida contemporânea. Como geram grande desigualdade nas relações de consumo entre

1. MARQUES, Cláudia Lima Marques. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. Revista dos Tribunais, 1992, página 31.

as partes contratantes devido ao mau uso, é fundamental para o livre desenvolvimento econômico da sociedade brasileira, procurar soluções para este desequilíbrio social e fazer valer a Lei de Defesa do Consumidor.

1. NOÇÕES GERAIS DE CONTRATOS

O conceito moderno do que hoje se conhece como contrato foi formado em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais se pode destacar a canonista e a Escola do Direito Natural.

Os canonistas influem na medida em que atribuíam relevância ao consenso e à fé jurada. Preconizavam que a vontade é fonte de obrigação, abrindo os caminhos para a formulação dos princípios da autonomia da vontade e do consensualismo.

Já a Escola do Direito Natural, bastante racionalista e individualista, contribui para a formação do conceito de contrato quando defendia que as obrigações encontravam seus fundamentos na vontade livre dos contratantes, isto é, bastava o consentimento para obrigar.

À época do liberalismo econômico, havia a concepção do contrato como o reflexo do desenvolvimento do mercado de capitais, que deve funcionar livremente, sem a ingerência estatal.

O desequilíbrio nas relações contratuais tornou-se latente, pois não havia forma de controle estatal até então. Para compensar tal situação, o Estado, intervindo e ditando a economia, editou diversas e abundantes leis que deram tratamento especial a determinadas categorias, compensando juridicamente a sua frágil posição contratual, proibindo a inserção de determinadas cláusulas e, em algumas vezes, a sua autorização.

A política interventiva estatal atingiu, por sua vez, o contrato, ao restringir a liberdade de contratar, na tríade liberdade de celebrar contrato, liberdade de escolher com quem contratar e liberdade de conteúdo. Nos contratos contemporâneos, que se realizam em série, a preocupação é a defesa dos aderentes, mediante normas legais que proibam cláusulas iníquas, até porque as regras de declaração de vontade e os vícios do consentimento quase não se aplicam.

O contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes. É, portanto, um negócio jurídico bilateral ou plurilateral.

No que concerne ao conteúdo do contrato, há duas correntes: a subjetivista e a objetivista. Os subjetivistas alegam que o conteúdo do contrato é composto pelos direitos e obrigações das partes, sendo fonte de relações jurídicas, sem ser ato propulsor das relações obrigacionais. Já os objetivistas acham que o conteúdo é composto de preceitos com substância normativa, visando vincular a conduta das partes.

A vida econômica desdobra-se através da vasta rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos para que regulem seus interesses. Tem, portanto, o contrato uma grande variedade de funções econômicas, dentre as quais promover a circulação de riquezas, a colaboração, a conservação, a prevenção de riscos, a concessão de créditos e outras.

A função econômico-social foi consagrada no contrato, sustentando-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, em razão de sua função econômico-social, isto é, o contrato deve ser socialmente útil, de modo que haja interesse público na sua tutela.

2. CONCEPÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO: DO INÍCIO DOS TEMPOS AO CONTRATO DE ADESÃO

Não se pode fixar, ao logo da história, uma data específica de surgimento do contrato, dado que a sua ocorrência confunde-se com a própria evolução moral da humanidade, a determinação de uma data ou de um período predefinido seria pura formulação de alquimia jurídica, sem validade científica. Pode-se buscar, sim, um período em que a sua sistematização jurídica se tornou mais nítida, mais detectável pelo estudioso do direito ou pelo investigador da história.

No Direito Romano, atribui-se a GAIO² a catalogação das fontes de obrigações, dentre as quais se incluía o contrato como uma delas.

2. *“Deve-se ao jurisconsulto GAIO o trabalho de sistematização das fontes das obrigações, desenvolvidas posteriormente, nas Institutas de Justiniano, que seriam distribuídas em quatro categorias de causas eficientes:*
 - a) o contrato – compreendendo as convenções, as avenças firmadas entre duas partes;
 - b) o quase-contrato – tratava-se de situações jurídicas assemelhadas aos contratos, atos humanos lícitos equiparáveis aos contratos, como a gestão de negócios;
 - c) o delito – consiste no ilícito dolosamente cometido, causador de prejuízo para outrem;
 - d) o quase-delito – consistente nos ilícitos em que o agente atuou culposamente, por meio de comportamento carregado de negligência, imprudência ou imperícia” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. v. II, p. 25).

Todavia, foi na época clássica que se começou a introduzir efetivamente o elemento do acordo contratual no conceito de *contractus*, assim se alcançando o conceito técnico e mais estrito de contrato, como ‘contrato obrigacional’³.

Não foi em Roma, contudo, que se deu o surgimento do negócio jurídico contratual. O fato de o Direito romano ter sido a principal fonte histórica dos sistemas jurídicos ocidentais, não significa que todos os institutos hodiernamente conhecidos tenham sido forjados, pela primeira vez na história da humanidade, em seus cadinhos de normas.

Em geral, a doutrina costuma iniciar a investigação histórica de um instituto em Roma, muito embora o berço da civilização houvesse sido forjado na Grécia, Estado que não prescindia de uma ordem jurídica.

O próprio ORLANDO GOMES, magistral civilista baiano, citando BONFANTE, lembra que “*não é no direito romano que se deve buscar a origem histórica da categoria que hoje se denomina contrato.*”

Em verdade, arremata o ilustre autor, a moderna concepção de contrato, como se concebe hoje, consistente “*em um acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem*”, somente se esclarece à luz da ideologia individualista típica do regime capitalista de produção⁴.

Cada sociedade, juridicamente produtora, cada Escola doutrinária desde os canonistas, passando pelos positivistas e jusnaturalistas – contribuíram, ao seu modo, para o aperfeiçoamento do conceito jurídico do contrato e de suas figuras típicas. A contribuição inegável foi dada pelo movimento iluminista francês, o qual, segundo uma escancarada vocação antropocêntrica, firmara a vontade racional do homem como o centro do universo, determinando, assim, uma supervalorização da força normativa do contrato – levada às últimas conseqüências pela consagração fervorosa do *pacta sunt servanda*.

A elevação da autonomia privada à categoria de dogma, calcada na mencionada visão antropocêntrica e patrimonialista, refletiu-se amplamente em toda a concepção dos contratos até o final do século XIX e início do seguinte.

Essa tendência individualista, entretanto, acabaria por gerar sérios desequilíbrios sociais, somente contornados pelo dirigismo contratual do século XX, reflexo dos movimentos sociais desencadeados na Europa Ocidental, e que recolocariam

3. KASER, Max. **Direito Privado Romano** (Römisches Privatrecht). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 225.

4. GOMES, Orlando. **Contratos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6.

o homem na sociedade, retirando-o do pedestal a que ascendera, após a derrocada do Antigo Regime, quando pretendeu assumir o lugar de Deus ⁵.

O contrato sofreu sensível transformação ao longo do século XX, havendo experimentado um inegável *processo de solidarização social*, adaptando-se à sociedade de massa que se formava ⁶.

Nos últimos cinquenta anos, com o incremento da atividade industrial, o avanço tecnológico e o aquecimento dos mercados de consumo, o princípio da igualdade formal entre as partes contratantes – baluarte da teoria clássica contratual e que sempre serviu de lastro à regra (até então absoluta) do *pacta sunt servanda* – começou a enfraquecer, descortinando falhas no sistema social, e, sobretudo, afigurando-se, em muitos casos, como uma regra flagrantemente injusta.

No dizer de PAULO ROBERTO NALIN, culto professor no Paraná ⁷:

O homem contratante acabou, no final do século passado e início do presente, por se deparar com uma situação inusitada, qual seja, a da despersonalização das relações contratuais, em função de uma preponderante massificação, voltada ao escoamento, em larga escala, do que se produzia nas recém-criadas indústrias.

Nos dias que correm, em que a massificação das relações contratuais subverteu radicalmente a balança econômica do contrato, a avença não é mais pactuada entre os iguais, mas converteu-se, na grande maioria dos casos, em um negócio jurídico *standardizado*, documentado em um simples formulário, em que a uma

5. Nesse sentido, é pertinente a observação de MÁRIO LÚCIO QUINTÃO SOARES e LUCAS ABREU BARROSO: “Uma das projeções da livre iniciativa é a liberdade de participação na economia, corroborando o capitalismo enquanto modelo econômico adotado, que traz consigo todas as mazelas e formas de exclusão que lhe não inerentes, mas que deverá, antes de tudo, respeitar os valores sociais do trabalho, juntamente com a livre iniciativa na posição de fundamento do Estado e preceito da ordem econômica, visando compatibilizar o regime de produção escolhido (capital, lucro), a dignidade da pessoa humana e a dimensão econômico-produtiva da cidadania” (SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares; BARROSO, Lucas Abreu. Os Princípios Informadores do Novo Código Civil e os Princípios Constitucionais Fundamentais: Lineamentos de um Conflito Hermenêutico no Ordenamento Jurídico Brasileiro, **Revista Brasileira de Direito Privado**, n. 14, p. 53, abril/junho de 2003).
6. Com absoluta propriedade, LEONARDO MATTIETO observa, nesse particular, que: “Nas palavras emblemáticas de Ripert, ‘o contrato já não é ordem estável, mas eterno vir a ser’. A noção de liberdade contratual havia sido construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía à vontade o papel de criar direitos e obrigações. A força obrigatória do contrato era imposta como corolário da noção de direito subjetivo, do poder conferido ao credor sobre o devedor. Com a evolução da ordem jurídica, já não tem mais o credor o mesmo poder, o direito subjetivo sofre limites ao seu exercício e não compete aos contratantes, com exclusividade, a autodeterminação da lex inter partes, que sofre a intervenção do legislador e pode submeter-se à revisão pelo juiz”. (MATTIETO, Leonardo, O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 175).
7. NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional**. Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2002. v. II, p. 109.

parte (mais fraca) incumbe aderir ou não à vontade da outra (mais forte) sem possibilidade de discussão de seu conteúdo.

Na modernidade, o princípio da igualdade formal, até então considerado absoluto, converteu-se em princípio da hipocrisia.

Contratos de cartões de crédito, de fornecimento de água e luz, de telefonia fixa ou celular, de empréstimo, de seguro, de transporte aéreo, terrestre ou marítimo, de financiamento habitacional, de alienação fiduciária, de consórcio, de leasing, de franquia, de locação em *shopping center*, de concessão de serviços públicos, de serviços via Internet, de TV a cabo, enfim, as mais importantes figuras contratuais são pactuadas, hoje, sob a forma de contrato de adesão, modalidade contratual forjada no início do século XX, e cuja especial característica consistiria exatamente no fato de apenas uma das partes ditar o seu conteúdo, redigindo as cláusulas, impondo-se a outra, portanto, aceitar ou não a proposta que lhe fora apresentada.

Coincidência ou não, essa “faculdade de aderência”, reservatório último da liberdade negocial e que resguarda, em última trincheira, a característica da ‘bilateralidade negocial’, coloca o aderente em situação pouco confortável, visto que, regra geral, a parte adversa, criadora da moldura contratual, detém, quase sempre, avassalador poder econômico ou o monopólio de um serviço considerado essencial ⁸.

Deve-se reconhecer, por outro lado, que a despeito de sua suscetibilidade às expansões do poder econômico, o contrato de adesão, desde que concebido segundo o superior princípio da função social, e pactuado em atenção ao mandamento constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana, é um instrumento necessário, e, economicamente útil, considerando-se o imenso número de pessoas que pactuam, dia a dia, repetidamente, negócios da mesma natureza, com diversas empresas ou com o próprio Poder Público ⁹.

8. Realçando esse nítido sufocamento da vontade, GEORGES RIPERT, ao analisar o contrato de adesão é peremptório: “*Que há de contratual neste ato jurídico? É na realidade a expressão de uma autoridade privada. O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte venha a se aplicar. O aderente entre neste círculo estreito em que a vontade da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe isso: tu quiseste. A não ser que não viaje, que não faça seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use de transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar*”. (RIPERT, Georges. **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**. Campinas – SP, 2000, pp. 112-113).

9. Com maestria, o mesmo RIPERT preleciona no sentido:

“Não se trata, é claro, dum desfavor lançado em bloco sobre todos os contratos de adesão, pelo contrário, a generalidade, a permanência, a rigidez, que se descobre nestes contratos são as mais seguras garantias de sua utilidade...”

A nocividade dessa figura contratual está muito mais ligada ao abuso desta técnica de contratação do que propriamente à sua dinâmica de elaboração, que, tornou-se necessária em uma sociedade massificada, sem prejuízo, porém, da coexistência, em menor escala, de situações fáticas em que a igualdade material das partes impõe o reconhecimento da aplicação de preceitos disciplinadores tradicionais de autonomia privada.

De fato, a mesma sociedade que contrata em massa e exige respostas imediatas e praticamente padronizadas para demandas repetidas, não pode desprezar o ser humano, enquanto indivíduo, com liberdade e consciência, que busca a forma adequada e segura para o cumprimento de sua livre e consciente vontade.

Conjugar esses dois interesses, que aparentemente se chocam de forma diametral, é um dos grandes desafios do civilista da modernidade.

3. CONTRATO DE ADESÃO

3.1. As novas feições da Escravidão

As relações contratuais nos dias atuais, especialmente as relações de consumo, são fortemente influenciadas pela economia de mercado, reflexo do processo de globalização enfrentado por toda a sociedade contemporânea.

O Direito não existe de per si, isolado, como em uma cúpula de vidro. Não existe uma autopoiese absoluta no sistema jurídico, isto é, o Direito não consegue se portar de maneira independente frente aos demais subsistemas normativos éticos. A economia é, portanto, uma das maiores influenciadoras no desenvolvimento jurídico.

Guarda a economia intrínseca relação com os contratos de consumo. O consumo depende do desenrolar da economia de mercado, tendo em vista que os contratos são instrumentos de circulação de riquezas.

Como exigência desse mundo econômico e globalizado, surgem os contratos de adesão, como forma de proporcionar maior uniformidade, rapidez, eficiência e dinamismo às relações contratuais, especialmente as de consumo. O mundo

(...)
A vontade que se afirma e trai a si outras vontades representa um poder econômico indispensável à vida de um país.
E arremata:
“São os abusos deste poder econômico que é necessário impedir” (Georges Ripert, **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**, Campinas – SP, 2000, p. 116).

contemporâneo não suportaria que todos os contratos de consumo ainda fossem paritários, isto é, ensejassem uma discussão prévia entre o consumidor e o fornecedor.

Surgem, portanto, os contratos de adesão, como uma necessidade do mundo globalizado, apesar de já existir há algum tempo, especialmente na Itália.

Não há como se deixar de reconhecer a importância alcançada pelos contratos celebrados pelas instituições financeiras (bancárias, financeiras, securitárias e de oferecimento de crédito) no mundo contemporâneo. Tais contratos popularizaram-se, sendo acessíveis, a qualquer cidadão, por menor renda de que disponha, o que demonstra a dimensão coletiva assumida por tais relações jurídicas.

São negócios jurídicos de adesão por excelência, com condições gerais impostas pelas instituições fornecedoras, em termos quase inacessíveis à larga maioria dos consumidores.

Entretanto, o contrato de adesão traz consigo um perigo, que é a existência de cláusulas abusivas, nas quais apenas uma das partes, isto é, aquele que está propondo a aderência a toda a proposta, sai beneficiado em relação ao aderente.

Como forma de suprir um pouco essa deficiência no controle das cláusulas abusivas nos contratos de adesão, surgiu, entre nós, a Lei 8.078, de 1990, mais conhecido como Código de Defesa do Consumidor, que tem como destinação primordial a salvaguarda dos direitos do consumidor nas relações contratuais de consumo.

CARLOS ALBERTO BITTAR, sensível a nova perspectiva de que a ‘escravidão’, hoje, tem novas feições, assinala:

Na ânsia de prover a exigências pessoais ou familiares – portanto, sobre a pressão da necessidade – os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo, de regras para a sua celebração, de que dispõem as grandes empresas, face à força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas. A vontade individual fica comprimida; evidencia-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se esta à aceitação, pura e simples, em bloco, do negócio (contrato de simples adesão).

3.2. Conceito e características

Define-se o contrato de adesão como o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos da relação sucede pela aceitação em bloco de uma série

de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas.

O contrato de adesão caracteriza-se por permitir que seu conteúdo seja pré-construído por uma das partes, eliminada a livre discussão que precede normalmente à formação dos contratos.

Primeiramente, pode-se destacá-lo como um negócio jurídico bilateral, formado pelo concurso de vontades - restrito, mas existente. Em sua formação, apresenta-se como a adesão alternativa de uma das partes ao esquema contratual traçado pela outra, inexistindo as negociações preliminares e modificação de cláusulas, próprias dos contratos paritários.

Há um esquema contratual constituído por uma série de cláusulas ou condições destinadas a normatizar a seqüência de relações jurídicas contratuais. Essas cláusulas são caracterizadas pela generalidade, uniformidade e abstratividade.

O conteúdo desses contratos tem uma determinação prévia e unilateral, sendo as cláusulas redigidas antecipadamente por um dos sujeitos da relação.

Os contratos de adesão representam uma oposição à idéia do *contrato paritário*, pois enquanto esse *significa igualdade entre as partes*, naqueles há uma aparência de imposição de vontade. Não pretende se dizer com isso que inexista a autonomia da vontade no contrato de adesão, pois ainda resta a liberdade de contratar, mas é observável que essa autonomia é bastante limitada.

A maioria dos contratos de consumo realiza-se por adesão, significando uma redução de custos, uma uniformidade de tratamento e uma racionalização contratual. Dentro do princípio capitalista, deve-se buscar o máximo de lucros com o mínimo de custos, e isso se aplica aos contratos de consumo, tendo em vista que seriam excessivamente onerosas as relações se em cada uma delas houvesse uma prévia deliberação.

A função do contrato de adesão é, portanto, agilizar os negócios jurídicos, democratizando as relações negociais, possibilitando que um maior número de contratantes tenha acesso aos bens. É uma função estreitamente relacionada à vida econômica e social.

Há, entretanto, desvantagens no contrato de adesão. E ele normalmente só é lembrado, debatido e estudado em função dessas desvantagens conhecidas como cláusulas abusivas. Normalmente, essas cláusulas não são percebidas e identificadas no momento de contratar, isto é, o aderente normalmente não tem idéia do que está acordando.

No concernente à formação do contrato de adesão, existem duas posições: uma alega que este é ato unilateral, e, outra, ato de manifestação de vontade.

Segundo a primeira opinião, no contrato de adesão as cláusulas são pré-estabelecidas, não existindo livre manifestação da vontade, ficando, portanto, a vontade do aderente restrita à vontade do predisponente. Por essa razão, entendem que tal relação não seja contratual, tendo em vista a falta do requisito básico da livre manifestação da vontade.

Já para a corrente dos contratualistas, que entendem existir manifestação de vontade no contrato de adesão, o aderente participa da relação manifestando sua vontade no ato da contratação, tendo sob esse aspecto bilateralidade.

A opinião majoritária entende que, apesar de ver restringida sua liberdade de deliberar sobre o conteúdo dos contratos, o aderente ainda tem a liberdade de contratar, isto é, ainda tem para si reservada a garantia de manifestação de sua vontade própria.

3.3. Condições gerais do contrato X Contrato de Adesão; Contrato de Adesão X Contrato por Adesão: o problema da terminologia

Não obstante todas as discussões, estudos e debates acerca da natureza, da formação, constituição, conceito e características dos contratos de adesão, ocorre ainda uma célere discussão acerca da terminologia do contrato de adesão: uma, para diferenciá-lo das condições gerais do contrato; outra, distingue-os dos contratos por adesão.

A figura jurídica do contrato de adesão apresenta-se sob duplo aspecto, conforme o ângulo no qual seja focalizada. Analisando na perspectiva da formulação das cláusulas por uma das partes, de modo uniforme e abstrato, denominam-se condições gerais do contrato.

Quando analisado no plano efetivo, já tomado corpo na eficácia jurídica, é chamado contrato de adesão, sendo analisado no prisma do modo por que se formam as relações jurídicas bilaterais. Vê-se, pois, que condições gerais do contrato e contrato de adesão representam dois momentos cronologicamente diversos, mas inseridos em um mesmo fenômeno.

Enquanto não ingressam no comércio jurídico, tais condições não têm interesse prático ou dogmático. Por seu turno, o comportamento do cliente que provoca a formulação de uma relação concreta somente reveste significação particular se implica adesão às condições gerais previamente estatuídas pelo empresário.

Não há como se precisar qual dos momentos é mais importante ou relevante. Pode-se afirmar, sim, que são necessários, tanto se podendo batizar fenômeno com o nome de contrato de adesão ou de condições gerais do contrato.

No Brasil, profundamente influenciado pela doutrina francesa, há uma maior utilização do termo contrato de adesão, expressão igualmente consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Quanto à segunda questão que foi suscitada, cabe distinguir os contratos de adesão dos contratos por adesão. Na verdade, segundo o Código de Defesa do Consumidor, não há qualquer diferenciação entre os dois termos. Essa é também a posição da doutrina brasileira.

Entretanto, encontram-se exemplos, até jurisprudencialmente, de diferenças entre os dois termos. Contrato de adesão seria aquele em que o consumidor só teria uma empresa para buscar o produto, então o consumidor não poderia fugir daquele contrato, sendo uma espécie de monopólio.

Já o contrato por adesão seria exatamente aquele em que haveria outras opções para o contratante aderir, isto é, apesar de não deliberar com ninguém previamente, possuía diversas opções para aderir, por exemplo, os cartões de crédito.

Essa ‘opção’ que o consumidor possuía com os contratos por adesão dava margem à existência de inúmeras cláusulas abusivas, e as empresas se eximiam alegando que o consumidor tinha outras opções, mas aderiu àquelas cláusulas.

Talvez, em virtude disso, nossa doutrina majoritária adote exclusivamente o termo contrato de adesão, sem distingui-lo do contrato por adesão, posição que foi adotada também pelo Código de Defesa do Consumidor.

4. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CONTRATOS DE ADESÃO

Sensível às transformações operadas na sociedade, a Carta Política de 1988 agasalhou a proteção jurídica do consumidor, incorporando em suas normas programáticas as recentes tendências do direito público moderno, consubstanciada no inciso XXXII do artigo 5º, *in verbis*: “*O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*”

Importante passo estava sendo dado pelo legislador constituinte e, mais tarde, viria a lume a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, conhecida que ficou como o Código de Defesa do Consumidor.

Este diploma legal – tão criticado, quanto aclamado – constitui-se em poderosa ferramenta de cidadania. Estabelece normas de proteção e defesa daquele que se reconheceu como sendo a parte vulnerável em uma relação de consumo: o consumidor.

A Constituição da República de 1988, assim como o fizeram outras constituições, notadamente a da Espanha e a de Portugal, reconhecendo e assimilando essas novas tendências mundiais, e pela primeira vez no Brasil, elevou à condição de princípio constitucional a proteção jurídica aos interesses do consumidor. Nela, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor¹⁰ tem as suas origens.

A Lei nº 8.078/90, em verdade, tem vocação constitucional que materializa princípios contidos dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º, XXXII, CF/88) e os da ordem econômica e social (art. 170, V, CR/88).

Visa à equiparação dos sujeitos que integram uma relação jurídica de consumo, visto reconhecer a vulnerabilidade e a hipossuficiência, *lato sensu*, do consumidor diante do fornecedor, em um mundo globalizado e em uma sociedade absolutamente tomada por relações contratualizadas. Fundamenta-se no princípio maior da igualdade entre todos. Igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento.

Eis, a *ratio essendi* do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: Este Código existe justamente porque o consumidor é *vulnerável* e, não por acaso, o reconhecimento dessa vulnerabilidade (especialmente sob o aspecto técnico) constitui o princípio primeiro a orientar a Política Nacional das Relações de Consumo, inscrito no artigo 4º, da Lei nº 8.078/90.

Analisando o seu contexto normativo, constata-se que rompe, em alguns pontos, com os esquemas tradicionais, para dotar o consumidor de um sistema protetivo adequado. Dentre outros temas, o Código prevê um regime de informações claras e precisas ao consumidor; veda as práticas comerciais consideradas abusivas; define e regula os contratos denominados de adesão; inverte o ônus da prova em prol do consumidor.

10. Oportuno o magistério do professor JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, quando afirma que “a expressão defesa do consumidor posta no texto constitucional, em três oportunidades, tem uma abrangência maior do que as da sua significação etimológica e não possui significado autônomo. Ela está vinculada a um momento histórico vivido pela Nação que, ao ser analisado pelo jurista, revelou a necessidade de se proteger as relações de consumo, como já vinham fazendo, desde muito tempo, outras Nações. Os referidos vocábulos, compreendidos de forma vinculada e sistêmica, expressam uma realidade presente na universalidade formada pelos fatos e que necessita ser regulamentada. Os efeitos a serem produzidos pela irradiação de suas forças não podem sofrer limitações, sob pena de se restringir, sem autorização constitucional, a sua real eficácia e efetividade. O sentido dessa normatividade constitucional é, portanto, de defender, em toda a sua extensão, o consumidor, protegendo-o, em qualquer tipo de relação legal de consumo, de ações que desnaturam a natureza jurisdicional desse tipo de negócio jurídico.

É louvável a existência desse Código, apesar de extremamente retardatário, de modo que a sua edição veio atender a uma demanda crescente dos consumidores, face à existência dos contratos de adesão e das muitas cláusulas dotadas de abusividade embutidas nos contratos, notadamente na espécie contratual objeto desse estudo.

Quanto à interpretação dos contratos de adesão, a regra geral é que se interprete o contrato, especialmente as suas cláusulas dúbias, contra aquele que redigiu o instrumento.

É que se tratando de uma relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, tem-se que as cláusulas contratuais deverão ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

Como nos contratos de adesão o consumidor tem de aceitar em bloco as cláusulas preestabelecidas pelo fornecedor, na maioria das vezes, sequer lê completamente o instrumento contratual ao qual vai aderir. Portanto, deve existir um “dever de transparência” nas relações de consumo. Assim, o consumidor deve ser informado, deve ter a oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato. Além disso, o contrato de adesão deverá ser redigido de tal forma a possibilitar a sua compreensão pelo ‘homem comum’.

Ripert¹¹, em sua obra, *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*, analisando a concepção da vontade soberana das partes, exaltando suas virtudes, mas desnudando suas mazelas, lançou seu protesto e perplexidade sobre tal tipo de contrato, dizendo que há sempre uma espécie de vício permanente do consentimento, revelado pela própria natureza do contrato. O ilustre mestre francês dizia que:

O único ato de vontade do aderente consiste em colocar-se em situação tal que a lei da outra parte é soberana. E, quando pratica aquele ato de vontade, o aderente é levado a isso pela imperiosa necessidade de contratar. É uma graça de mau gosto dizer-lhe: tu quiseste. A não ser que não viaje, não faça um seguro, que não gaste água, gás ou eletricidade, que não use transporte comum, que não trabalhe ao serviço de outrem, é-lhe impossível deixar de contratar.

É sabido que existem alguns requisitos para a validade dos contratos de adesão. O consumidor tem que ter sido informado pelo fornecedor das condições gerais do contrato, anteriormente à assinatura (ou no mínimo no momento) do contrato. É necessário que o “homem comum” possa ler e entender o que significam aquelas cláusulas, quais as obrigações e os direitos que está aceitando. Os textos longos,

11. RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis* (La Règle Morale dans les Obligations Cíveis). 1925, p. 105.

impressos em letras pequenas, de difícil leitura, impressos no verso de documentos não satisfazem a exigência de maior transparência do Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º “caput” e art. 36 do CDC).

Os contratos de adesão servem principalmente aos interesses do estipulante, que fixa de forma unilateral as condições do negócio jurídico e procura por muitos meios e inúmeras cláusulas, de forma explícita, e, às vezes implícita, resguardar preferentemente seus interesses, eliminar para si todos os riscos, diminuir os casos e a extensão de sua responsabilidade, fixar ao outro prazos exíguos para prática de atos, a manifestação de vontades ou o exercício de direito; nada prevê contra si mas cria taxas, comissões, sanções, penas e multas, pelo mínimo descumprimento por partes do aceitante.

Os contratos de adesão servem de bom exemplo para evidenciar a superioridade de uma parte sobre a outra, superioridade intelectual, econômica social e jurídica.

Isso porque, quanto a esses contratos, deve-se sempre perquirir se o consumidor ao aderir conhecia o conteúdo ou a extensão da cláusula que lhe é prejudicial ou mesmo sabendo que era, não teve sua vontade reduzida pela necessidade de contratar.

Assim, a relação de consumo que é formada de um lado por um fornecedor de serviços e, de outro lado, por um consumidor destinatário final de tais serviços, deve ser regida prevalentemente pelas normas do Código de Defesa do Consumidor que são de ordem pública e interesse social (artigo 1º do CDC), e inderrogáveis pela vontade das partes.

Como visto, os contratos nas relações de consumo, principalmente os de adesão, largamente utilizados, não podem ser considerados como um assunto de interesse restrito e exclusivo das partes, uma vez que são do interesse de todos, pois todos estão potencialmente expostos a se sujeitar a eles. Assumem, então, uma feição coletiva que interessa à sociedade controlar.

Por isso, o CDC estabelece um patamar de lealdade e de controle em que a boa-fé passa a ser, objetivamente, um pensar não só em si mesmo, ou, em como se poderão transferir riscos profissionais próprios para o outro parceiro através de um contrato, mas sim pensar que o parceiro – consumidor -, também tem expectativas legítimas. Ou seja, que a relação que se forma entre o fornecedor e o consumidor não serve somente às vantagens do primeiro, mas também a que o outro atinja o fim previsto no contrato que resultou de um prévio encontro entre os dois.

5. A INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE ADESÃO

Pela sua característica limitadora da liberdade contratual, pelo menos na concepção clássica, a interpretação do contrato de adesão¹² realmente não se poderia dar da mesma forma que um contrato paritário tradicional.

O novo Código Civil brasileiro, em preceitos sem correspondência na codificação anterior, estabeleceu duas regras disciplinadoras da interpretação de tais avenças, a saber:

Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O art. 423 assegura aquilo que se convencionou chamar de interpretação *contra stipulatorem* ou *contra proferentem*. Trata-se de regra que visa resguardar

12. Sobre a interpretação dos contratos de adesão, vale transcrever a magistral lição de ORLANDO GOMES:

“A questão da natureza jurídica do contrato de adesão, tem importância prática para sua interpretação. Indaga-se, com efeito, se deve ser interpretado como a lei, ou como o contrato. Tido como expressão do poder normativo das empresas, é óbvio, que se lhe não aplicam as regras de interpretação dos contratos. Mas, mesmo que possua natureza contratual, a singularidade da sua estruturação não permite seja interpretado do mesmo modo que os contratos comuns, porque é relação jurídica em que há predomínio categórico da vontade de uma das partes. É de se aceitar, como diretriz hermenêutica, a regra segundo a qual, em caso de dúvida, as cláusulas do contrato de adesão devem ser interpretadas contra a parte que as ditou. Cabe, no entanto, uma distinção à raiz de ponderações feitas por Dereux, comumente datilografadas ou manuscritas, e as cláusulas acessórias, geralmente impressas. As primeiras estipulam-se particularizadamente e comportam, às vezes, certa margem de liberdade no seu ajuste e até alguma variação. As outras são inalteráveis e uniformes, razão por que a parte aderente, geralmente, conhece mal o seu teor e alcance. Acontece que freqüentemente as cláusulas acessórias alteram profundamente a essência do contrato, tirando, muitas vezes, grande parte de sua utilidade, ou sendo muito rigorosas e, até, draconianas. Cabe ao juiz impedir que seus efeitos se produzam, não permitindo que desvirtuem o espírito das cláusulas essenciais ou que tenham eficácia se não forem conhecidas suficientemente pela parte aderente. Aplica-se a regra de hermenêutica, segundo a qual devem ser interpretadas a favor do contratante que se obrigou por adesão. Outra regra a observar é que se houver incompatibilidade entre as cláusulas impressas e cláusulas acrescentadas ao formulário, prevalecem estas.

*Não se conclua, daí, que a intervenção judicial na aplicação dessas regras é livre. Se fosse, a insegurança dominaria os contratos de adesão. O poder do juiz – poder moderador – deve ser usado conforme o princípio de que os contratos devem ser executados de boa-fé, de tal sorte que só os abusos e deformações sejam coibidos. A exagerada tendência para negar força obrigatória às cláusulas impressas é, de todo em todo, condenável até porque não deve o juiz esquecer que certas cláusulas rigorosas são necessárias à consecução dos fins perseguidos pelos contratos de adesão em série” (GOMES, Orlando. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 6.)*

a posição do aderente, em relação a cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se a interpretação que mais o beneficie, justamente porque o ofertante está em situação mais vantajosa.

Tal procedimento, outrora admissível somente em contratos estabelecidos em microssistemas jurídicos, conforme visão tradicional, já encontrava respaldo jurisprudencial e, agora, *lege habemos*¹³.

Já a regra do art. 424 é, a toda evidência, decorrente das limitações lembradas no subtópico anterior, quais sejam, os princípios da função social do contrato, proibidade e boa-fé. Visa, pois, impedir que a renúncia antecipada de direito prejudique a parte aderente.

Vale registrar, porém, que no campo dos contratos de adesão, a doutrina faz distinção entre a natureza de suas cláusulas.

Nesse sentido, SILVIO RODRIGUES¹⁴:

Também, através, da atividade judiciária tentou-se minorar os efeitos porventura funestos do contrato de adesão. Por meio da interpretação de cláusulas do negócio procurou a jurisprudência evitar a exploração de uma parte pela outra. Regras de hermenêutica, aplicadas sensatamente, alcançaram, por vezes, tal efeito. Mencionando-se as principais, tem-se:

- a) na dúvida o contrato deve ser interpretado contra quem o redigiu;
- b) deve-se distinguir entre as cláusulas principais e acessórias, entendendo-se que estas não têm a mesma força vinculante daquelas, pois decerto chamaram menos a atenção do contratante;
- c) as cláusulas impressas, por isso que chamam menos a atenção, devem ser preferidas às manuscritas, pois estas revelam o propósito de revogar as primeiras. Aliás, escritores há que sugerem sejam tais condições desprezadas, solução que não pode ser acolhida, dado seu exagero”.

13. “AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE COBERTURA MÉDICO-HOSPITALAR (SEGURO-SAÚDE). CLÁUSULA DE EXCLUSÃO DE DOENÇA. CONTRATO DE ADESÃO. INTERPRETAÇÃO A FAVOR DO ADERENTE. “A interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de tratamento de determinadas moléstias, reclama o reexame de cláusulas contratuais e dos fatos da causa, procedimentos defesos no âmbito desta Corte, a teor de seus verbetes 5 e 7 (Resp n. 222.317-SP, relator em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira). Estabelecida a premissa acerca da dubiedade da cláusula inserta em contrato de adesão, deve ela ser interpretada a favor do aderente. Recurso especial não conhecido” (STJ, Resp 222. 148/SP, Recurso Especial (1999/0059652-8), DJ, 30-6-2003, p. 250, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, data da decisão 1-4-2003, 4ª Turma).

14. RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v. 3, p. 45.

6. CLÁUSULAS ABUSIVAS

O contrato, ainda enquanto unilateral, isto é, condições gerais do contrato, é defensivo de interesses, predefine cláusulas e ingressa como proposta para negociação, a que o acolhimento dos interesses imprime, verdadeiramente, o feitio de contrato.

O código tem por fim estabelecer o equilíbrio contratual, invocando o princípio da boa-fé e da equidade, ou seja, da função social do contrato. Prevê-se e busca-se um regime protetivo onde a Administração pública e a privada possam equilibrar as relações de consumo, principalmente com a proscrição de cláusulas abusivas em contrato de adesão.

Os contratos de adesão, reflexos da necessidade económico-social e da realidade de um mundo globalizado, apresentam inúmeras vantagens, possibilitando a uniformidade, a redução dos custos, a racionalização contratual.

Entretanto, sabe-se também que existem desvantagens para os contratos de adesão, dentre as quais o quase infinito número de cláusulas abusivas. Esse é o grande problema do contrato de adesão, o motivo pelo qual ele é mais lembrado e criticado, é que ele dá margem às cláusulas abusivas, que colocam o consumidor em desvantagem, incompatíveis com a boa fé. Esse é o momento de intervenção do Estado por via legislativa, administrativa ou jurisprudencial, para proteger os consumidores, tornando nulas essas cláusulas dotadas de abusividade.

A previsão de nulidade das cláusulas abusivas está prevista no artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que elenca em seus incisos algumas dessas cláusulas.

Abusiva é a previsão da irresponsabilidade por vícios e defeitos de qualidade, isto é o produtor ou fornecedor não pode se eximir de sua responsabilidade em havendo quaisquer vícios ou defeitos de qualidade.

O consumidor não pode também abrir mão de seu direito de reembolso das parcelas já pagas em caso de rescisão, sendo considerada uma hipótese de abusividade. Não se pode admitir também que se transfira a responsabilidade contratual a terceiros. Essa prática, apesar de comum, é abusiva.

Sabe-se que o ônus da prova da veracidade da informação ou comunicação publicitária cabe a quem patrocina, logo esse ônus não pode ser transferido ao consumidor. Não se pode, também, por exemplo, exigir representante para concluir

ou realizar negócio pelo consumidor, como tem acontecido comumente com os contratos de *leasing*.

O Código proíbe, da mesma forma, o arrependimento unilateral, isto é, a cláusula que deixa ao fornecedor a obrigação de concluir ou não o contrato. Veda também que os reajustes nos preços sejam feitos de maneira unilateral, pois certamente acarretaria prejuízos aos consumidores.

É vedada, ainda, qualquer cláusula que autorize o fornecedor a modificações unilaterais dos contratos, segundo o princípio da inalterabilidade dos contratos.

Proíbem-se, do mesmo modo, cláusulas que estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor. Isso deixa claro que os incisos que o Código elencou acerca da abusividade foram meramente exemplificativos, não taxativos. Como exemplo comum de cláusulas que não estão previstas diretamente pelo artigo 51, tem-se a questão da eleição do foro e da teoria da imprevisão.

Quanto à eleição do foro, encontra-se a abusividade no caso de o fornecedor ou produtor estabelecer como foro o local onde reside, em detrimento do consumidor. Isso vai de encontro ao sistema de proteção ao consumidor, pois reduz ou impossibilita a defesa de seus direitos. Por isso, o foro deve ser sempre o do consumidor.

Já no tocante à teoria da imprevisão, que vem até prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso V, diz-se ser um direito do consumidor, a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas – esse fato superveniente deve também ser imprevisível. Portanto, apoiando-se nesse direito do consumidor, é abusiva a cláusula que veda qualquer alteração contratual independente de fato superveniente e imprevisível.

Não se pode dizer que a cláusula abusiva seja uma consequência lógica do contrato de adesão. Pode até vir a ser uma decorrência de seu caráter econômico, em virtude de criar maior peso, maior ônus para o contraente fraco.

O Contrato de Adesão é propício ao surgimento dessas cláusulas abusivas, já que o fornecedor tende sempre a querer assegurar sua posição, colocando condições que romperão com a boa fé ou romperão o equilíbrio entre as prestações de cada parte.

Deve, em virtude disso, para proteger o consumidor, o contrato de adesão ser escrito de forma clara, acessível ao leitor, de modo que não crie embaraços à rápida compreensão das respectivas cláusulas.

SÍNTESE CRÍTICA

No que toca à figura contratual analisada ao longo do presente estudo, verificou-se que o Direito é profundamente influenciado pela economia e pela realidade social. As necessidades de um mundo globalizado já não mais suportavam que, nas relações de consumo, especialmente, os contratos tivessem suas cláusulas discutidas previamente.

Como resposta a esse anseio econômico-social, tem-se os contratos de adesão, que é aquele no qual não há discussão prévia a respeito das cláusulas, cabendo a uma parte aderir totalmente à vontade da outra.

As relações de consumo, em quase sua totalidade, são realizadas por meio de contratos de adesão. O Direito do Consumidor passou, então, a ser um elemento importante de afirmação da cidadania, ditando o tom do regime jurídico e legal das condições gerais dos contratos.

A tutela dos consumidores é feita pelo Estado, em três planos: administrativo, com a instituição de órgãos próprios estatais; legislativo, por meio de leis específicas de proteção; e judicial, com a fixação de jurisprudência protetiva.

Visa-se ao equilíbrio contratual, pois essa liberdade contratual deve estar subordinada ao limite do tratamento isonômico entre as partes.

Os contratos de adesão oferecem inúmeras vantagens às relações contratuais, especialmente às relações de consumo, dentre as quais a racionalização contratual, a redução de custos e a uniformidade. Entretanto, em virtude de ter suas cláusulas predispostas por apenas uma das partes, a mais forte, dá margem à existência de cláusulas abusivas, isto é, que atentem à boa fé e coloquem o consumidor em posição mais desfavorável do que a já possuía.

Neste sentido, surge o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de proteger integralmente o consumidor em face do fornecedor, determinando que se cumpra a igualdade contratual. Desta forma, no controle das cláusulas contratuais, prevalecerá a boa fé. Excedendo tal princípio, será considerada abusiva e sem eficácia.

Vê-se, portanto que os contratos de adesão refletem uma realidade dos dias atuais, como forma de simplificar e otimizar relações contratuais, especialmente as de consumo. Não deve ser lembrado, apenas, pelas suas desvantagens, como a possibilidade da existência de cláusulas abusivas; mas, pelo contrário, deve-se buscar a cada dia, o aperfeiçoamento desses contratos, através de leis específicas e por meio do controle e da intervenção estatal, no sentido de manter íntegros os princípios da boa fé e da igualdade contratual.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BONATTO, Cláudio. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. *Constituição Federal interpretada pelo STF*. 7.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- GARMS, Ana Maria Zauhy. *Cláusulas Abusivas nos Contratos de Adesão à luz do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: < <http://www.jus.com.br/doutrina/clabusi.htm> >. Acesso em: 19 dez. 1999.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil. Obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. v. II.
- _____. *Novo Curso de Direito Civil. Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Saraiva. Tomo I. v. IV.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Contratos*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HOBBSAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século XX - 1914 - 1991*. 2. ed. Companhia das Letras, 1997.
- KASER, Max. *Direito Privado Romano (Römisches Privatrecht)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- LUCCA, Newton, De. *Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2000.
- MARQUES, Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais, 1992.
- MATTIETO, Leonardo, *O Direito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno – Em Busca de sua Formulação na Perspectiva Civil-Constitucional*. Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2002. v. II.
- NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- NEVES, Iedo Batista. *Vocabulário Enciclopédico de Terminologia Jurídica e de Brocardos Latinos*. Forense, 1997. v. I.
- NUNES, Rizzato Nunes. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura Peixoto. *Cláusulas abusivas nos contratos de adesão*. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=708> >.
- RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis* (La Règle Morale dans les Obligations Civiles), 1925.
- _____. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. Campinas – SP, 2000.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Dos Contratos e Declarações Unilaterais de Vontade. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. III.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1997.
- SCARAVAGLIONI, EDUARDO. *O Código de Defesa do Consumidor e os contratos de adesão*. Disponível em: < <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=706> >.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão Soares; BARROSO, Lucas Abreu. Os Princípios Informadores do Novo Código Civil e os Princípios Constitucionais Fundamentais: Lineamentos de um Conflito Hermenêutico no Ordenamento Jurídico Brasileiro, *Revista Brasileira de Direito Privado*, n. 14, p. 53, abril/junho de 2003).
- TRINDADE, Washington Luiz da. *A figura do consumidor como uma projeção da empresa em busca da circulação de riqueza*. Artigo.
- _____. *Novas Figuras Contratuais*. Artigo.



XV

O DIREITO À MORADIA: CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE NO ESPAÇO URBANO

Priscila Cavalcante

Mestranda em Direito pela UFBA. Professora da Universidade Salvador.

RESUMO: Refletindo o anseio da comunidade política pela sua efetivação, o *direito à moradia* fora formalmente integrado ao ordenamento brasileiro pela emenda constitucional 26 de 2000. A moradia adequada, como direito fundamental, indispensável à vida humana digna, vem se fortalecendo na legislação e na jurisprudência. Neste contexto, entendido como um *direito humano*, examinar-se-á os seus fundamentos jurídicos, a partir dos parâmetros de sua positivação internacional e previsão constitucional, como *direito social* passível de tutela por *ações coletivas*. Ademais, serão realizadas considerações acerca de alguns instrumentos infra-constitucionais espalhados no Estatuto da Cidade e na MP 2.220/01, focalizando institutos como o usucapião especial coletivo e a concessão especial de uso para fins de moradia. À luz da *hermenêutica constitucional*, almejou-se elaborar uma síntese que captasse a sua concretização no espaço urbano.

ABSTRACT: Reflecting the political community's concern for its effectiveness, the right to housing

was formally integrated into the Brazilian law system through the Constitutional Amendment 26/2000. The adequate housing, as a fundamental right, indispensable to a worthy human life, has strengthened in legislation and precedents. In this context, understood as a human right, it will be examined its legal foundations, from its international and constitutional prevision, as a collectively protected social right. Furthermore, it will carry out considerations on some infra constitutional instruments pervaded in the Estatuto da Cidade (City's Statute) and in the MP 2.220/01, focusing on institutes as collective special usucaption and special housing concession of use. In the light of constitutional hermeneutics, the text sought to elaborate a synthesis, which could capture the right's concretization in the urban space.

PALAVRAS-CHAVE: direito à moradia, direito social, Estatuto da Cidade.

KEYWORDS: right to housing, social right, Estatuto da Cidade (City's Statute).

SUMÁRIO: Introdução – 1. Os fundamentos jurídicos do direito à moradia: 1.1. Os parâmetros da Positivação Internacional; 1.2. A previsão constitucional; 1.3. A moradia como direito social; 1.4. A natureza metaindividual do direito à moradia – 2. Os instrumentos jurídicos infra-constitucionais: 2.1. As diretrizes do Estatuto da Cidade; 2.2. Usucapião especial urbano; 2.3. Concessão de uso especial para fins de moradia; 2.4. A constitucionalidade das normas infra-constitucionais – 3. A atuação do Poder Judiciário: 3.1. hermenêutica constitucional e direitos fundamentais – Considerações finais – Referências.

INTRODUÇÃO

O Deus que fez o mundo e tudo o que nele há, sendo ele Senhor do céu e da terra, não habita em templos feitos por mãos de homens. Nem tampouco é servido por mãos de homens, como que necessitando de alguma coisa, porque ele mesmo é quem dá a todos a vida, a respiração, e todas as coisas. De um só fez todas as nações dos homens, para habitarem sobre toda a face da terra, determinando-lhes os tempos já dantes ordenados e os limites da sua habitação. (Atos 17:24-26).

O Direito à moradia foi consagrado pelo ordenamento brasileiro pela emenda constitucional 26 de 2000. Esta emenda expressa a manifestação da *competência*¹ Parlamentar para alterar a Constituição e reflete os anseios da sociedade pela efetivação de tão relevante direito, além de exprimir a ideologia abarcada pelo modelo constitucional adotado em 1988.²

As alterações no seio da constituição jurídica encontram limites,³ não apenas autônomos (procedimentos e matérias a modificar), mas também heterônomos (tratados internacionais). Estes limites devem ser respeitados, sob pena de se instituírem normas *constitucionais inconstitucionais*,⁴ em um sistema constitucional resguardado pela sociedade e pelo poder judiciário.

Existem limites *transcendentes à ordem constitucional* (objetivos da sociedade civil, direitos humanos), presentes em qualquer processo de elaboração e reforma constitucional, e os *imanescentes à Constituição jurídica*, que se subdividem em três: (i) temporais; (ii) circunstanciais; (iii) materiais. Estes, por sua vez, podem ser explícitos (cláusulas pétreas) e implícitos (direitos fundamentais, titularidade e processo).

Em suma, pela emenda, a autoridade poderá reformar qualquer matéria, com exceção daquelas expressas em cláusulas pétreas. Em contrapartida, pela revisão

1. O poder constituinte é um poder político fundamental, supremo e originário, destinado a constituir uma nova ordem constitucional. Deve ser entendido como poder jurídico e não mero fato. É uma potência (BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*, p. 75). Incorreto, portanto, falar em poder constituinte derivado ou constituído, mas sim em órgãos com *competência* para promover modificações na constituição jurídica, observados determinados limites (BRITO, Edvaldo. *Idem*, p. 71).
2. As constituições espelham um determinado contexto sócio-cultural. A constituição de 1988 foi fruto do movimento popular pela constituinte e pelas eleições diretas (BRITO, Edvaldo. *Idem*, p. 104).
3. A atividade de *emenda ou revisão constitucional* não se verifica no exercício do poder constituinte, que é potência, mas os entes que as efetivam exercem *competência*. Para elaborar uma constituição, as funções são *ilimitadas*; para alterá-la, contudo, há *limites* estabelecidos pela autoridade que cria a *regra de competência* respectiva de emenda ou revisão (BRITO, Edvaldo. *Idem*, p. 80).
4. Em sua preleção, defende o autor: "(...) a possibilidade da ocorrência de normas constitucionais inconstitucionais ou, de um modo geral, inválidas, e da sua apreciação, representa de fato um importante e actual problema jurídico-constitucional" (BACHOF, OTTO. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, p. 14).

(art. 3º. do ADCT), a autoridade recebeu atribuição diversa, mas não tão ampla a ponto de desconsiderar as cláusulas pétreas, estando, portanto, vinculada à disposição do artigo 2º.⁵

Reforce-se que uma posterior reforma da atual constituição deverá respeitar os limites *transcendentes* e *imanentes*, o que significa que o direito à moradia, uma vez consagrado, não mais poderá ser abolido, sobretudo por ser considerado um *direito humano*, consagrado nacional e internacionalmente.⁶

Interessante, neste mister, perquirir acerca dos fundamentos dos direitos humanos⁷, sobretudo os *direito econômicos, sociais e culturais*, em que se insere o direito à moradia, e a sua positivação no âmbito internacional e nacional.

Conforme assevera Bobbio, os *direitos naturais* são direitos históricos. Ele contesta a legitimidade e a eficácia prática da busca do fundamento absoluto, pois esses direitos estão em contínua expansão. O emprego do termo *natural* significa que cabem ao homem enquanto tal e não dependem da simples vontade do soberano.⁸

A teoria jusnaturalista defende certos direitos acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem ou da vontade divina. A busca de um fundamento absoluto, porém, não é aceita unanimemente. Pontua Bobbio que algo considerado fundamental, em determinada civilização, ou época histórica, não necessariamente será em diverso ambiente cultural. O fundamento dos direitos humanos, portanto, é histórico e não absoluto.⁹

5. BRITO, Edvaldo. op.cit. , p. 116.

6. A doutrina estabelece ainda três espécies de eficácia jurídica dos princípios constitucionais, além da eficácia positiva ou simétrica, a eficácia interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 377-379). Em apertada síntese, pode-se asseverar que a *eficácia positiva* pretende assegurar ao interessado a efetivação de seus direitos subjetivos diretamente na via judicial. A *eficácia interpretativa* significa que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior se coadunem com as superiores a elas vinculadas. A *eficácia negativa*, por seu turno, autoriza a declaração de invalidez de todas as normas ou atos que não se adequem aos efeitos pretendidos pela norma. Por fim, a *eficácia vedativa* do retrocesso, derivada da eficácia negativa, propõe que se possa exigir do Judiciário a invalidade ou revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação seja seguida de uma política substitutiva ou equivalente (BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 80).

7. Segundo Alexy, “os direitos do homem distinguem-se de outros direitos pela combinação de cinco marcas. Eles são direitos (1) universais, (2) morais, (3) fundamentais, (4) preferenciais e (5) abstratos” (ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 59).

8. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 4.

9. “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos” (BOBBIO, Norberto. *Idem*, p. 19).

Na esteira deste raciocínio, Orlando Gomes acredita que a idéia de um direito natural como substrato do senso de justiça, embora sedutora por sua simplicidade, não basta para ser válida.¹⁰

No mesmo sentido, Celso Lafer,¹¹ em sua análise arendtiana, percebe os direitos humanos não como algo externo ou *dado*, mas como um *construído* no seio da comunidade política, que ora pode se adensar, ora pode se enfraquecer.

Comparato encontra na evolução da consciência ética coletiva o fundamento para a vigência dos direitos humanos. Este fundamento, em última instância, apenas poderia ser a consciência ética coletiva, entendida como uma convicção largamente estabelecida na comunidade, porquanto a *dignidade da condição humana* exige o respeito a certos bens ou valores, a despeito das mudanças circunstanciais e do seu não reconhecimento no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais.¹²

A constituição brasileira integra as normas internacionais de direitos humanos ao direito interno em nível constitucional, desde que os tratados sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, tornando-se equivalentes às emendas constitucionais. Tal alteração, fruto da Emenda Constitucional nº 45/04, inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º da constituição.

Flávia Piovesan, por outro lado, advoga que as normas institucionais de direitos humanos estão acima do ordenamento de cada Estado. Deste modo, havendo conflito entre regras internas e internacionais, em matéria de direitos humanos prevalecerá sempre a mais favorável ao sujeito do direito, pois o sistema jurídico tem por fim último proteger a *dignidade da pessoa humana*.¹³

10. “A idéia do Direito natural fermenta num conceito vazio de conteúdo, que se tem procurado recheiar, através dos tempos, com princípios gerais e abstratos ou crenças religiosas. É ao preço de extrema generalidade que a teoria consegue sua clareza, segundo observa um escritor. Diz-se que há, no homem, um sentimento inato de justiça, que lhe possibilita juízos jurídicos, independentemente do Direito positivo. Seria esse detector de verdades que nos sopraria a consciência se uma lei é justa ou injusta, qualquer que seja o meio que habitemos ou o tempo em que vivamos” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. “O drama de uma idéia (sobre o Direito natural),” p. 94).

11. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, p. 134.

12. COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 47.

13. “Em síntese, relativamente aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º, acolhe a sistemática da incorporação automática dos tratados, o que reflete a adoção da concepção monista. Ademais, como apreciado no tópico anterior, a Carta de 1988 confere aos tratados internacionais de direitos humanos o status de norma constitucional, por força do art. 5º, parágrafo 2º. O regime jurídico diferenciado conferido aos tratados de direitos humanos não é,

No seio dos direitos humanos, Bobbio distingue ainda liberdades e poderes. Pode-se entender as *liberdades* como direitos individuais tradicionais, ou seja, obrigações negativas, abstenção de determinado comportamento proveniente de pessoas e de órgãos públicos. São direitos garantidos quando o Estado não intervém. Os *poderes* configuram-se como imposição de uma conduta ou obrigações positivas a outrem, inclusive órgãos públicos. Os poderes são direitos que demandam uma intervenção do Estado com intuito de corrigir as desigualdades geradas pela liberdade difundida no setor privado.

Os direitos sociais estão incluídos nesta categoria.¹⁴ Estes são chamados por Alexy de *direitos a prestações em sentido estrito* (direitos sociais fundamentais), tendo por sujeito passivo o Estado e por objeto um bem que o indivíduo poderia obter dos próprios particulares no mercado, se detivesse meios financeiros suficientes.¹⁵

Carl Schmitt enxerga nos *direitos sociais* uma diferente estrutura dos *direitos fundamentais em sentido próprio*. Consoante seu entendimento, os direitos sociais não podem ser ilimitados, pois demandam uma prestação do Estado e pressupõem uma organização estatal a que se incorpora o sujeito titular do direito.¹⁶

todavia, aplicável aos demais tratados, isto é, aos tratados tradicionais. No que tange a estes, adota-se a sistemática da incorporação legislativa, de modo a exigir que, após a ratificação, um ato com força de lei (no caso brasileiro este ato é um Decreto expedido pelo Executivo) confira execução e cumprimento aos tratados no plano interno. Deste modo, no que se refere aos tratados em geral, acolhe-se a sistemática da incorporação não automática, o que reflete a adoção da concepção dualista. Ainda no que tange a estes tratados tradicionais e nos termos do art. 102, III, “b” da Carta maior, o texto lhes atribui natureza de norma infra-constitucional” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 111). O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, declarou a superioridade do direito interno posterior ao convencional, “Entretanto, no ano passado, contrariando sua própria tradição, a Corte Suprema admitiu, sem reservas a superioridade do direito interno posterior à norma convencional, em julgamento, em que ficou patente a indecisão da mais alta Corte, pela divergência manifesta dos votos emitidos” (FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*, p. 132).

14. O primeiro instrumento normativo a reconhecer alguns direitos econômicos e sociais foi a Constituição Francesa de 1848. Esses direitos, contudo, foram apenas plenamente afirmados em 1917, na Constituição Mexicana e em 1919, com a Constituição de Weimar (COMPARATO, Fábio Konder, op.cit. , p. 41).
15. “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y se encontrase en el mercado una oferta suficiente – podría obtener-lo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivencia y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto” (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*, p. 482).
16. Define Schmitt os direitos fundamentais em sentido próprio: “Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del *hombre individual* libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, p. 170). Posteriormente, os diferencia dos direitos sociais: “Según su estructura lógica y jurídica, tal derecho se encuentra en contraposición con los auténticos derechos

Canotilho visualiza uma separação entre os direitos fundamentais garantidos como direitos a *atos negativos* e a *atos positivos*. O primeiro desdobra-se em três: (i) direito ao não impedimento por parte dos entes públicos de determinados atos; (ii) direito à não intervenção dos entes públicos em sistemas jurídicos objetivos; (iii) direito à não eliminação de prestações jurídicas. No que concerne aos atos positivos podem ser direitos a uma ação positiva de natureza fática ou normativa.¹⁷ O direito à moradia seria um direito de ação positiva de natureza normativa.

No que tange especificamente à positivação dos direitos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela maioria dos governos mundiais, tornou-se o fundamento último da existência dos direitos nela estatuídos, a despeito das suas razões fundadoras. Conforme ventitou Bobbio: “Por conseguinte, depois dessa declaração, o problema dos fundamentos perdeu grande parte do seu interesse.”¹⁸ Entende-se, por conseguinte, que desde a Declaração, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a humanidade possui o fundamento de que necessitava para legitimar a defesa dos direitos humanos.¹⁹

Com a Declaração, a afirmação dos direitos torna-se *universal*,²⁰ na medida em que os seus titulares são todos os homens, independentemente do Estado que integrem, e *positiva*, pois passam esses direitos a ser não apenas reconhecidos, mas protegidos em face do Estado violador. Além disso, ela foi apenas o início de um longo processo que ainda está se desenvolvendo e nunca se esgotará, pois a luta pela efetivação dos direitos humanos é incessante.

Neste contexto, entendido o *direito à moradia* como um *direito humano*, examinar-se-á os seus fundamentos jurídicos, a partir dos parâmetros de sua

fundamentales y de libertad, siendo por eso erróneo el hablar indistintamente de ‘derechos fundamentales’ (SCHMITT, Carl. Idem, p. 174).

17. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª. Ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1126-1127.

18. BOBBIO, Norberto. op.cit. , p. 23. Para Alexy, os problemas do direito do homem podem ser estudados sob três diferentes aspectos: problemas epistemológicos, substanciais e institucionais (ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. *Revista de Direito Administrativo*, p. 56-57).

19. BOBBIO, Norberto. Idem, p. 25 e ALEXY, Robert. Idem, p. 55.

20. Universal não significa algo apreendido objetivamente, mas algo acolhido subjetivamente pelo universo de homens, ou seja, um consenso histórico sobre valores comuns (BOBBIO, Norberto. Idem, p. 28). “Um primeiro aspecto da universalidade é a universalidade dos titulares e destinatários (...) O titular de tais direitos, que têm a integração do particular em sua comunidade como objeto e fundamento, permanece o homem particular. Trata-se, em tais direitos, de um alargamento dos direitos individuais à existência e desenvolvimento da personalidade na dimensão da comunidade” (ALEXY, Robert. Idem, p. 59).

positivação internacional e previsão constitucional, como *direito social* passível de tutela por *ações coletivas*.

1. OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA

1.1. Os parâmetros da positivação internacional

No seio da ONU, o direito à moradia é considerado um direito humano e os Estados membros têm o dever de assegurá-lo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerada a primeira inspiração do direito à moradia como um direito humano, assim prescreve seu artigo XXV: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...)”.

Posteriormente, outros documentos como a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986) e a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) estatuíram o direito à moradia como um *direito fundamental*.²¹

A questão habitacional foi objeto da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos II, realizada em Istambul, em 1996, em que foram debatidos temas como: “Adequada Habitação para Todos” e “Assentamentos Humanos Sustentáveis em um Mundo em Urbanização”.

Em 1966, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou dois pactos internacionais de direitos humanos, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, posteriormente ratificados pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgados

21. Na França, por exemplo, o direito à habitação é considerado direito fundamental: “Il faut attendre la loi du 22 juillet de 1982 (dite *loi Quillot*) pour que soit défini, pour la première foi dans notre législation, le *droit à l’habitat*, en tant que ‘*droit fondamental*’ ‘s’exéçant dans le cadre des lois qui le régissent” (CHARVIN, Robert, SUEUR, Jean-Jacques, *Droits de l’homme et libertés de la personne*, p. 158, grifo nosso). A constituição sul-africana, em sua seção 26, assim dispõe: “(1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right. (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.” No caso CCT 11/00 - The Government of the Republic of South Africa v. Irene Grootboom – expôs a Corte Constitucional: “The Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of state action concerned with housing is determined without regard to the fundamental constitutional value of human dignity”. (<<http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>>, p. 61, acessado em 25 de novembro de 2006).

pelo Decreto n. 592, de 6 de dezembro de 1992. Não obstante a adoção de dois pactos, o sistema de direitos humanos é indivisível, universal e interdependente, como bem estatuiu a Declaração de Viena de 1993.²²

O artigo 11 do Pacto estabelece que “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequada, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida”. Tal dispositivo expõe a interdependência entre o *direito à moradia* e outros *direitos fundamentais*.

Com efeito, o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem como cerne coibir a inércia estatal diante das demandas da população por *políticas públicas* apropriadas que aumentem o seu bem-estar mediante a sua integração ao processo de *desenvolvimento*, possibilitando uma melhor fruição dos benefícios dele resultantes.

Estes direitos caracterizam-se, essencialmente, por serem créditos²³ do indivíduo em relação ao Estado, uma exigência de promover o *bem estar* social. A sua concretização efetiva-se mediante a execução das políticas públicas, que garantam amparo aos desfavorecidos.

Política pública, segundo a lição de Fábio Konder Comparato, consiste em uma *atividade*, definida como uma série de atos de tipologia variada que possuem o mesmo escopo e são organizados em um programa, a longo prazo, que visam atender às necessidades, geradas por uma economia de massa, disciplinar a atividade empresarial e organizar o serviço público. A importância das políticas públicas reside no fato de serem os instrumentos governamentais para a realização dos *direitos econômicos, sociais e culturais*.²⁴

22. COMPARATO, Fábio Konder. op.cit. , p. 250. DALLARI, Dalmo de Abreu. “A Violação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Impacto no Exercício dos Direitos Cíveis e Políticos.” In: 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Série de Eventos 8, 2001, p. 78. “La distinction dans l’ordre international (d’ailleurs récusée dans la Déclaration de Vienne de 1993) des droits de la ‘première, deuxième et troisième génération’ et dans l’ordre interne des droits positifs et des droits proclamatoires est sans fondement autre que politique” (CHARVIN, Robert, SUEUR, Jean-Jacques, op.cit. , p. 156).

23. “Os direitos de crédito são o solo sobre o qual floresce a *capacidade*, complemento indispensável das liberdades *no e contra* o Estado” (CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*, p. 316).

24. Sugere Comparato o aparelhamento de uma *ação judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas* e o reconhecimento da competência do Judiciário para invalidar a aprovação de orçamentos públicos que desrespeitam as prioridades sociais estabelecidas na constituição. A legitimidade ativa para a propositura dessas ações judiciais seria conferida ao Ministério Público, às organizações não governamentais e também, de maneira inovadora, aos indivíduos que integram um determinado grupo social, que pleiteariam em nome próprio o interesse social do grupo, ou seja, agiriam em condição de substitutos processuais (COMPARATO, Fábio Konder. op.cit. , p. 308-309).

O princípio da solidariedade²⁵ alicerça a estrutura destes direitos, pois outorga a todos a responsabilidade pelas necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. A justiça distributiva é o fundamento ético desse princípio, sendo esta a compensação de bens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos da existência humana.

Os Estados, quando assinaram o Pacto, assumiram uma obrigação jurídica, e não apenas um compromisso moral. Os seus cidadãos, assim, são credores do direito a uma existência digna, de modo que o seu *direito subjetivo* não pode ser confundido com as *garantias* para sua realização efetiva. No entanto, a ausência de um mecanismo sancionatório eficiente compromete a sua implementação.

Comparato recomendou que a Comissão de Direitos Humanos da ONU verificasse o modo como os Estados-parte têm realizado políticas públicas que conduzam à supressão das grandes carências sócio-econômicas de sua população, aplicando-se, conseqüentemente sanções adequadas aos Estados julgados violadores do seu dever de diligência. Esse mecanismo possuiria uma eficácia superior ao sistema de relatórios incorporado no Pacto.²⁶

As garantias do Estado Social, por sua vez, exigem um Estado politicamente ativo no desempenho de suas funções distributivas, tendo por fim a efetivação de compromissos firmados com os diversos grupos componentes do substrato social e a concretização dos valores constitucionalmente vinculantes.²⁷

No que tange aos recursos disponíveis, o maior problema não é necessariamente a sua inexistência, mas a falta de prioridade para os projetos sociais. Deve-se observar a destinação desses recursos, que, muitas vezes, são mal administrados e drenados pelas veias de corrupção.

No que concerne especificamente ao direito à moradia, deve o Estado regulamentar as atividades do setor privado referentes à política habitacional, à propriedade imobiliária e aos deslocamentos involuntários,²⁸ além dispor sobre

25. COMPARATO, Fábio Konder. Idem, p. 51-52. “La loi ‘Besson’ du 31 mai 1990 confirme le ‘droit au logement’ dont ‘la garantie constitue un devoir de solidarité pour l’ensemble de la Nation’; elle ajoute que ‘toute personne ou famille a droit à une aide de la collectivité pour accéder à un logement décent et indépendant et s’y maintenir » (CHARVIN, Robert, SUEUR, Jean-Jacques, op.cit. , p. 158).

26. COMPARATO, Fábio Konder. Idem, p. 311.

27. FERRAZ, JR., Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência, Eficácia e Supremacia*, p. 55-56.

28. Por fim, vale salientar que o problema do deslocamento involuntário, decorrente de projetos de desenvolvimento, pode causar grandes problemas sociais e ambientais. O Banco Mundial enfatiza a necessidade de um planejamento adequado que envolva a assistência às pessoas a serem assentadas e o

os sistemas de financiamento de habitação de interesse social, os instrumentos tributários e os regimes de concessão de moradia.²⁹ Para tanto, a Administração deve promover políticas públicas de inclusão social e *desenvolvimento econômico*, priorizando a distribuição dos recursos públicos e o cumprimento da *função social da posse e da propriedade*.

Embora apenas a função social da propriedade tenha sido positivada expressamente no Código Civil (1228, §1º), uma leitura constitucional possibilita a harmonização de ambas, sobretudo considerando-se a *posse* um verdadeiro instrumento de realização da justiça distributiva.³⁰ Imprescindível a um Estado que almeje o real *desenvolvimento*, entendido como transformação, atender ao *bem estar* coletivo de sua população, sobretudo aos setores mais carentes.

A *habitação* é elemento primordial no desenvolvimento da personalidade humana. A moradia adequada relaciona-se intimamente à *integridade física*, sendo violada com o abandono dos indivíduos sem qualquer infra-estrutura ou assistência do Estado. Ademais, é requisito essencial da *integridade moral* do indivíduo, pois não se concebe o direito à intimidade pessoal e familiar, se não respeitado o direito à moradia. Entende-se que a moradia integra a essência do indivíduo e é condição primaz de sua existência digna. Indispensável, portanto, para uma profunda compreensão do direito à moradia, e sua natureza jurídica, a sua análise no arcabouço axiológico constitucional.

1.2. A previsão constitucional

As Constituições, definidas como normas fundamentais, são normas origem, legitimadoras do ordenamento jurídico. Esclarece Ferraz Jr. que “Por legitimidade

seu inter-relacionamento com a comunidade. Um dos maiores problemas enfrentados pelo Banco é o reassentamento de comunidades tribais, que sofrem com a ameaça da mudança do seu *habitat* tradicional e do seu estilo de vida. Destarte, a partir de 1982, decidiu-se que a assistência a projetos de desenvolvimento, que sabidamente avançassem sobre territórios tradicionalmente ocupados por tribos ou comunidades indígenas, seria evitada, a menos que houvesse um apropriado mecanismo de proteção ao seu bem-estar (SHIHATA, Ibrahim, F. I. *The World Bank in a Changing World – selected essays*, p. 130).

29. GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*, p. 45.

30. “Como se observa, o acesso à moradia pode ser contraposto ao direito de propriedade, pelo fato dela não cumprir sua função social. A posse não precisa estar atrelada à propriedade para sobreviver, e muitas vezes a titularidade já se divorciou do espaço físico para o qual aponta o título. Trata-se de uma questão elementar de respeito a direitos fundamentais e interpretação do direito civil com vértice axiológico constitucional” (FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*, p. 55). Considerando a segurança jurídica da posse, o título de propriedade não é o único requisito de acesso ao direito à moradia (ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, p. 82-83)

devemos, pois, entender o modo como se estabelece uma neutralização, primeira e fundamental, de justificativa de expectativas constitucionais contra argumentos desiludidores que, ainda que propostos, são desacreditados.”³¹

Importante, neste mister, diferenciar o conceito de *constituição essência* e de *constituição jurídica*. A primeira refere-se à “expressão dos fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade e que correspondem a uma força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes.”³² A constituição jurídica, a seu turno, é a *expressão escrita* desses fatores.

Segundo Edvaldo Brito, partindo do pensamento de Lassale, a constituição pode ser entendida como um reflexo da realidade social, um “repositório das aspirações dessa *sociedade* e, assim, não se confunde com a forma de sua veiculação, ou seja, a forma chamada de *Constituição jurídica, ou escrita, ou sistematizada, ou política*, esta sim, obrigatoriamente identificável com aquela, sob pena de ilegitimidade.”³³

Canotilho entende a *constituição* como um *conjunto de princípios de sentido* reciprocamente relacionados, complementares e interdependentes, visando a uma *unidade axiológico-normativa* do sistema constitucional dialógico. As normas que integram este sistema apresentam-se como princípios ou como regras. Sob esta perspectiva, a constituição jurídica é um sistema de normativo.³⁴

Em apertada síntese, pode-se dizer que integram a constituição (essência) os elementos sociológico e jurídico. O sociológico exprime as forças reais de poder e o jurídico reflete o sistema de normas que, via de regra, consistem em declaração de direitos, organização do poder político e da sociedade civil.³⁵

Tendo em vista a supremacia da constituição no ordenamento brasileiro, o legislador não hesitou em emendá-la para finalmente assegurar o direito à moradia. A Emenda Constitucional 26/2000 consagrou o direito à moradia como um

31. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. op.cit. , p. 22. Na lição de Edvaldo Brito, não se pode olvidar que a legitimidade do pacto constitucional decorre do entrelaçamento entre os princípios enunciados no preâmbulo, na parte dogmática (normas-princípio) e os preceitos de direito transitório, inseridos no ADCT (BRITO, Edvaldo. op.cit. , p. 117).

32. BRITO, Edvaldo. Idem, p. 34. Segundo Lassale, os fatores reais de poder são “a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são” (LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, p. 11).

33. BRITO, Edvaldo. Idem, p. 25-26.

34. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª. Ed. Coimbra: Almedina, s.d., p. 117.

35. BRITO, Edvaldo. Idem, p. 35.

direito fundamental na Constituição Federal em seu artigo 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, na forma desta Constituição.”

Outros artigos na sistemática constitucional, da mesma forma, se referem ao direito à moradia em um sentido amplo. O *preâmbulo*³⁶ revela a *mens legis*, assim como um elenco de valores e fins propostos no seio do sistema constitucional. Estes valores são a liberdade, segurança, *bem-estar* e *desenvolvimento*, combate à desigualdade social e erradicação da pobreza, igualdade e justiça.³⁷

Permeia a efetivação do direito à moradia os próprios fundamentos do ordenamento constitucional, destacando-se a *cidadania* e o macro princípio da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, II e III), entendido como a conjugação da liberdade com a sociabilidade. Esta dignidade repousa na pluralidade do *agir conjunto* e confere substância a noção de cidadania.³⁸

Da mesma forma, como objetivos da República Federativa Brasileira, tem-se a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, III). O artigo 5º, XI, assegura a inviolabilidade do domicílio. Destarte, deve-se respeitar o ambiente no qual o indivíduo interage com sua família e a sua intimidade. Outrossim, o artigo 7º, IV, determina que o salário mínimo seja suficiente para arcar com despesas básicas do indivíduo, dentre elas a moradia. A função social da propriedade vem disposta no artigo 5º, XXIII e 170, III, a sua funcionalidade urbana, nos artigos 182 e 183 (política urbana) e rural, atrelada à reforma agrária, nos artigos 184 a 191.

A ordem social tem como *base o primado do trabalho* e como *objetivos o bem estar e a justiça social* (artigo 193). Os valores sociais são vislumbrados como valores fim. Assegura-se, destarte, o bem-estar social em sua dimensão *negativa*

36. Vale mencionar a lição de Edvaldo Brito, ao distinguir no seio da constituição jurídica três elementos: (i) *preâmbulo* entendido como “palavras ou atos que precedem as coisas definitivas” e que nem sempre está presente nas constituições jurídicas; (ii) *parte dogmática*; e (iii) as *disposições constitucionais transitórias*. Indaga a doutrina acerca da *força normativa do preâmbulo*. Três posições podem ser vislumbradas: (i) a primeira sustenta que o preâmbulo não tem relevância jurídica; (ii) outros defendem que a sua eficácia é idêntica a de todo corpo constitucional; (iii) assevera-se, por fim, que a sua eficácia é específica ou indireta, participando das características jurídicas da constituição, mas sem se confundir com o articulado. Neste mister, conclui o autor que pode este ter valor normativo, pois condiciona a interpretação da parte dogmática e das disposições transitórias. Da mesma forma, a *revisão constitucional* prevista no ato das disposições constitucionais transitórias condiciona-se à expressão normativa dos *princípios fundamentais de seu preâmbulo* e contra estes não pode atentar (BRITO, Edvaldo. Idem, p. 38-42).

37. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. op.cit. , p. 33.

38. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. Idem, p. 36.

de dever de evitar a pobreza, as desigualdades e a marginalização e *positiva* como implementação da saúde, previdência, educação, cultura e assistência social.³⁹

No que concerne à competência material e legislativa, o artigo 21, XX, da Constituição, estabelece a competência da União para “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”. Complementando, o artigo 23 determina a competência material da União, Estados e Municípios para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições de habitação e saneamento básico”. A União compete editar normas gerais, enquanto aos Estados e Distrito Federal, suplementar as normas editadas pela União.

O município, consoante o art. 30, compete legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promovendo o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano. O município deve se responsabilizar pela criação, execução e monitoramento de programas de regularização fundiária, articulando-se com os Estados e a União para facilitar a regularização das terras públicas estaduais e federais. Em contrapartida, a União e os Estados devem proceder à regularização de seus bens e realizar transferências das terras ao município para que este proceda à regularização.

Fundamental também estudar a *natureza jurídica* da norma que institui o direito constitucional à moradia. Para tanto, mister que se distinga a *tríplice* classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia e aplicabilidade: (i) normas constitucionais de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral, cujos efeitos são irradiados imediatamente; (ii) normas constitucionais de eficácia contível e de aplicabilidade direta e imediata, mas não integral, cujos efeitos são irradiados imediatamente, podendo ser *contidos* pelo legislador infraconstitucional; (iii) normas constitucionais de eficácia limitada e de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida que demandam uma lei regulamentadora, tendo eficácia diferida.⁴⁰

Luis Roberto Barroso caracteriza como normas programáticas àquelas que conferem ao cidadão diversos direitos, como se opor judicialmente às regras que não se coadunem ao preceito constitucional e obter jurisdicionalmente interpretação e decisão que assegurem a efetividade de tal disposição constitucional.⁴¹

39. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. Idem, p. 53.

40. BRITO, Edvaldo. *op. cit.*, p. 57.

41. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p.122.

Canotilho defende que as normas que instituem os direitos econômicos, sociais e culturais podem ser vislumbradas como normas programáticas.⁴²

Godoy considera a norma que estatui o direito constitucional à moradia como *norma programática de eficácia limitada* por exigir prestações positivas por meio de políticas públicas implementadas pelo Estado.⁴³

Em sentido diametralmente oposto, Edvaldo Brito considera que todas as normas constitucionais irradiam efeitos jurídicos, não havendo, sob esta perspectiva, *norma programática*.⁴⁴ Lastreado na doutrina de Ruy Barbosa, o autor defende não haver em uma constituição cláusulas de mero valor moral de conselhos, mas todas as normas detêm força imperativa de regras, todas são eficazes, sem exceção. Por conseguinte, não se aceita a distinção entre normas formal e materialmente constitucionais, pois a constituição reflete *toda* a atuação do Estado, em diferentes setores sociais. Destarte, todas as normas do texto constitucional têm juridicidade e são constitucionais.⁴⁵

À guisa de uma conclusão, pontua-se que as normas que asseguram o direito à moradia são normas constitucionais de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral.⁴⁶ Este entendimento é o que melhor se coaduna com a *força normativa da constituição*,⁴⁷ pois o pensamento oposto esvaziaria o seu conteúdo e se distanciaria de sua vontade, tornando-a mera *folha de papel*.⁴⁸

42. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op.cit. , p. 432.

43. GODOY, Luciano de Souza. op. cit, p. 41 e 44.

44. “O caráter não intencional das necessidades, a indeclinabilidade de satisfação delas não só como fundamento, mas também como conteúdo de valor dos direitos humanos fundamentais, cujo desrespeito não tem como não provocar danos às pessoas, são contribuições que podem servir de síntese para tudo quanto se pretende desenvolver aqui. Mais tarde ainda voltar-se-á ao contexto interdisciplinar no qual essa jurista espanhola aconselha sejam colocadas tais premissas, em favor de *ações jurídicas concretas que retirem a satisfação das necessidades de um horizonte meramente programático*” (ALFONSIN, Jacques Távora. op.cit. , p. 55, grifo nosso).

45. BRITO, Edvaldo. op.cit. , p. 56-57.

46. “O direito à moradia traduz necessidade primária do homem, condição indispensável a uma vida digna e complemento de sua personalidade e cidadania. Atua com *eficácia normativa imediata*, tutelando diretamente situações jurídicas individuais. É muito mais do que o ‘direito à casa própria’, pois, como direito fundamental de segunda geração (ou dimensão), envolve a necessidade do Estado de cumprir obrigações de fazer centradas na prática de políticas públicas capazes de garantir um abrigo adequado, decente e apropriado a quem necessita de um mínimo vital” (FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. op.cit. , p. 50-51, grifo nosso).

47. Na lição de Konrad Hesse, a Constituição adquire força normativa ao lograr a realização desta pretensão de eficácia, em que procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social (HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, p. 16).

48. A constituição escrita seria mais do que uma folha de papel ao ser sustentada pelos fatores reais e efetivos do poder (LASSALLE, Ferdinand. op.cit. , p. 37).

1.3. A moradia como direito social

O direito à moradia pode ser considerado um direito social,⁴⁹ e como tal, caracterizado por sua dimensão positiva, o que significa que deve ser garantido pelo Estado, ao propiciar melhores condições de vida ao *cidadão* e implementar a igualdade material entre todos. Neste sentido, compete ao Estado brasileiro assegurar este direito aos cidadãos desprovidos de moradia ou habitantes de lugares precários.

Em decorrência do seu caráter social, o direito à moradia dificilmente poderá ser individual e equanimente tutelado, pois exige uma atuação harmônica dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. As iniciativas para sua efetivação podem ser tomadas, inclusive, nos planos nacional e internacional de maneira conjugada. Comparato sugere interessantes propostas para a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais em ambos os planos.⁵⁰

Primeiramente, propõe estender legitimação às organizações não governamentais o mais amplamente possível para ajuizarem *ações civis públicas*. Outra proposta é a criação de uma *ação direta de inconstitucionalidade de políticas públicas* que se oponham aos direitos econômicos sociais e culturais reconhecidos pela constituição. Completando o rol de mecanismos judiciais, sugere uma *ação direta* que poderia ser acoplada a uma *ação de anulação de orçamentos públicos*. O Estado brasileiro dispõe ainda da *ação direta de inconstitucionalidade de leis e atos normativos do poder público*.

Como os direitos econômicos, sociais e culturais se realizam mediante políticas públicas, avaliar-se-ia a constitucionalidade da *ação governamental* e não apenas da lei ou do ato normativo. Outrossim, sugere uma participação mais efetiva do povo na definição do *orçamento público*.

Políticas públicas concretas são necessárias para a implementação destes direitos. A insuficiência de recursos é um mito que deve ser erodido, na medida em que se priorize programas de fomento à moradia adequada, invertendo o direcionamento do orçamento público. As políticas públicas já existentes devem

49. Confrontar com GODOY, que menciona diversos autores que entendem o direito à moradia como direito individual do cidadão (GODOY, Luciano de Souza. *op. cit.*, p. 45). Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*, p. 198-199.

50. COMPARATO, Fabio. Konder. "Proteção, Promoção e Violação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: a Responsabilidade do Estado no Direito Interno e no Direito Internacional." In: 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Série de Eventos 8, 2001, p. 138.

ser melhoradas e jamais retrocederem. A reforma agrária é uma antiga política necessária para o exercício pleno do direito ao trabalho, à moradia, à função social da propriedade, à alimentação, à existência digna de milhões de pessoas que habitam as zonas rurais e urbanas. Defende Comparato serem esses *direitos públicos subjetivos exigíveis e justiciáveis* e não meras concessões do governo para os cidadãos. O exercício da cidadania efetiva, portanto, depende de uma referência territorial, especialmente no que concerne às facilidades de acesso a bens, serviços e emprego.

A concretização dos direitos sociais demanda a plena satisfação das necessidades humanas.⁵¹ Estas podem ser classificadas em *individuais, comuns e coletivas*. As *necessidades individuais* são atendidas com o próprio esforço individual. Às *necessidades comuns* o homem atende por intermédio do agrupamento com outros e não isoladamente. São necessidades que, embora individuais, são comuns a vários indivíduos unidos na soma de seus esforços e recursos. As *necessidades coletivas* envolvem interesses da sociedade e não podem ser atendidas apenas pelo esforço individual.⁵² Nesta categoria enquadra-se à *moradia*, assegurada constitucionalmente, que deve ser também examinada como um *direito coletivo*, sobretudo em situações em que o indivíduo não pode implementá-lo por esforço próprio.

1.4. A natureza jurídica metaindividual do direito à moradia

Os *direitos coletivos*⁵³ são igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro em suas diversas modalidades. Como *direitos coletivos lato sensu* se subdividem em (i) *essencialmente coletivos ou transindividuais*, cuja natureza é indivisível e pertencem a uma coletividade. Estes, por sua vez, podem ser *direitos difusos*, caracterizados pela indeterminabilidade dos sujeitos, ligados por uma

51. “Se a diferença detectada por M. J. A. Roig, de que a necessidade satisfeita evita um dano enquanto o desejo satisfeito obtém um benefício, for transposta para todas as condições jurídicas em que se dá o acesso à terra (posse, propriedade, detenção ou o “habitat” dos índios) é bem de ver que, enquanto a “expansão do capital” sobre aquele espaço físico, seja no campo, seja a cidade, depende apenas do tamanho de sua capacidade econômica e do desejo de quem o titula (benefício para ele), a alimentação e a moradia dos “sem-terra” e dos “sem-teto”, sem poder aquisitivo (agora pelo jeito tornado permanente), revela o mais agudo estado de necessidade que, se não satisfeito, não tem como deixar de provocar dano” (ALFONSIN, Jacques Távora. op.cit. , p. 53-54).

52. BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*, p. 4-5.

53. “Trata-se dos chamados *direitos fundamentais coletivos*, isto é, direitos coletivos das organizações, cujo escopo directo é a tutela de formações sociais, garantidoras de escopos de liberdade e de participação. No seio da sociedade plural e conflitual. Existem também *direitos fundamentais de exercício coletivo*, ou seja, direitos cuja titularidade é individual, mas cujo exercício só coletivamente se pode afirmar (ex. direito de greve)” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op.cit. , p. 387).

circunstância de fato; e *coletivos stricto sensu*, que pertencem a pessoas determinadas ou determináveis (grupo ou categoria) ligadas por uma relação jurídica-base; (ii) *ficticiamente coletivos*, que são direitos individuais comuns com tratamento coletivo (individuais homogêneos).⁵⁴

Processualmente, poderiam ser assegurados por intermédio das *ações coletivas*, estatuídas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 7.347/85. Vale mencionar o Projeto de Código de Processo Coletivo Brasileiro e o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero-América que ampliará a tutela jurisdicional coletiva.

O *Código de Defesa do Consumidor* ao tratar da defesa em juízo dos *interesses transindividuais* utilizou o termo *ação coletiva*,⁵⁵ cujos legitimados são as associações civis, o Ministério Público e outros órgão públicos co-legitimados.

A ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela dos *interesses metaindividuais*: difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos,⁵⁶ como o meio-ambiente, os consumidores, o patrimônio cultural e natural e outros interesses difusos e coletivos. Estes interesses são também protegidos por *Ação Popular* (Lei 4.717/65).

Neste mister, uma importante distinção deve ser feita. Sob o aspecto doutrinário, uma *ação* movida pelo *MP* que verse sobre a defesa de *interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos* deve ser chamada de *ação civil pública*. Se proposta por *associações civis* deve ser denominada *ação coletiva*. Sob o aspecto legal, todavia, a *ação* será *civil pública* sempre que movida com base na Lei 7.347/85, para a defesa de *interesses transindividuais*, ainda que o autor seja ente estatal, *MP*, *associação civil* ou qualquer outro legitimado.

Coletiva será a ação fundada nos artigos 81 e seguintes do *CDC* (Lei 8.078/90), que verse sobre a defesa de *interesses transindividuais*. O *objeto* como se percebe é o mesmo: *interesses transindividuais*, diferindo a sua nomenclatura de acordo com seu fundamento legal.⁵⁷

54. LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*, p. 67-68 e ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, p. 35-36.

55. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do Anteprojeto*, p. 850.

56. LENZA, Pedro. *op.cit.*, p. 157. O artigo 4º da Lei 7347/85 foi alterado pelo Estatuto da Cidade permitindo o ajuizamento de ação cautelar para tutelar à ordem urbanística.

57. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*, p. 21.

A doutrina esclarece que o termo *ação civil pública* tecnicamente não é o mais correto, pois a titularidade da ação nem sempre é de um ente público (MP, União, Estado e Municípios), nem a tutela do processo é sempre um interesse público. Por outro lado, ela é pública no sentido de consagrar um amplo espectro de interesses sociais, permitindo seu acesso à justiça.

Pedro Lenza assevera que tecnicamente não seria correto classificá-la como civil, penal, muito menos pública. O correto seria denominá-la *ação coletiva típica* ou *em sentido estrito* para a proteção de direitos difusos e coletivos em sentido estrito e *ação coletiva em sentido lato* para a tutela dos direitos individuais homogêneos.⁵⁸

A ação civil coletiva pode ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Em geral, o pedido imediato terá natureza condenatória *lato sensu*. Ademais, como bem estatui o art. 83 do CDC, visou o legislador conferir positividade ao princípio da *efetiva e adequada tutela jurídica processual* de todos os direitos consagrados no Código.⁵⁹ Enfim, há autores que defendem uma dicotomia no direito brasileiro entre uma ação para a tutela de direitos *difusos e coletivos strito sensu* (ação civil pública) e outra para a tutela dos *direitos individuais homogêneos* (ação coletiva).⁶⁰

Consoante o *Projeto de Código de Processo Coletivo Brasileiro*, a tutela jurisdicional coletiva pode ser exercida por intermédio da ação civil pública, da ação coletiva passiva,⁶¹ do mandado de segurança coletivo, do mandado de injunção coletivo e das ações populares, sem prejuízo de outras ações criadas por lei. Relevante pontuar ainda que o artigo 2º do *Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos Para Ibero-América*, ao tratar da demanda coletiva, estabelece a necessidade de existência dos requisitos da *prevalência* (das questões comuns sobre as individuais) e da *utilidade* (da tutela coletiva no caso concreto) nas ações coletivas em defesa de direitos individuais homogêneos.⁶²

58. LENZA, Pedro. *op. cit.*, p. 156-158.

59. GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 838.

60. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op.cit.*, p. 26.

61. O próprio projeto esclarece que a *ação coletiva passiva* é a demanda promovida não *pele*, mas *contra* o grupo, categoria ou classe de pessoas. A jurisprudência brasileira, apesar da falta de parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada, reconhece o cabimento dessa ação (*defendant class action* do sistema norte-americano). O cerne do cabimento dessas ações é a representatividade adequada. O regime da *coisa julgada* é simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas, inclusive no que concerne à sentença proferida contra o sindicato que, por sua natureza constitucional de substituto processual, permite que os filiados se submetam à coisa julgada mesmo em caso de procedência da demanda em defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos.

62. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *op.cit.*, p. 866-867.

2. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INFRA-CONSTITUCIONAIS

2.1. As diretrizes do Estatuto da Cidade

A *moradia* contribui essencialmente para a própria formação da personalidade humana, pois abrange o espaço em que o ser humano exerce sua liberdade e interação com sua família. Não pode, portanto, cingir-se à propriedade caracterizada pelo binômio patrimonialidade-titularidade, concebida no seio da autonomia da vontade do século XIX.

Inobstante este *espaço* de ação conjunta deva ser ordenado em prol do interesse social e adequadamente planejado, a estrutura da cidade brasileira reproduz desigualdade social e intolerância, especialmente em bolsões de pobreza e em regiões ameaçadas pela ocupação precária. O planejamento territorial tradicional estabelece *padrões ideais* de urbanização, desvinculados da realidade local e, assim, legitimam as desigualdades existentes.

A legislação federal referente ao direito à moradia, no âmbito urbano, é bastante fértil e complexa. Em decorrência da amplitude dos institutos jurídicos que o norteiam e asseguram, neste trabalho serão focalizados o *Estatuto da Cidade* e a *Medida Provisória 2.220 de 2001*. Antes, porém, considera-se relevante comentar, ainda que brevemente, outros diplomas que tratam do assunto e enfatizam sua dimensão coletiva.

O ordenamento jurídico brasileiro regulamentou a *concessão de direito real de uso* (CDRU) pelo Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967. Pode ser definida como um *direito real resolúvel*, aplicável a terrenos públicos ou particulares, de caráter gratuito ou oneroso, transferível por ato *inter-vivos* ou *causa-mortis*, para fins de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social.

A sua constituição se dá por instrumento público ou particular, celebrado entre concedente (proprietário) e concessionário (posseiro) ou por simples *termo administrativo*, sendo inscrito e cancelado em livro especial. A sua concretização, porém, está condicionada à autorização legislativa (genérica ou específica), avaliação prévia, licitação (concorrência) e ao registro do contrato. Extingue-se pelo descumprimento das cláusulas resolutórias pactuadas no contrato ou termo, sobretudo aquelas relacionadas a desvio de finalidade.

A concessão de direito real de uso poderá permitir a transferência de unidades habitacionais de um conjunto habitacional construído pela Administração às pessoas de baixa renda beneficiárias do atendimento habitacional, ou para

regularizar a situação jurídica da população menos favorecida, ocupante de uma área pública municipal.

No que concerne ao *parcelamento do solo urbano*, a lei federal 6.766/79, em seu artigo 40, dispõe que o governo municipal, se desatendida pelo loteador a notificação, no prazo de um a dois anos, poderá regularizar o loteamento, o desmembramento não autorizado ou executado sem observância das determinações do ato administrativo de licença. O seu objetivo é evitar lesão aos padrões de desenvolvimento urbano e defender dos direitos dos adquirentes de lotes. Critica-se esta lei pela sua ineficácia em coibir os loteamentos irregulares das grandes cidades.⁶³

A lei 9.785 de 29/01/99 (Nova Lei de Parcelamento do Solo) alterou a lei 6.766/79, com o fito de oferecer instrumentos que protejam o direito à moradia, através da proteção da segurança da posse da população moradora de assentamentos urbanos informais, como conjuntos habitacionais e loteamentos populares, destinados à população de baixa renda. A alteração principal concerne ao procedimento de legalização das moradias implantadas em regiões desapropriadas pelo Poder Público e destinadas à população de baixa renda. Para tanto, criou o instrumento da *cessão de posse* e do seu posterior registro público.

O artigo 2º da nova lei modificou o artigo 167 da lei de registros públicos. Doravante, torna-se legal o registro da imissão provisória na posse e respectiva cessão, e a promessa de cessão, quando concedido à União, Estados, Municípios, ou suas entidades delegadas, para a execução de parcelamento popular urbano, destinado às classes de baixa renda.

A modificação possibilita a dispensa do título de propriedade para fins de registro do parcelamento popular de área desapropriada. Imprescindível, porém, que o Poder Público já tenha judicialmente a posse do imóvel. Registrada a imissão provisória na posse, o Município está autorizado a ceder a posse do imóvel às famílias residentes, para fins de assentamento ou regularização fundiária.

Considerando a problemática do planejamento territorial e da habitação, foi elaborado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano o projeto de lei 775/83 (PL 775/83). Embora tido como um marco regulatório para a política urbana, não chegou a ser votado na Câmara dos Deputados.

O Movimento Nacional pela Reforma Urbana, com a redemocratização de fins da década de oitenta, obteve êxito, durante a Constituinte, com a inclusão do capítulo de Política Urbana no texto constitucional, nos artigos 182 e 183.

63. GODOY, Luciano de Souza. op. cit., p. 98.

Em 1989, o Senador Pompeu de Souza (PMDB) propõe o projeto de lei 181/89, que originou o que veio a ser conhecido como *Estatuto da Cidade*. Em virtude da oposição de setores ligados aos proprietários urbanos, a sua tramitação fora paralisada por sete anos.⁶⁴ Finalmente, em junho de 2001 é aprovado pelo Congresso Nacional.

O Estatuto da Cidade tem por princípios a sustentabilidade, a equidade e a democracia direta, além da função social da propriedade urbana.⁶⁵ Estatui o direito à cidade integrado pelo direito à moradia, ao saneamento básico, ao trabalho, à saúde, à educação, ao transporte público, ao lazer e à cultura.

O seu artigo 2º expõe as *Diretrizes Gerais da Política Urbana*. Destacam-se, dentre elas, o inciso I cujo objetivo proposto é a *garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações*. Este dispositivo desvincula o direito à moradia da propriedade da terra, além de registrar que o direito à moradia adequada envolve infra-estrutura e acesso a bens e serviços.

O inciso II demanda uma maior participação do cidadão, individualmente, ou por intermédio de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na *gestão democrática* dos planos, programas e projetos de *desenvolvimento urbano*.⁶⁶

64. Embora Orlando Gomes refira-se a estrutura do país no período da elaboração do Código Civil de 1916, percebe-se a atualidade da descrição se comparada à realidade recente do Brasil: “Esse predomínio da sociedade colonial, na verdade, da estrutura aristocrática criou uma forma de organização social infensa à politização. A classe política fora formada por quem detinha a propriedade territorial e o monopólio de mando, tendo como seus representantes, os doutores, que defendiam seus interesses, *por tradição, por sentimento, por interesse, e pelo instinto conservador de todo poder*” (GOMES, Orlando. op. cit., p. 19).

65. O artigo 1º do Estatuto estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em prol do bem coletivo. Aduz o autor que para o direito civil constitucional a função social da propriedade é uma cláusula geral de caráter promocional, destinada ao intérprete com vistas a assegurar a melhor aplicação da legislação infra-constitucional (GODOY, Luciano de Souza. op. cit., p. 42).

66. “O processo de revisão do Plano Diretor de Salvador foi um exemplo de como não fazer um processo participativo, nos moldes prescritos pelo Estatuto da Cidade. A revisão demorou vários anos; foi suspensa em 2000, em virtude das eleições; e prosseguiu, como política de gabinete, nos anos 2002 e 2003. Dado que não havia participação da sociedade civil, porque as Audiências Públicas não eram divulgadas corretamente, algumas entidades começaram a se organizar e a trabalhar em parceria com o Ministério Público. A Federação de Associação de Bairros, a Ordem dos Advogados do Brasil, organizações não-governamentais de defesa do meio ambiente, dentre outras, elaboraram representação conjunta, para denunciar a dificuldade para ter acesso ao Plano Diretor e o fato de que não participaram nas Reuniões Setoriais feitas antes de o projeto ser tornado público. O Ministério Público, depois do inquérito civil, ajuizou ação civil pública que foi julgada procedente pela Justiça Baiana e anulou o projeto de Plano Diretor e a única Audiência Pública que a Prefeitura alegava ter feito. Conforme a Promotora do Ministério Público Estadual, Dra. Cristina Seixas: ‘Realmente não houve qualquer participação comunitária considerando a ocorrência de um vício

O inciso IV prevê a *ordenação e controle do uso do solo*, porquanto almeja impedir que a retenção especulativa engendre a não utilização ou a sub-utilização do mesmo.

O inciso VI exige a adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos *gastos públicos* aos objetivos do desenvolvimento urbano. A Administração deve privilegiar os investimentos geradores de bem-estar coletivo, além da fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais. Esclarece, por conseguinte, que o orçamento público deve priorizar o desenvolvimento urbano, pois assim permitirá o *desenvolvimento e o bem estar da coletividade*.

Saliente-se a disposição do inciso XIV acerca da regularização fundiária e da urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda. A *regularização fundiária* é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que almeja *legalizar* a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas, em desacordo com a lei, com o fim de habitação. Enseja ainda melhorias no ambiente urbano do assentamento e no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiada.

O objetivo da regularização fundiária é garantir a segurança jurídica da posse dos moradores de áreas que serão regularizadas mediante o registro dos títulos de posse ou de propriedade. Além disso, visa adequar as condições de habitação em assentamentos informais por intermédio de projetos de urbanização. As populações, assim, podem ser integradas legalmente ao espaço urbano, melhorando sua qualidade de vida e possibilitando a efetivação de sua cidadania.

Por fim, o inciso XVI estatui que o *processo de urbanização*, promovido de forma isonômica por agentes públicos ou privados, deve ser pautado pelo interesse

no chamamento do edital e uma série de outros problemas de comunicação e cerceamento de participação'. O Executivo, no entanto, encaminhou à Câmara Municipal de Vereadores esse projeto considerado nulo; e a Câmara deu prosseguimento ao processo. (...) O Ministério Público ainda ingressou com ação contra a Câmara, mas a Justiça entendeu que já havia julgado o processo e o extinguiu. O Ministério Público, sob o fundamento de risco iminente, conseguiu que o Juiz paralisasse o processo pela falta de participação popular, através da concessão da tutela antecipada. O Prefeito, tendo ciência do argumento de que o processo não se desenvolvia de maneira participativa, fez uma Conferência no Centro de Convenções, tentando 'corrigir' esse problema. O vício do Plano Diretor não foi sanado com apenas esta Audiência Pública, que teve caráter informativo (e não de reunião de debates); e em agosto de 2004, foi publicado o Plano Diretor de Salvador (Lei Municipal nº 6586/04) que, para a Dra. Cristina Seixas: 'É um Plano com vertente meramente turística que não apresenta uma política habitacional para a baixa renda nem explicita os instrumentos hábeis para a permitir o acesso da população de baixa renda à terra' ". Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, 29 de Maio a 12 de Junho: "Direito à moradia no Brasil: violações, praticas positivas e recomendações," p. 94-95. Divulgado pelo Instituto Polis, <www.polis.org>, acesso em 19 de novembro de 2006.

social, o que reitera a imprescindibilidade do cumprimento da função social da posse e da propriedade.

2.2. Usucapião especial urbano

O Estatuto da Cidade, em seu artigo 4º, V, estabelece alguns institutos jurídicos e políticos que configuram importantes instrumentos de política urbana como a desapropriação, servidão administrativa, limitação administrativa, tombamento de imóveis ou móveis urbanos, instituição de unidades de conservação e *Zonas Especiais de Interesse Social*, concessão de direito real de uso e de uso especial para fins de moradia e o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios.

Acrescenta ainda o *usucapião especial de imóvel urbano*, direito de superfície, direito de preempção, outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso, transferência do direito de construir, operações urbanas consorciadas, regularização fundiária, assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos e, por fim, o referendo popular e plebiscito. Embora as diretrizes estejam consolidadas no Estatuto, cada um desses instrumentos rege-se pela legislação específica pertinente.

O município deve elaborar cuidadosamente o seu *plano de urbanização* para realizar as intervenções previstas na Zona Especial de Interesse Social (ZEIS). Este plano deverá ser estabelecido por meio de *decreto* do Poder Executivo municipal. A *ZEIS* é uma categoria específica de zoneamento da cidade, permitindo a aplicação de normas especiais de uso e ocupação do solo para fins de regularização fundiária de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e de edificações. A sua instituição ocorre por *lei municipal*, que pode ser a lei que institui o Plano Diretor, ou lei municipal específica.

Apresenta um vício de legalidade a instituição do plano de urbanização por decreto, pois a delimitação das áreas como *ZEIS* somente pode ser efetuada por meio do próprio Plano Diretor, ou lei municipal específica. Por conseguinte, a definição destas áreas como áreas de interesse social e as restrições de uso e ocupação do solo para outros tipos de usos (comercial, industrial) são instituídas por lei municipal, através da Câmara Municipal de Vereadores.

O plano de urbanização deverá definir as formas de gestão e implementação da *ZEIS*, assim como assegurar a participação da população, da iniciativa privada, das associações e cooperativas de moradores, além de instituir um Conselho Gestor, responsável pela supervisão do plano de urbanização. Imprescindível também a construção de uma infra-estrutura adequada. Avaliando as peculiaridades locais,

os projetos devem conter sistema de abastecimento de água e coleta de esgotos, drenagem de águas pluviais, coleta regular de resíduos sólidos, iluminação pública, adequado sistema de circulação de veículos e pedestres e tratamento sustentável das áreas verdes públicas.

Na área social deve especificar as atividades a serem desenvolvidas para geração de emprego e renda e constituir um plano de ação social, com vistas a atender às necessidades da população de baixa renda a ser beneficiada pelo plano de urbanização.

Um outro instrumento que merece análise é o *Usucapião*⁶⁷ *Especial Urbano*, que serve como um instrumento de regularização fundiária e garante o cumprimento da função social da propriedade. Estatuído na Constituição Federal, artigo 183,⁶⁸ e no Estatuto da Cidade, artigos 9º ao 14º, trata-se de forma originária de aquisição da propriedade urbana pelo posseiro e o posterior registro em seu nome no Cartório de Registro de Imóveis.

Esta modalidade de usucapião exige requisitos de três ordens: pessoal, real e formal.⁶⁹ O usucapiente deverá ser homem ou mulher, nacional ou estrangeiro, que utilize a área urbana para sua moradia ou de sua família, e não pode o beneficiário ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural. Demonstra claramente a preocupação com a justiça distributiva ao conceder o imóvel àquele que outro não possui. A área urbana deve ter metragem máxima de duzentos e cinquenta metros quadrados. Salienta a Constituição, a impossibilidade de se usucapir imóvel público (artigo 183, § 3º). Por fim, a posse deve ser ininterrupta, mansa, pacífica e com ânimo de dono, pelo prazo mínimo de cinco anos. A prova da inexistência de imóvel no próprio município deve caber ao usucapiente, ao passo que o ônus da prova de demonstrar a ausência de propriedade em outros registros imobiliários do país será do réu.⁷⁰

67. “A *usucapio* romana existia com dois objetivos - converter em propriedade o que um cidadão havia adquirido de quem não era o verdadeiro dono; e, também, quando vendedor e comprador não observavam o modo de aquisição necessário para a transferência da propriedade. Utilizava-se a *traditio*, ao invés da *mancipacio* e da *in iure in cessio*. O instituto é anterior à lei das XII Tábuas” (GODOY, Luciano de Souza. op. cit., p. 85).

68. Embora não seja objeto deste trabalho, interessante comentar a regulamentação do *usucapião agrário* nas constituições brasileiras. A Constituição de 1934, em seu artigo 125, disciplinou pela primeira vez o *usucapião constitucional agrário ou usucapião especial rural*. Posteriormente, dispositivo semelhante foi incluído na Constituição de 1937, artigo 148 e na Constituição de 1946, no artigo 156, § 3º. O Estatuto da Terra, lei 4.504/64, regulou esta modalidade de usucapião em seu artigo 98. A Constituição de 1967 não tratou do assunto. Por fim, a Constituição Federal de 1988 previu o usucapião agrário em seu artigo 191 (GODOY, Luciano de Souza. Idem, p. 86).

69. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, p. 188.

70. GODOY, Luciano de Souza. op. cit, p. 89.

Nos termos do § 3º do artigo 9º Estatuto da Cidade, protegeu-se o herdeiro legítimo que continua com pleno direito à posse do seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Admite-se também a soma da posse do herdeiro legítimo à posse do seu antecessor, para computar período de posse de cinco anos. Permite a lei, portanto, a *sucessio possessionis*, a junção das posses por ato de transmissão *mortis causa*.⁷¹

Um grande avanço à implementação do direito à moradia foi o *Usucapião Especial de Imóvel Urbano Coletivo*, disposto no artigo 10 do Estatuto da Cidade. Demanda a posse de área urbana com metragem máxima de duzentos e cinquenta metros quadrados, ininterrupta e sem oposição, ocupada por população de baixa renda, por no mínimo cinco anos. O local tem por característica a impossibilidade de se identificar os terrenos ocupados por cada possuidor. As frações ideais poderão ser iguais, independente da dimensão de terreno ocupada por cada possuidor, ou diferentes, com base em acordo escrito celebrado entre os condôminos.

Os sujeitos legitimados para pleitear a aquisição do domínio por este instrumento são o possuidor, isoladamente, em litisconsórcio originário ou superveniente ou os possuidores, em estado de composses. Na qualidade de substituto processual, a lei permite a associação de moradores da comunidade, desde que regularmente constituída e explicitamente autorizada pelos representados.

O processo tem caráter *coletivo*, pois não se trata da proposição de diversas demandas individuais, mas da tutela de *interesses transindividuais*, que permite a aquisição da propriedade por uma coletividade.

O artigo 1228, § 4º prevê uma espécie de *desapropriação indireta*⁷² realizada a partir da desapropriação de imóvel de extensa área, com posse ininterrupta e de boa-fé por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas que hajam realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços reputados de interesse social e econômico relevante pelo juiz. Determinará o magistrado ainda a justa indenização ao proprietário. Uma vez pago o preço estabelecido, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores legitimados. O grande óbice é a exequibilidade deste dispositivo, pois os ocupantes não poderão arcar com a indenização, restando ao poder público saldar o débito.

71. GODOY, Luciano de Souza. *Idem*, p. 92.

72. “A modalidade se diferencia da usucapião coletiva (art. 10 EC), dentre outras razões, pois se houvesse a posse com intenção de dono, naturalmente os possuidores optariam pela gratuidade, pela via da alegação da usucapião em defesa (art. 12 da Lei nº. 10257/01)” (FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *op. cit.*, p. 47 e 50).

Sugere-se que a indenização seja paga pelo Município, em caso de imóveis urbanos (art. 30, VIII, da CF) ou pela União, no caso de imóveis rurais. Estes entes figurariam no processo como litisconsortes necessários com o intuito de regularizar a legitimação processual. Em contrapartida, segundo o Enunciado 84 do Conselho de Justiça Federal “a defesa fundada no direito de aquisição com base no interesse social deve ser argüida pelos co-réus em ação reivindicatória, eles próprios responsáveis pelo pagamento da indenização.”

A melhor exegese do dispositivo remete ao magistrado a avaliação, na lide concreta, se os beneficiários poderiam arcar com os custos da indenização, pois caso contrário imputa-se a obrigação ao Poder Público.⁷³ A indenização deverá ser revertida em dinheiro (art. 5º, XXIV) por não ser modalidade de desapropriação sanção e sim por interesse social.

Nos termos do artigo 14 do Estatuto, na ação judicial de usucapião especial de imóvel urbano, o rito processual a ser observado é o *sumário*. A aquisição do domínio, neste caso, depende de sentença judicial declaratória, que valerá como título para registro no cartório de registro de imóveis. O juiz, ao proferir a sentença, delimitará a fração ideal de terreno de cada um dos possuidores.

A Súmula 237 do STF trata da exceção de usucapião, “O usucapião pode ser argüido em defesa”. Neste caso, se a ação principal (reivindicatória ou possessória) for julgada improcedente, ter-se-á coisa julgada entre as partes, embora não possa a sentença ser transcrita no registro imobiliário. Necessária, então, a ação de usucapião que exige outros requisitos como a citação dos confrontantes e terceiros eventualmente interessados. A sentença proferida no seio deste procedimento em contraditório servirá como título de propriedade passível de registro.

O artigo 167 da *Lei de Registros Públicos* foi alterado para autorizar o registro das sentenças declaratórias de usucapião. O registro da sentença exige, contudo, a abertura de uma matrícula específica para o registro resultante da sentença. O artigo 13 do Estatuto da Cidade inovou com relação à súmula supra mencionada, ao permitir que a sentença que reconhecer o usucapião especial de imóvel urbano, mesmo que alegado em matéria de defesa, servirá como título para registro no cartório do registro de imóveis. Indaga a doutrina acerca da natureza jurídica da sentença e o seu efeito na aquisição da propriedade. Orlando Gomes postula a natureza declaratória da sentença de usucapião, com efeitos *ex tunc*, ou seja, desde o início da posse. Silvio Rodrigues, porém, defende ser a sentença constitutiva.⁷⁴

73. FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Idem*, p. 47.

74. GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, p. 154 e RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*, v. 5, p. 114.

2.3. Concessão de uso especial para fins de moradia

Uma alternativa ao usucapião, tendo em vista que a Constituição veda o usucapião sobre as terras públicas, é a *concessão de uso especial para fins de moradia*,⁷⁵ considerado instrumento hábil para a regularização fundiária das terras públicas informalmente ocupadas pela população de baixa renda.⁷⁶

Saliente-se que a concessão de uso não possibilita a obtenção do domínio da área pública por parte do possuidor, como ocorre no usucapião urbano. O domínio do imóvel continua pertencendo ao Poder Público, tendo o possuidor o *direito de uso para fins de moradia*. Este direito poderá ser extinto pelo Poder Público por desvio de finalidade, ou seja, se o beneficiário deixar de manter a finalidade de sua própria moradia ou de sua família. Ressalve-se que, embora o direito seja transferível por ato *inter vivos* ou *causa-mortis*, o beneficiário deve ter a *anuência da Administração Pública*, para que o uso do imóvel continue atendendo ao seu intuito de destinar a moradia para as pessoas mais carentes. Evita-se, desse modo, a utilização especulativa do terreno.

A *concessão de uso especial* para fins de moradia foi reconhecida pela Constituição Federal, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 183, que possibilita a concessão de uso ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. Cumpre, assim, o princípio da isonomia e da função social da propriedade e da posse, ao garantir aos habitantes de regiões precárias, independentemente de viverem numa área particular ou pública, o exercício do direito à moradia.

A Medida Provisória 2220/01, em seu artigo 1º outorga o direito à concessão de uso especial para fins de moradia às pessoas que atendam a determinados requisitos. Até 30 de junho de 2001, possuem como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, imóvel público de até duzentos e cinquenta metros quadrados, situado em área urbana. Exige ainda que estejam utilizando o imóvel público para sua moradia ou de sua família e que não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. Adverte, contudo, que não será reconhecido ao mesmo possuidor por mais de uma vez.

75. A concessão real de uso para fins de moradia não se confunde com a concessão disciplinada pelo DL 271/67, por ter como finalidade *exclusiva* a moradia, ao contrário daquela objeto do decreto passível de outras finalidades (FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. op. cit, p. 302).

76. “Nada obstante, na senda da MP 2.220/01, que institui a concessão de direito real de uso para fins de moradia, cremos que o terreno público abandonado ou devoluto que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não pode servir de meio de exclusão de acesso à moradia. O titular do direito subjetivo à moradia pode invocá-la contra o Estado, como contra qualquer particular” (FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Idem, p. 49).

No plano sucessório, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão. Reconhece-se ao herdeiro legítimo que já estivesse morando no local o direito de acrescer o prazo de posse de seu antecessor.

Inovou o diploma ao reconhecer o direito à concessão de uso especial para fins de moradia de forma *coletiva*, desde que atenda os requisitos supra mencionados e que não seja possível identificar os lotes de terreno ocupados por cada possuidor. A sentença judicial terá os mesmos efeitos do usucapião coletivo, constituindo um *condomínio especial*.

O seu reconhecimento pode se dá por *via administrativa* ou *via judicial*, sendo necessário delimitar a fração ideal de terreno de cada possuidor, desde que não exceda duzentos e cinqüenta metros quadrados.

O sujeito poderá pleitear a concessão perante a Administração Pública, que terá o prazo de 12 meses para decidir sobre o pedido, contado da data do seu protocolo. Esse protocolo deve ser requerido ao ente federativo que tem a Administração do imóvel público. O pedido poderá ser formulado individual ou coletivamente por um grupo de indivíduos posseiros em estado de composses ou pela associação de moradores da comunidade.

Diante da recusa ou omissão da Administração Pública sobre o pedido de outorga da concessão especial, o sujeito poderá recorrer ao Poder Judiciário. A sentença declaratória do Judiciário poderá ser registrada como título no cartório de registro de imóveis. O procedimento deverá ser o mesmo do usucapião urbano.

O direito à concessão de uso especial para fins de moradia extingue-se em duas situações: se o concessionário fornecer ao imóvel destinação diversa da moradia para si ou para sua família ou se adquirir a propriedade ou a concessão de uso de outro imóvel urbano ou rural.

Indaga-se caso o Poder Público detém a faculdade de outorgar a concessão em lugar diverso daquele ocupado pelo possuidor. O artigo 4º da MP expõe que se a ocupação for numa área pública considerada de risco à vida ou à saúde dos ocupantes, destinada a projeto de urbanização, de interesse da defesa nacional, de preservação ambiental, de proteção de ecossistemas naturais, reservado à construção de represas e obras congêneres, faculta-se ao Poder Público garantir o exercício do direito em outro local.

Uma interpretação sistemática deve ser implementada acerca da questão, pois uma breve análise poderia erroneamente levar ao reconhecimento de antinomias,

considerando as regras, do código civil e da lei de licitações, sobre o regime dos bens públicos. Estes diplomas, contudo, diante de situações específicas como a concessão de uso para fins de moradia, não são aplicáveis. Deve-se observar, portanto, a disposição do § 1º. do artigo 183 da Constituição e a Medida Provisória 2.220 de 2001.

Excepcionalmente, nestas situações, por respaldo constitucional, a Administração Municipal prescinde de autorização legal, seja para outorgar a concessão especial de uso para fins de moradia, seja para desafetar áreas públicas. A concessão será outorgada por *via administrativa*, sem necessidade de uma lei específica.

2.4. A constitucionalidade das normas infra-constitucionais

O direito à moradia adequada demanda uma eficiente e democrática gestão, além de políticas públicas inclusivas e transparentes. Assim, imprescindível uma equipe de profissionais que tratem os diversos aspectos envolvidos na questão como urbanístico, jurídico e social. Importante também a colaboração do Ministério Público e do Poder Judiciário.

A participação popular é fundamental, por intermédio de assembleias comunitárias, formação de comissões gestoras, articulação com lideranças dos movimentos de luta pela moradia e avaliação de diagnósticos coletivos dos problemas habitacionais locais.

O acesso à justiça, fundamentado no artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal, deve ser ampliado à população necessitada, seja pela Defensoria Pública Estadual ou Federal, por convênios com Universidades, OAB e Organizações não-governamentais ou por órgãos de assistência jurídica municipal, que posam orientar os grupos mais vulneráveis acerca de seus direitos e garantias fundamentais e promover ações coletivas na defesa dos interesses individuais e coletivos. O próprio Estatuto da Cidade estabelece, como um dos instrumentos para a promoção da política urbana, a assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades menos favorecidas.

Em suma, o direito à moradia poderá ser efetivado por intermédio de instrumentos administrativos ou judiciais como a ação administrativa ou judicial para *concessão de uso especial para fins de moradia*, a ação judicial pleiteando o *usucapião urbano individual* ou *coletivo* e de *ações coletivas*, como *ação civil pública* e *mandado de segurança coletivo*, para evitar a execução de projetos e planos que resultem em violação e lesão ao exercício do direito à moradia.

O Estatuto da Cidade foi um diploma inovador ao permitir, em seu artigo 10, o *usucapião coletivo*, assim como a Medida Provisória 2.220 de 2001, em seu artigo 2º que regulamentou a concessão de uso especial para fins de moradia, em sua modalidade coletiva.

Em decorrência desta postura inovadora questiona-se caso a legislação infra-constitucional não estaria exorbitando os seus limites, ao ir *além* da constituição federal, porquanto as norma infra-constitucionais podem ou não se coadunar ao diploma constitucional, dependendo da adequação ao seu conteúdo.⁷⁷

Aduz Tércio que, considerando a aspiração dogmática de que constituições devem ser concebidas como princípio de validade das demais normas de um sistema, pode-se dizer que a legitimidade constitucional é a pedra fundamental de validade do sistema. Disso decorre que normas e situações normadas infraconstitucionais serão válidas ao integrarem o arcabouço de imunização constitucional. Uma expectativa normativa ordinária que vai de encontro à constituição não poderá ser neutralizada, a saber, acatada como válida.⁷⁸

A legitimidade do poder político relaciona-se intimamente com o respeito aos direitos fundamentais, ao pluralismo de iniciativas e alternativas sociais, limitando o poder estatal e racionalizando o processo político.

Figura-se de suma importância, neste contexto, os direitos fundamentais, sejam aqueles que extrapolam o rol constitucional, ao serem admitidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil,⁷⁹ sejam aqueles que, mesmo previstos constitucionalmente, possuem normas infra-constitucionais que promovam e ampliem sua efetivação.

Uma leitura mais progressiva do direito à moradia forneceria uma resposta negativa ao questionamento. Os diplomas infra-constitucionais ampliaram a eficácia deste direito, estabelecendo a sua tutela coletiva, o que aumenta o poder de pressão dos grupos menos favorecidos e possibilita a concessão da propriedade ou da posse em áreas de difícil loteamento e divisão, além de auxiliar a celeridade dos procedimentos.

Expôs Godoy que, “Incorpora a lei ao instituto do usucapião um elemento novo que traduz, para o usucapião, a realidade das grandes cidades brasileiras – áreas urbanas ocupadas irregularmente por inúmeras famílias.”⁸⁰

77. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*, p. 59.

78. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. op. cit, p. 22.

79. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*, p. 33.

80. “No entanto, essa lei trouxe uma outra forma de aquisição por usucapião urbano, mais uma vez impondo uma evolução ao instituto” (GODOY, Luciano de Souza. op. cit, p. 87).

Portanto, a visão deste trabalho favorece a amplitude da efetivação da moradia adequada, coibindo, assim, o retrocesso, tendo em vista o longo período de maturação dos diplomas que vieram a tutelá-lo, em oposição ao rápido avanço da desorganização urbana, demonstrando claramente que o Direito, diante das esfuziantes alterações da realidade, *está em mora com os fatos*⁸¹ e, por isso, os avanços devem ser mantidos.

Como bem explicitou Orlando Gomes, a ordem jurídica decorre da realidade e revela os interesses econômicos correspondentes às relações sociais (infra-estrutura). Assim, a tutela da propriedade demonstra uma opção política em um dado momento histórico.⁸²

Impinge notar uma grande *mudança de mentalidade* acerca da propriedade privada concebido outrora como *direito intocável*. Esta concepção arrefeceu, favorecendo a defesa dos interesses difusos e a limitação do seu uso.⁸³ A propriedade como direito subjetivo, que *tem função social*, convive com a propriedade como *potestas que é função social*.⁸⁴

O ordenamento brasileiro atual almeja equilibrar o direito constitucional de propriedade, basilar para a formação de capital e, por consequência, uma das condições do desenvolvimento econômico⁸⁵ e a sua funcionalização, da qual decorre o *bem estar* coletivo.

Assim, uma vez que tamanho progresso fora alcançado no direito positivo, parte-se, em seguida, para sua consecução do âmbito judicial. A atuação do Judiciário na efetivação do *direito fundamental à moradia*, embora deva ser pautada pelo princípio da cooperação e da efetividade, reflete algumas contradições. Relevante, portanto, examinar, à luz da hermenêutica constitucional, os princípios norteadores da atividade jurisdicional.

81. “Encarados os fatos sociais de um ângulo que os abarque em todas as perspectivas para o exame de uma sociedade em mudança, especialmente a que se esforça para liquidar o subdesenvolvimento, o que, de logo, desperta a atenção do observador é a assincronia das transformações” (GOMES, Orlando. *Direito e Desenvolvimento*, p. 10).

82. GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, p. 86. A Lei Fundamental Alemã, art. 14, alínea 2, estatui que “a propriedade obriga. O seu uso deve ao mesmo tempo servir para o bem estar geral”.

83. GOMES, Orlando. *A função social da propriedade*, “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia, 1984, p. 3.

84. GOMES, Orlando. *Idem*, p. 10.

85. GOMES, Orlando. *Direito e Desenvolvimento*, p. 94.

3. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1. Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais

A positivação, inobstante essencial, não se apresenta suficiente. Com vistas à efetivação do direito à moradia, busca-se uma *hermenêutica constitucional* desatrelada da estrutura formalista, que não mais se adapta às necessidades atuais.

O processo dominante no século XIX fora permeado pela filosofia do *laissez faire* e, por conseguinte, destinava ao órgão judicial um papel passivo, sendo sua principal função assegurar o atendimento às determinações formais do processo.⁸⁶

Neste contexto, erigiu-se o Estado de Direito, caracterizado por uma ordem estatal livre e instituidora de normas positivas garantidoras da certeza e segurança. A interpretação deveria ser uma *interpretação de bloqueio*, seguindo os princípios da legalidade e estrita legalidade. No entanto, o normativismo rigorosamente positivista não conseguiu abarcar a complexidade da norma constitucional, em decorrência de suas especificidades.

Merece ser apontada a lição de Max Weber que entendeu a formalização do direito como expressão da racionalidade. Segundo Tércio, Weber visualizou uma distinção entre *procedimentos interpretativos de bloqueio* (hermenêutica tradicional) e *procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais* (considerando a constituição). Os procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais exigem a qualificação de *conceitos indeterminados* como interesse público, coletivo, individual, os quais para serem aplicados demandam certa *discricionariedade hermenêutica* e a *concretização* do arcabouço axiológico constitucional.⁸⁷

Acrescente-se ainda que a complexidade dos preceitos constitucionais submete-se a duas ordens de condições: (i) a ordem normativo-estrutural (para a realização da norma exige-se meios sociais e técnicos) e (ii) a ordem jurídico-funcional (o Estado Social está vinculado à realização de seus objetivos e o intérprete deve avaliar a adequação entre meios e fins).⁸⁸ A inter-relação destas ordens reflete a transição do *Estado de Direito* para o *Estado de Bem Estar Social*.

Adequadamente Edvaldo Brito analisou as duas versões em que apareceu o Estado social: o *Estado social radical ou extremista* e o *Estado Social moderado*. Na primeira versão há supressão do conteúdo das liberdades individuais e a

86. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Garantia do Contraditório”. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 136. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, p. 38-39.

87. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. op. cit., p. 10-12.

88. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. Idem, p. 12.

eliminação da divisão de poderes, sendo a lei considerada um mero instrumento sob controle dos detentores do poder.⁸⁹ Sob os auspícios da segunda, o catálogo dos direitos fundamentais amplia-se na direção dos *direitos econômicos, sociais e culturais* e no reconhecimento da liberdade em sua dimensão positiva. Tal abertura semântica engendra uma transformação dos sistemas de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade e retrata a *estruturação do Estado Democrático de Direito* (Preâmbulo e art. 1º).⁹⁰

No seio do Estado *moderno-solidarista*, construiu-se o processo constitucional, que se tornou um instrumento público a ser regido por um juiz participativo e responsável. Este, em sua atividade, deve estar atento ao *princípio do contraditório* e ao *princípio da efetividade* que exige a superação de antigos modelos de tutela jurisdicional para determinadas situações lesivas, em prol da mais eficaz realização do direito material.⁹¹

No mesmo sentido, a hermenêutica que prima pela *legitimação de aspirações sociais* traz a lume o *princípio da cooperação*, que outorga a todos os atores processuais deveres de colaboração⁹² e a responsabilidade pelo atendimento de suas necessidades recíprocas.

Os direitos fundamentais criam os pressupostos básicos para o exercício da liberdade e da *dignidade humana*. A concepção tradicional que os enxergava como garantias ou direitos de defesa do cidadão frente ao Estado cedeu ao seu *status* moderno de *direitos constitutivos institucionais*.⁹³

Diante da tensão entre valores constitucionais, como o *direito de propriedade* e o atendimento à sua *função social*,⁹⁴ realiza o magistrado um juízo de

89. BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*, p. 20.

90. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. op. cit., p. 55.

91. “E não basta à prestação jurisdicional ser eficaz. Impõe-se seja também expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, ‘sem dilações indevidas’” (ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, p. 64).

92. Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tantos as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil – O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 269).

93. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Idem, p. 262-264.

94. “Ao estudarmos a função social da propriedade, procuramos buscar soluções para aquelas situações em que o proprietário exerce a sua liberdade de ação, mas é leniente na missão de outorgar uma destinação útil àquilo que lhe pertence. Será ele sancionado pelo ordenamento jurídico por omitir-se em dar efetividade ao *direito fundamental difuso* do art. 5º., XIII, da Constituição Federal. O proprietário é titular de direitos subjetivos, mas os seus poderes implicam assunção de responsabilidade perante a coletividade (FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 42, grifo nosso).

proporcionalidade.⁹⁵ O caso concreto, no entanto, é o melhor parâmetro para se estabelecer a dimensão real de um direito. Antes, tem-se somente uma sinalização de qual valor deverá prevalecer quando em confronto com outros valores e interesses.⁹⁶

Na *função social da posse*, o possuidor não mais se vislumbra como um sujeito passivo universal diante do titular do direito de propriedade, mas persegue o seu acesso a bens que proporcionem o *mínimo existencial* a ele e a sua família. A *funcionalização social da propriedade*, neste caso, caberá ao possuidor. Ressalte-se que a função social da posse está intimamente ligada ao direito de moradia como *direito fundamental de índole existencial*. Nasce, então, a órbita de tensão entre o *direito fundamental individual de propriedade* (estatuto patrimonial) do artigo 5º, XII e o *direito subjetivo metaindividual* do inciso XIII (estatuto existencial).⁹⁷

Havendo uma colisão⁹⁸ entre direitos fundamentais, este será dirimido pela aplicação da técnica da *ponderação dos valores*, sopesando os bens jurídicos tutelados por princípios e regras constitucionais, e determinando a prevalência de um sobre o outro, em um caso específico, sem que isso determine a sua superioridade hierárquica.

Diferenciam-se dos princípios⁹⁹ que prescrevem valores e diretrizes, encerrando *mandados de otimização*, as regras, que são normas que descrevem, em sua estrutura lógico-deôntica, uma hipótese fática e uma consequência jurídica. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*, ou regula a matéria inteiramente ou estará sendo descumprida.¹⁰⁰

95. Um estudo sobre o *princípio da proporcionalidade* e sua fundamental importância no constitucionalismo atual ver o texto de Willis Santiago GUERRA FILHO. “Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz.” In: *Coletânea de estudos em homenagem à Teresa Wambier*. No prelo.

96. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, p. 24.

97. FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 42 e 50.

98. “O conceito de colisão de direitos fundamentais pode ser compreendido estrita ou amplamente. Se ele é compreendido estritamente, então são exclusivamente nas quais direitos fundamentais tomam parte colisão de direitos fundamentais. Pode-se falar de colisões de direitos fundamentais em sentido estrito. Em uma compreensão ampla são, pelo contrário, também colisões de direitos fundamentais com quaisquer normas ou princípios, que têm como objeto bens coletivos, colisões de direitos fundamentais. Isso é o conceito de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67).

99. Inovando, Humberto Ávila propõe que o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado) (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 129).

100. Neste sentido ver: ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, p. 86. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*, p. 37. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 24.

Sob este prisma, vislumbra-se a ordem jurídica como entrelaçamento de regras e princípios em diversos níveis de abstração, chegando-se até a decisão judicial, cuja legitimidade dependerá da adequada incorporação dos direitos fundamentais e do rigor argumentativo em relação às motivações que fornecem razões, não sendo coercitivas, nem arbitrárias.

Havendo conflito entre as regras, existe uma série de diretrizes a serem seguidas para aniquilar antinomias¹⁰¹ e métodos de integração, em casos de lacuna. No tocante aos princípios, embora convivam em permanente harmonia, podem surgir conflitos em sua aplicação no caso concreto.

Não obstante os princípios permaneçam íntegros em sua validade, a sua eficácia pontualmente remodela-se consoante às circunstâncias da situação específica a ser julgada. Paradoxalmente, este estado conflitivo permite a estabilidade do sistema.¹⁰²

Constata-se um adensamento do ativismo do órgão judicial, a partir do momento em que o magistrado torna-se obrigado a lidar com conceitos indeterminados, cláusulas abertas e juízos de equidade, não se limitando a um mero processo de subsunção do fato à norma, mas ao preenchimento valorativo de termos legais definidos no próprio processo.¹⁰³

Em um sistema jurídico desprovido de lacunas, a função do juiz cinge-se à elaboração mecânica de soluções, usurpando do direito o seu conteúdo vital. Em contrapartida, em um sistema aberto a princípios, em que o direito é vivificado, *não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático*.¹⁰⁴

Assevera Tércio que, embora a legitimidade da constituição não esteja vinculada a sua concretização, este deve ser o seu sentido de orientação, fiscalizado contra as omissões do poder público. *A síntese da legitimidade da constituição*

101. “A ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articulam harmoniosamente. Não se amolda à idéia de sistema a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de normas distintas, contrastantes entre si. Justamente ao revés, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis” (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, p. 9).

102. “Não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direitos fundamentais em sentido estrito com também para tais em sentido amplo” (ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, p. 67).

103. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Efetividade e Tutela jurisdicional”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 34, 2004, p. 666.

104. SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*, p. 42.

é a *democracia social* que encerra a esperança de uma sociedade socialmente justa.¹⁰⁵

A participação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário,¹⁰⁶ assim como de todos os cidadãos, na concretização dos direitos fundamentais torna-se instrumento fundamental de uma legítima *democracia social*. Na própria sociedade civil pode-se vislumbrar o reconhecimento do controle da legitimidade constitucional, não como uma fiscalização meramente formal, mas como uma missão de tornar a *constituição real e não um texto cuja interpretação é privilégio dos juristas*.¹⁰⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Moderno adensou seu arcabouço normativo-executivo e assumiu uma nova configuração como Estado do Bem Estar Social, a partir da incorporação dos *direitos econômicos, sociais e culturais* e do escopo de efetivação da justiça social. Refletindo este paradigma no marco constitucional, a Emenda 26 de 2000 consagrou o *direito social à moradia*, objeto do presente trabalho.

Neste, analisou-se os parâmetros normativos e doutrinários que permitem uma real compreensão do tema, especialmente considerando a sua interação, ou possível paradoxo, com o direito de propriedade, ambos entendidos como *direitos fundamentais*, e a possibilidade de um equilíbrio, partindo-se da ponderação de interesses no caso concreto, norteadas pela *função social da posse e da propriedade* e pelo vetor da dignidade da condição humana.

Estudou-se o direito à moradia, sob a perspectiva do *Estatuto da Cidade* e da *MP 2.220/01*, focalizando institutos como o *usucapião especial coletivo* e a *concessão especial de uso para fins de moradia*.

À luz da *hermenêutica constitucional*, almejou-se elaborar uma síntese que captasse a sua concretização no espaço urbano. O Estado não pode invocar como argumento para se exonerar da efetivação dos direitos sociais a simples ausência de recursos, pois atingiria o próprio cerne destes direitos como fundamentais. No seu cumprimento reside a própria *razão* da elaboração e execução de políticas públicas adequadas, como uma política urbana participativa e inclusiva. A Cons-

105. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. op. cit, p. 58.

106. “C’est donc au juge, confronté à des litiges entre propriétaires et occupants, soutenus par des associations humanitaires, de mettre en oeuvre le droit à l’habitat qui s’oppose au droit de propriété” (CHARVIN, Robert, SUEUR, Jean-Jacques, op. cit., p. 158).

107. FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. op. cit, p. 57.

tuição, ao positivizar o *direito à moradia*, outorgou à Administração o poder-dever de adotar medidas razoáveis para aliviar a situação daqueles que não possuem nem o mínimo vital de sua dignidade assegurado: a habitação. Ademais, vislumbrou-se a sua natureza jurídica como *direito metaindividual*, dispondo de instrumentos jurídicos que possibilitem sua inserção no contexto do desenvolvimento econômico e do planejamento urbano, sobretudo tendo em vista uma ampla dimensão do direito à moradia adequada como essencial à *cidadania*. O Poder Judiciário foi examinado à luz do princípio da cooperação, cujo corolário é a abrangência dos deveres de colaboração intersubjetiva. Saliente-se ainda, o crescimento da responsabilidade do órgão judicial, fortalecendo o diálogo e contribuindo para a efetivação da justiça social no seio do processo coletivo.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ALEXY, Robert. “Colisão de direitos fundamentais e a realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” *Revista de Direito Administrativo*, Publicações Renovar, 217: I-VI:1-398, Rio de Janeiro, jul/set, 1999.
- _____. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional”. *Revista de Direito Administrativo*, Publicações Renovar, 217: I-VI:1-398, Rio de Janeiro, jul/set, 1999.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.
- ALFONSIN, Jacques Távora. *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BACHOF, OTTO. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. C. da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7ª Ed. Atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

- BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- _____. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª. Ed. Lisboa: Almedina, s/d.
- CHARVIN, Robert, SUEUR, Jean-Jacques, FARJAT, Gerard. *Droit de l'homme et libertés de la personne*. 12ª Ed. Paris: Litec, 1997.
- CLÉVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- COMPARATO. Fabio K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. “Proteção, Promoção e Violação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: a Responsabilidade do Estado no Direito Interno e no Direito Internacional.” In: 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Série de Eventos 8, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Violação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e seu Impacto no Exercício dos Direitos Cívicos e Políticos*. In: 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos, Série de Eventos 8, 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.
- FERRAZ, JR, Tércio Sampaio, DINIZ, Maria Helena e GEIRGAKILAS, Ritinha A. S. *Constituição de 1988. Legitimidade, Vigência, Eficácia e Supremacia*. São Paulo: Atlas, 1989.
- FRAGA, Mirtô. *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Brasília: Forense, 1998.
- GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- GOMES, Orlando. *A função social da propriedade*, “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António de Arruda Ferrer Correia, 1984.
- _____. *Direito e desenvolvimento*. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.
- _____. *Direitos Reais*, 19ª. Ed., revista, atualizada e aumentada por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz.” In: *Coletânea de estudos em homenagem à Teresa Wambier*. No prelo.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto*, 8a. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- INSTITUTO POLIS. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, 29/05 a 12/06 de 2004: “Direito à moradia no Brasil: violações, práticas positivas e recomendações.” Divulgado pelo Instituto Polis, <www.polis.org>, acesso em 19 de novembro de 2006.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: RT, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 2005.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____. “Efetividade e Tutela jurisdicional”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 34, 2004.
- _____. “Garantia do Contraditório”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.

ROGRIGUES, Silvio. Direito Civil, v. 5, 19ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SHIHATA, Ibrahim, F. I. *The World Bank in a Changing World – selected essays*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

SILVA, Clovis V. C. e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

XVI

LINGUAGEM, INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL

Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar

Juiz Federal Substituto em Salvador. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Processual Penal, nível de pós-graduação *lato sensu*, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Ex-Promotor de Justiça do Rio Grande do Norte. Ex-Defensor Público da União.

RESUMO: Este artigo cuida das relações entre linguagem, interpretação e decisão judicial, partindo de um estudo que evidencia as diferentes vertentes de tratamento das questões de filosofia lingüística e de aplicação do direito que são verificadas, com ênfase no contraste entre o entendimento da linguagem como instrumento de manifestação do direito e como fio condutor da compreensão jurídica.

ABSTRACT: The present study deals with the relations between language, interpretation and court decision, through a study that evidences the different sources of treatment of the linguis-

tic philosophy questions and of application of the law that they are verified, with emphasis in the contrast enters the understanding of the language as instrument of manifestation of the law and as conducting wire of the legal understanding.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica – Linguagem – Interpretação – Compreensão – Decisão judicial – Fundamentação.

KEYWORDS: Hermeneutics – Language – Interpretation – Understanding – Court decision – Basis.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Linguagem e interpretação: dificuldades hermenêuticas no processo e a linguagem como fio condutor da compreensão – 3. Interpretação e decisão judicial: interpretação, erro e importância da atividade interpretativa para a aplicação do direito – 4. Decisão judicial e fundamentação: motivação suficiente dos julgados e implicações da interpretação da fundamentação da decisão judicial – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre a implicação entre linguagem e interpretação não é nova. A questão da linguagem só pode ser estudada convenientemente a partir da verificação de seu curso histórico. Diversas correntes discorrem sobre a linguagem,

havendo as que ressaltam sua importância bem com as que a encobrem. Não se prescinde, em face de uma matéria permeada de dificuldades e considerada ainda em construção pela filosofia, de ter-se um estudo que evidencie aspectos que interessam à adequada aplicação do direito.

Poder-se-ia dizer, sob uma perspectiva preliminar, que a decisão judicial se reveste em forma de linguagem e é resultado de atividade interpretativa. Todavia, a afirmação não é imune a outras indagações, especialmente para saber se o direito é linguagem ou se o direito não é linguagem, mas simples instrumento, veículo, por meio do qual se manifesta.

Em verdade, voltando-se para um período mais recente, é admissível relacionar a assertiva de que o direito não é linguagem com a ontologia clássica e, de outro lado, com a ontologia fundamental, a de que o direito é linguagem, já que se constitui dela. Da mesma forma, vê-se uma ligação da primeira com a relação sujeito-objeto, enquanto a segunda com a relação sujeito-sujeito.

Mas não se cuida de uma conclusão exata. Há doutrinas filosóficas que, conquanto digam que o direito é linguagem, perfilam a linha que trata a linguagem como uma relação sujeito-objeto. É que o mesmo dizer “direito é linguagem” só aparentemente tem igual significado. Há diferença no modo de pensar de cada uma das posições filosóficas.

De sua parte, as discrepâncias a respeito da interpretação são infundáveis. Um dos dilemas é saber se a interpretação é uma forma de extrair o sentido do texto ou se é aplicação do direito. A interpretação, a seu turno, parece estar longe de ser simplificada com a simples clareza do texto. Se a atividade judicial é interpretativa, com o lançamento dos fundamentos da decisão pelo magistrado, não se pode negar que sobre estes motivos deverão recair novas interpretações.

Colocados os pontos iniciais, de uma reflexão que não tem a pretensão de ser exaustiva, mas sim provocativa, serão abordadas, a seguir, nuances concernentes à linguagem, à interpretação, à decisão judicial e à fundamentação dos julgados, salientando os pontos de contato e decorrências para o processo judicial, em co-tejo com diversos modos de percepção a depender da escola filosófica que venha a ser adotada.

2. LINGUAGEM E INTERPRETAÇÃO: DIFICULDADES HERMENÊUTICAS NO PROCESSO E A LINGUAGEM COMO FIO CONDUTOR DA COMPREENSÃO

A interpretação/aplicação do direito é a via própria para a compreensão. O direito é constituído pela linguagem. A linguagem, sob esse prisma, não é instrumento

do direito, forma pela qual ele se manifesta. Diverge-se, assim, da dogmática hermenêutica, cuja tarefa é a de extrair o sentido do texto, determinar o “sentido das normas”, “tendo em vista a decidibilidade de conflitos”¹. Essa concepção mal esconde o seu compromisso com o formalismo jurídico, cuja incapacidade para fazer face à riqueza das situações lingüístico-jurídicas concretas é vista pelas “construções formais”, que “assentam num discurso de grande abstração e, como tal, marcado pela extrema redução das suas proposições”². É que não se vê mais a linguagem como “meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão”³.

Sem embargo, a viragem lingüística não adveio instantaneamente. Ao revés, a linguagem teve modificada sua feição por diversas vezes ao longo da história. Com Martin Heidegger, sobrelevou-se a saída do estado de letargia da linguagem que o pensamento moderno havia-lhe imposto, para proclamar “o ‘lugar’ ontológico desse fenômeno dentro da constituição ontológica” do “ser-aí”, como forma de abertura do “ser-no-mundo”⁴.

Antes da hermenêutica filosófica, muitas divergências já existiam, a exemplo das que contrapunham as teorias convencionalista e naturalista esposadas no Crátilo de Platão – “tratado acerca da linguagem e, fundamentalmente, uma discussão crítica sobre a linguagem”⁵, onde se debatia semanticamente se a relação entre a palavra e a coisa se dava por convenção ou com base na essência do objeto. Enquanto a tese convencionalista entende como “única fonte de significado das palavras” a “univocidade do uso de linguagem alcançada por convenção e exercício”, a teoria naturalista sustenta “uma coincidência natural entre palavra e coisa, designada pelo conceito de correção (*orthotés*)”⁶.

Mas a linguagem não é só de palavras. Gestos, feições expressivas ou inexpressivas, sons e mesmo o silêncio constituem a linguagem. A linguagem não é só de

1. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 256.
2. CORDEIRO, António Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. XX.
3. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005. p. 497.
4. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade São Francisco, 2005. p. 226.
5. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004. p. 115.
6. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005. p. 525.

símbolos do texto. Não é despropositado dizer que a compreensão pode estar nas entrelinhas de um texto. É nesse sentido que Josef Bleicher, reportando-se à teoria hermenêutica de Betti, aviva que “compreender é sempre mais do que conhecer o sentido ou significado das palavras usadas no discurso”, pois “a compreensão é canalizada como um todo e pressupõe um empenhamento total – intelectual, emocional, moral – por parte do sujeito”⁷.

Com essas premissas, constata-se que linguagem e interpretação direcionadas a um entendimento que leve a uma compreensão não é tema fácil. Decerto, a questão da linguagem tem várias implicações, calhando averbar, especialmente – por estar ela própria envolvida em uma série de “histórias” que compõem a totalidade histórica –, que, de um lado, está à disposição do intérprete “toda a rica linguagem” do povo, “com a ampliação do horizonte” trazida pelas “ciências linguísticas”, e, de outro, no dizer de Wilhelm Schapp, há o confronto “com a linguagem artificial dos filósofos, tal como ela foi mais ou menos codificada durante dois mil anos”, assim como “com a linguagem artificial das ciências em particular, especialmente das ciências naturais”⁸.

Daí que não cessam as dificuldades hermenêuticas no processo judicial – agravadas pela complexidade da vida hodierna, pela multiplicação dos litígios e pelos mecanismos de automação dos julgamentos –, exigindo-se do magistrado uma postura interpretativa que seja suficiente para uma aplicação do direito que leve em consideração a diferença ontológica de cada caso concreto.

Não se olvida, outrossim, que “mesmo que o intérprete se esforce para pensar diferentemente”, vale dizer, para se afastar daquele aprendizado de ver em tudo uma relação sujeito-objeto, deve ter consciência da contribuição negativa da “linguagem com que trabalha”, já que esta sempre constituiu o seu “ser-no-mundo”, numa “tradição”, num contexto que o situa em seu tempo⁹. A linguagem, com suas ambigüidades, é formativa do “ser-aí”, do *dasein* do jurista.

Não são poucas as perspectivas interpretativas que o juiz pode seguir para compreender o processo. Aliás, são muitas as variáveis que podem interferir na composição litigiosa através da prolação de sentença. São aspectos que influem no

7. BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980. pp. 51-52.

8. SCHAPP, Wilhelm. *Envolvido em histórias: sobre o ser do homem e o da coisa*. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 18.

9. ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri: (im)possibilidade de argüição de conflito de competência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 20.

ulgado: a legislação posta, a existência de verbetes de súmula vinculante, o “ser” do processo, a fase em que se encontra, a sua “história” processual, a qualidade das partes, o direito controvertido, a “tradição” e o estado de “humor” do juiz, como também a “verdade” que “aparece” e sua subsequente transcrição motivada.

As dificuldades podem ser protraídas de instância para instância, mediante a interposição de recursos. Os órgãos colegiados, ao analisarem os argumentos recursais em cotejo com a fundamentação da decisão vergastada, estarão a exercer nova atividade interpretativa, em situação hermenêutica diversa da do julgador *a quo*. Mas não é só. É cediço que a jurisprudência dos tribunais oscila com razoável frequência. É que o mesmo órgão a interpretar matéria já julgada antes não estará a repetir mecanicamente um veredicto. Cuida-se de um novo julgamento. A “verdade” que surge neste momento não é necessariamente idêntica a anterior, nem mesmo àquela que reluzirá quando da leitura do texto da decisão fundamentada, em determinado contexto temporal e local.

Não é sem razão que Hans-Georg Gadamer pontifica que “os conceitos da interpretação acabam por se suspender quando a compreensão se realizou”, haja vista que “estavam destinados a desaparecer”, explicando que “enquanto realização da compreensão”, a palavra interpretadora “é a atualidade da consciência histórica efetual”, sendo “verdadeiramente especulativa, ou seja, é inconcebível segundo seu próprio ser e, no entanto, devolve a imagem que se lhe oferece”¹⁰.

Malgrado o acerto da hermenêutica filosófica gadameriana, carece registrar filosofias não menos prestigiadas que tratam da questão da linguagem, máxime no âmbito do direito. Aqui, de início são vistos dois planos: o plano prescritivo, deontico – relativo ao “dever-ser” –, que é a linguagem do direito positivo, e o plano descritivo, ôntico, referente à ciência do direito (ou, sob uma outra ótica, deontico, embora em sentido diverso do primeiro, haja vista a diferença do “dever-ser” descrito na linguagem da ciência do direito: esse functor “dever-ser” consta “em ambas as estruturas da linguagem”¹¹).

A doutrina não tem o condão de obrigar. Esse papel é do direito positivo. O direito positivo é linguagem, a doutrina, metalinguagem. Em acréscimo, tem-se a semiótica, definida, *grosso modo*, como o estudo dos signos lingüísticos. São eles estudados nos planos semântico, sintático e pragmático. As palavras, as sentenças

10. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005. p. 611.

11. VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI-IBET, 2003. v. 1. p. 329.

e estas inseridas no contexto são entendidas na estrutura da relação sujeito-objeto. Analisam-se, assim, os signos. É nesse diapasão que Tércio Sampaio Ferraz Júnior obtempera que, para interpretar, impõe-se “decodificar os símbolos no seu uso”, isto é, “conhecer-lhes as regras de controle da denotação e conotação” (semântica), “de controle das combinações possíveis” (sintática) e “de controle das funções (pragmática)”¹².

Entrementes, a importância da lógica supedaneada na simbologia da linguagem é verificada com Lourival Vilanova. A utilidade de sua teoria é demonstrada a partir da possibilidade de se constatar a (in)validade das normas a partir de suas estruturas lógicas. Nessa senda é que ele assevera que “a vantagem de uma notação simbólica em lógica é potenciar o formalismo e conferir precisão à análise formal”, isto porque “um raciocínio feito de proposições com significações especificamente determinadas não explicita a forma lógica; antes, a forma resulta ocultada pelas significações concretas”. Como se depreende, é uma “forma lógica purificada do contexto empírico em que está envolvida (do contexto lingüístico, do contexto em que se acha o sujeito pensante)”¹³. Trata-se de uma espécie de uso de “equações” destinadas a simplificar a diversidade dos casos concretos, generalizando-os, de molde a “facilitar” a solução de um caso concreto no processo.

Veja-se, a título de exemplo, a “síntese da regra matriz de incidência tributária”, de Paulo de Barros Carvalho. Conquanto existam refutações de sua teoria, não se retira dela relevante utilidade, sendo um autêntico “esquema lógico de representação formal”, através de símbolos generalizantes, que tem o propósito de “identificação e conhecimento aprofundado da unidade irreduzível que define a fenomenologia básica da imposição tributária”¹⁴. Todavia, o direito, no caso concreto, não se resume à regra simbólica. Ela é um tipo de abstração. Facilita (ou dificulta?) o julgamento de um litígio cujos elementos possam a ela subsumir-se. Parece que a participação humana não é dispensável.

Deveras, sob uma vertente diversa – porém na mesma linha kelseniana –, é exatamente isso que aduz Gabriel Ivo: “em todos os momentos” da interpretação/aplicação do direito “a presença humana é imprescindível”, verberando que não há sentido deontico em separar incidência da norma construída e aplicação, pois é a aplicação que dá o sentido da incidência, completando que é inadequada

12. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 262.

13. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005. pp. 52-53.

14. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 343.

a separação, como se a incidência fosse divina, como se nunca errasse ou falhasse e como se a aplicação fosse humana, sujeita a erro. Em suma, “a incidência terá sempre o sentido que o homem lhe der. Melhor: a incidência é realizada pelo homem. A norma não incide por força própria: é incidida”¹⁵.

Como se percebe, são muitos os vieses interpretativos, muitas as possibilidades. Não é tema pacífico. A coerência jurisprudencial, a pretendida uniformidade, mesmo que por meio da vinculação de precedentes judiciais, parece ser uma realidade distante. O próprio texto de súmula vinculante está sujeito à interpretação diante das particularidades de um caso concreto. O espaço que se abre é o de um giro lingüístico. Direito é linguagem. A linguagem é a morada do intérprete. É nela que o “ser” se abre, em seu mundo.

A interpretação/aplicação do direito parte sempre de um “pré-conceito”. Não do preconceito no sentido conhecido popularmente no Brasil. Cuida-se de um pré-juízo, de um pré-julgamento, de um tipo de pré-compreensão, de uma posição prévia a respeito de um assunto. Soma-se a essa posição prévia, em momentos subseqüentes, uma visão prévia e uma concepção prévia. É o círculo hermenêutico heideggeriano. A historicidade está nele compreendida. O passado emerge ao presente como se não fosse totalmente reprochável e o atual não se revela mais como imune a contestações. Assim é que Heidegger assenta que “a interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”, sendo, no primeiro momento, uma “opinião prévia, indiscutida e supostamente evidente, do intérprete”, ou seja, é o “que é preliminarmente dado na posição prévia, visão prévia e concepção prévia”¹⁶. Daí que, com Richard Palmer, sublinha-se que foi em “Ser e tempo” que Martin Heidegger se incumbiu de revelar “o caráter ontológico da compreensão, de um modo que ultrapassou radicalmente a antiga concepção” que se tinha, “circunscrita ao esquema sujeito-objeto”¹⁷.

A *quaestio* da hermenêutica – da linguagem e da interpretação –, no processo, pode ser desvelada com Hans-Georg Gadamer. É ele que sustenta a fusão de horizontes. Com efeito, “o horizonte do presente está num processo de constante formação”. Tanto isso é verdade que, não raras às vezes, o mesmo órgão jurisdicional decide diferentemente feitos análogos. Nesse processo de formação do horizonte do presente, o jurista está obrigado a submeter seus preconceitos à

15. IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. pp. 61-62.

16. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade São Francisco, 2005. p. 207.

17. PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 229.

prova, sendo parte desta “o encontro com o passado e a compreensão da tradição” que precede o jurista. Dessa maneira, “o horizonte do presente não se forma pois à margem do passado”, não existindo “um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem conceitos horizontes históricos a serem conquistados”. Compreender é, portanto, “o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos”¹⁸.

3. INTERPRETAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL: INTERPRETAÇÃO, ERRO E IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO

Decisão judicial impõe atividades simultâneas. Não há, no ato de julgar – ao se proferir um aresto fundamentado –, precisa divisão alusiva às condutas de interpretar, aplicar, incidir e julgar. A compreensão é contínua. A verdade aparece e logo se suspende. Nessa frase, surgem indagações acerca da (im)possibilidade de erro do intérprete, da sua (i)neutralidade, da interpretação vista como aplicação do direito e de como se dá o processo interpretativo, vale dizer, se o que se está a interpretar é um objeto – texto, do qual o jurista extrai o sentido e o alcance – ou é um sujeito, como algo que vem à fala, numa fusão de horizontes gadameriana.

A interpretação está afeta à hermenêutica, cuja origem etimológica é grega, de Hermes, que “faz par com a deusa Héstita”, deusa esta “que se manifestava junto à lareira”, que “representava um papel análogo ao da *ágora* para a vida pública”. No dizer de Elton Luiz Leite de Souza, “a lareira era o umbigo que ligava a família ao passado imemorial, a casa eterna onde agora viviam todos os seus ancestrais” e “Hermes, por sua vez, tinha por espaço de manifestação exatamente a porta”, certificando assim que “interpretar algo é, de certo modo, colocar-se na ‘porta’ entre” o “mundo subjetivo e a realidade objetiva”. O jurista, desse modo, não interpreta apenas a partir de sua esfera subjetiva, nem tampouco interpreta apagando o seu mundo interno, devendo, ao contrário, “colocar-se na fronteira que separa/une” sua “subjetividade da subjetividade da coisa a ser interpretada. Nesse sentido, interpretar é uma arte”¹⁹.

É mister que não seja, observe-se, mera empatia, de o leitor colocar-se no horizonte do autor do texto. A “idéia de interpretação psicológica e” a “noção de ‘identificação empática’ com o autor” do texto, defendidas por Schleiermacher – cuja hermenêutica objetiva “antes a compreensão do autor e não apenas

18. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005. p. 404.

19. SOUZA, Elton Luiz leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2007. pp. 234-235.

a compreensão do texto enquanto texto, o que determina o enfoque teórico da hermenêutica romântica como psicológico”²⁰ –, não são suficientes para uma concretização legítima do direito. Para isso, impõe-se estar presente a noção de horizonte, que engloba toda a consciência histórica – o do atual e o do passado –, alvitada por Gadamer. É um ato de deslocamento diferente da empatia “de uma individualidade com a outra” ou da “submissão do outro” ao padrão de quem está a compreendê-lo. “Antes, significa sempre uma ascensão a uma universalidade mais elevada que supera tanto” a particularidade do intérprete assim como a do outro. “O conceito de horizonte torna-se interessante aqui porque expressa essa visão superior e mais ampla que deve ter” o jurista, de molde a “aprender a ver para além do que está próximo e muito próximo, não para abstrair dele”, mas “precisamente para vê-lo melhor”²¹, de forma não reducionista e com melhor critério de justiça.

Se, de um lado, pode-se dizer que o intérprete é falível, que é possível uma decisão judicial equivocada, de outro, há quem veja que o intérprete não erra. A depender do ponto de vista, a contraposição de tais argumentos pode ser – ou não – aparente. A premissa filosófica inicial para o entendimento do problema é cartesiana. Descartes, elegeu o *cogito ergo sum* como base de seu método dedutivo, ocupando-se “somente da procura da verdade”, à medida que rejeitava “como absolutamente falso tudo em que pudesse imaginar a menor dúvida”²².

O pensamento filosófico iluminista herdou o cartesianismo. A processualística brasileira, por sua vez, descende do iluminismo. A busca pela certeza é uma constante, bastando verificar a existência de um amplo leque de possibilidades recursais para que a “certeza” do órgão *a quo* seja substituída pela do *ad quem*, com espeque na pressuposição de que o julgamento levado a termo por este é melhor, com menor possibilidade de erro.

É de ver, contudo, que a resignação de uma parte vencida com a decisão de primeiro grau – referente à matéria idêntica a de várias outras exaradas pelo mesmo órgão e que tenham sido impugnadas e reformadas em grau de recurso – pode resultar numa discrepância normativa, de sorte a ensejar o questionamento acerca de qual dos pronunciamentos judiciais está errado. A coisa julgada material, nesse exemplo, chancelou duas ou mais sentenças/decisões com conteúdos normativos

20. BRAIDA, Celso Reni. Apresentação. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. Tradução: Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 20.

21. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005. p. 403.

22. DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 37.

opostos. Tratando-se de interpretação com lastro em texto legal que contenha abertura para maior conformação judicial, não haverá, a princípio, indicativo para o ajuizamento de ação rescisória.

Para Gabriel Ivo, “o aplicador do direito não erra nunca”, “porque a linguagem que produz não desafia os critérios de correção”: é uma linguagem prescritiva²³. Do enunciado legal é extraível tantas normas quantas o magistrado vislumbrar. Com esse entendimento, é possível defender a validade de decisões opostas, desde que reconhecidas suas validades na forma do sistema normativo. É assim que Hans Kelsen anota que “a interpretação jurídico-científica” deve “evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”. Para ele, a correção de uma interpretação “é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica”, porquanto, em face da plurivocidade “da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”²⁴.

Essa perspectiva é abstrativa. Abstrai-se o conteúdo, para justificar a aplicação do direito no contexto de um sistema jurídico fechado. O fechamento é dado pela norma fundamental, pressuposta hipoteticamente pela “Ciência-do-direito”, em um nível de “metalinguagem”, isto é, de teoria da “Ciência-do-direito”²⁵. O fenômeno da linguagem aqui é visto de maneira bem distinta do que verificado com o giro lingüístico. A importância da linguagem ainda não está totalmente destacada, permanecendo, de certo modo, como um instrumento.

Para superar esse ficcionismo da impossibilidade de o intérprete errar e para suplantiar o modelo cartesiano, impende ser mencionada uma abertura para a mudança do paradigma lingüístico. A noção de paradigma, nessa abordagem, não é tomada como sinônimo de crença, porém como de modelo exemplar, consoante o sentido mais utilizado por Thomas S. Kuhn que, por sua vez, deixa bem vincado fato que encontra eco na lingüística, consistente no processo único histórico de “competição entre segmentos da comunidade científica” tendente à “rejeição de uma teoria ou na adoção de outra”²⁶.

23. IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006. pp. 54-55.

24. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 396.

25. VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI-IBET, 2003. v. 1. p. 329.

26. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 27.

A ligação da (im)possibilidade de erro com o paradigma lingüístico adotado é total. A colocação da linguagem em nível secundário foi porta de entrada para o formalismo e para o reducionismo intelectual, com ênfase na especialização do conhecimento. Parafraseando Boaventura de Sousa Santos, “neste momento”, releva sublinhar a imprescindibilidade de “des-pensar” a linguagem simplesmente vista como objeto, como instrumento do direito, nesse “período de transição paradigmática”²⁷, de giro lingüístico existencialista. Em arremate, Thomas S. Kuhn aviva que “as pesquisas atuais que se desenvolvem em setores” como o “da lingüística”, “convergem todas para a mesma sugestão: o paradigma tradicional está, de algum modo, equivocado”²⁸.

Deveras, deve sobressair a importância da atividade interpretativa. Não aquela interpretação como exercício intelectual do sujeito cognoscente – o “ser-em-si-do-pensamento-pensante” – conducente a extrair o sentido do texto, num tipo reprodutivo do direito. A interpretação passa a ser aplicação do direito. Há produção (não reprodução) do direito. A linguagem deixa de ser secundária para assumir seu papel de fio condutor da compreensão e a tradição humanística é continuada pela linguagem. O texto é um sujeito que fala ao leitor: dá-se um diálogo hermenêutico. Nas palavras de Kelly Susane Alflen da Silva, “a compreensão é sempre uma apropriação do dito, até que este se converta em coisa própria”, aventando, a propósito, que não é, a interpretação, “um meio para se desenvolver a compreensão, pois ela mesma se introduz no conteúdo a respeito do que se compreende; a fala do texto pertence à coisa mesma”²⁹.

No entanto, a linguagem se constitui de outras peculiaridades. Não é só a palavra que é linguagem. Também o silêncio pode significar uma resposta a uma pergunta. Decerto, “a questão da linguagem suscita a questão do silêncio”, que não é simplesmente “um vazio caótico entre as palavras faladas” ou “um não-tema”, vale dizer, “o silêncio, longe de ser um vazio caótico, é uma realidade comunicativa estruturante”, que se contém “na linguagem tal como esta é contida pelo silêncio”, havendo tanto “um silêncio escrito”, quanto “um silêncio falado”³⁰.

27. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 171.

28. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. pp. 158-159.

29. SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 320.

30. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. pp. 37-38.

Também as sensações, a expressão facial, o tom de voz, a fala – ou vozes – que se ouve(m) ao ler um texto silenciosamente, as pausas do discurso e as entrelinhas fazem parte do tecido lingüístico. Não é sem razão que Martin Heidegger verbera que “um dos lugares fundamentais em que reina a indigência da linguagem é a angústia”, tomada esta no “sentido do espanto, no qual o abismo do nada dispõe o homem”, salientando que “o nada, enquanto o outro do ente, é o véu do ser”³¹.

A complexidade da linguagem ultrapassa o diálogo, ou seja, a sua possibilidade de ser “veículo” de comunicação entre os interlocutores. O “nada” lingüístico pode ser entendido pelo outro, como forma de manifestação da mediação da linguagem. Entretanto, a dialética entre “velamento” e “des-velamento” da linguagem, como abertura do horizonte para o “ser-no-mundo”, deságua em outros âmbitos. Cabe, assim, trazer à baila o perlustrado por Jürgen Habermas sobre o que denomina hermenêutica profunda: há uma linguagem que só o indivíduo compreende, símbolos bem próprios, que não corresponde à linguagem cotidiana. Habermas argumenta que a essa hermenêutica pertencem passagens onde, devido a desejos reprimidos – aludidos por Freud –, a linguagem comum é interrompida por símbolos incompreensíveis, que “não obedecem às regras gramaticais da linguagem ordinária”, sendo “ou ignorados ou camuflados (...) ou reduzidos a perturbações somáticas externas”³².

A problemática lingüística vai muito mais além. É Boaventura de Sousa Santos quem alerta para as diferenças intrínsecas de uma mesma linguagem, quando se dá, por exemplo, a comunicação de uma decisão judicial, com o uso de um mesmo vocabulário, a diversos réus, e estes não sabem se foram absolvidos ou condenados, em virtude dos “postulados culturais e” dos “códigos sócio-lingüísticos (...) de tal modo distintos que as mensagens se tornavam reciprocamente ininteligíveis”³³. As pessoas têm horizontes que não são coincidentes, surgindo, para o jurista, uma “aflição quando percebe que o que escreveu não lhe confere certeza de que o leitor/destinatário” entenderá idêntica ou diversamente a proposição jurídica que produziu³⁴.

Narradas até aqui as dificuldades interpretativas, torna-se ao ponto inicial do cartesianismo arraigado no Brasil: embora possa não parecer, a cultura proces-

31. HEIDEGGER, Martin. *Que é metafísica?; O fim da filosofia e a tarefa do pensamento; Sobre a essência da verdade*. Tradução: Ernildo Stein. In: *Os pensadores: XLV*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 249

32. HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores S. A., 1982. pp. 244-245.

33. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 37.

34. ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri: (im)possibilidade de argüição de conflito de competência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 28.

sual, a dos processualistas, está com os pés calçados no iluminismo. As reformas processuais não conseguem suplantar a procura infundável da certeza, com a existência de um rol vasto de recursos. E quando se extingue um recurso através de uma alteração legislativa, isso não garante que não seja usado o mandado de segurança como sucedâneo recursal.

Ovídio Araújo Baptista da Silva – sustentando uma verdade possível num determinado momento procedimental, como também aventando que o que interessa ao processo é o significado –, pontifica que se for considerada “a distinção entre ‘verdade’ e ‘significado’”, ver-se-á “que a própria natureza da linguagem determina uma essencial ‘plurivocidade’ de sentido”, chamando a atenção para o fato de que “a verossimilhança domina literalmente a ação judicial” e que a “civilização urbana de massa” tornou “ainda mais profunda a distância entre a verdade e as simples aparências”, para concluir que “a diferença entre ‘verdade’ e ‘significado’” viabiliza “compreender que a suposta ‘vontade da lei’ transforma-se na medida em que se transformam as circunstâncias históricas vividas pelo intérprete”, com o fito “de que o ‘significado’ da lei harmonize-se com as novas realidades sociais”³⁵.

O fecho da interpretação/aplicação do direito e da decisão judicial é de ser encontrado com Hans-Georg Gadamer. O paradigma da dogmática hermenêutica tendente a determinar o “sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade dos conflitos”³⁶ está ultrapassado. Com ele também não deve vigorar a idéia de impossibilidade de erro interpretativo. O equívoco pode ocorrer, tal como se dá quando o intérprete não logra se desprejar de sua posição prévia (“pré-conceito”) equivocada. Essa afirmação não representa compromisso matemático algum. Muito pelo contrário, propende-se para uma ontologia da compreensão, cujo compreender seja “operar uma mediação entre o presente e o passado” e “desenvolver em si mesmo toda a série contínua de perspectivas na qual o passado se apresenta e se dirige” ao leitor. É assim que haverá uma via para se chegar “à verdade sempre buscada”: a “tomada de consciência histórica” que é revelada “na relação de toda compreensão com a linguagem”³⁷.

35. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Verdade e significado. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. pp. 274-275.

36. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 256.

37. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006. p. 71.

4. DECISÃO JUDICIAL E FUNDAMENTAÇÃO: MOTIVAÇÃO SUFICIENTE DOS JULGADOS E IMPLICAÇÕES DA INTERPRETAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial é linguagem. Ela completa a interpretação/aplicação do direito e evidencia a compreensão da diferença ontológica da hipótese concreta. A sua fundamentação há de ser suficiente, com linguagem clara. O direito é linguagem. É a linguagem que abre o horizonte jurídico. Porém, a interpretação não se exaure com a prolação da decisão judicial. A concretização do direito pode depender da interpretação de seus destinatários. A precisão da linguagem, no momento da sentença, é importantíssima. Conceitos indeterminados, termos com textura aberta que venham a ensejar um espaço para a discricionariedade, devem ser evitados, para que não se resvale em “uma tomada de posição individual” do jurisdicionado³⁸.

No entanto, mesmo com todas as cautelas tomadas pelo magistrado ao lançar suas razões de decidir, sempre haverá lugar para a interpretação. A sentença é um texto. Um texto que fala. Ao ser interpretado pelo leitor, ocorrerá nova fusão de horizontes. A decisão judicial é um existencial, contextualizada no tempo e no espaço. O comando normativo judicial, embora claro, não autorizará a utilização do brocardo in *claris cessat interpretatio*.

Com arrimo nesse entendimento, infere-se, *verbi gratia*, que o uso de precedentes vinculantes não autorizará uma aplicação automatizada do direito, generalizante e desgarrada da singularidade dos casos concretos. O “horizonte do universo compreensivo” do juiz “deve encontrar-se e fundir-se com o horizonte compreensivo do texto” da súmula vinculante³⁹. De forma idêntica, os horizontes dos leitores se encontram com o da sentença que a eles vem à palavra. É como se “o movimento da compreensão” fosse “simultaneamente progressivo (em direção ao resultado objetivo) e regressivo” (quando remonta “em direção à condição original”)⁴⁰.

Com efeito, a chave para uma relação adequada entre decisão judicial, fundamentação suficiente e interpretação do julgado é o fio condutor da linguagem, sob um enfoque heideggeriano-gadameriano. Com Lenio Luiz Streck, é possível

38. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 241.

39. PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 37.

40. SARTRE, Jean-Paul. Questão de Método. Tradução: Virgílio Ferreira. In: *Os pensadores: XLV*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. pp. 184-185.

finalizar atentando que “interpretação e aplicação são coisas inseparáveis” – e essa atividade não é privativa do juiz, o órgão autêntico kelseniano –, bem como que “a compreensão hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição”, havendo “um movimento antecipatório da compreensão, cuja condição ontológica é o círculo hermenêutico”. Daí que quando se fala “da interpretação jurídica”, deve-se “falar em interpretação jurídico-concreta (factual)” e, “na medida em que a hermenêutica é modo de ser, que emerge da faticidade e da existencialidade do intérprete a partir de sua condição (intersubjetiva) de ser-no-mundo, os textos jurídicos” – nesse tópico, a sentença – só adquirem sentido como algo quando são interpretados, isto é, compreendidos como algo⁴¹.

5. CONCLUSÃO

A hermenêutica filosófica, propiciadora da viragem lingüística da ontologia fundamental, suplantou a idéia de que direito não é linguagem, pensamento este que via a linguagem como simples instrumento para comunicação entre os interlocutores. Na realidade, a linguagem é condição de possibilidade do ser. O ser habita na linguagem. É nesse sentido que direito é linguagem. O direito se constitui da linguagem e sua importância não pode ser secundária, porém central.

A par do afastamento da noção de linguagem inserta no esquema sujeito-objeto e caminhando para a noção existencialista de entendê-la numa relação sujeito-sujeito, segue-se que a interpretação não deve ser vista como separada da aplicação. Aplicação/interpretação do direito é um só processo. O julgador, ao invés de extrair o sentido dos enunciados lingüísticos, reproduzindo o direito, passa a ter uma atividade criativa. Essa atividade é de compreensão que, por sua vez, ocorre na trilha condutora da linguagem.

De outra banda, a linguagem não se resume em palavras ou no contexto frasal. Antes, o silêncio também desempenha seu papel comunicativo, inserido na dialética do diálogo hermenêutico. Também a pausa do discurso, as interpolações lingüísticas decorrentes de falhas comunicativas, as sensações, os gestos, o tom da voz falada ou escutada mediante leitura silenciosa, os gestos e o contexto onde situado o intérprete constituem a linguagem. A linguagem que faz reluzir a verdade – e que logo após se suspende – fundiona o horizonte do jurista com o horizonte do texto que a ele vem à fala.

41. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica; programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. pp. 162-163.

A questão da linguagem não é tema fácil. Com essas linhas, pretendeu-se traçar um simples esboço corroborativo da necessidade de se colocar o estudo da linguagem em posição de destaque. É que a linguagem, interpretação e decisão judicial estão intimamente imbricados. O direito se constitui da linguagem. O jurista só é “ser-no-mundo” pela linguagem, assim como a compreensão, a partir do círculo hermenêutico, é indispensável para se “des-velar” a diferença ontológica dos casos concretos. A interpretação/aplicação do direito, dessarte, deve dar-se com uma posição prévia, visão prévia e concepção prévia – a situação hermenêutica heideggeriana –, até o encontro de horizontes gadameriano.

Por fim, importa avivar bem que a interpretação é inexaustiva. A sentença, suficientemente motivada, é texto passível de interpretação, inclusive por parte de seus destinatários. A linguagem constitui o horizonte do mundo, do direito, da decisão judicial, entendendo-se a compreensão e a tradição humana com esteio no fio condutor lingüístico: essa visão tem a virtude de sair da metafísica, abrindo uma via para uma concretização adequada do direito, reforçadora da credibilidade judicial.

6. BIBLIOGRAFIA

- ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. *Preclusão da decisão desclassificatória no rito do júri: (im)possibilidade de argüição de conflito de competência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- BRAIDA, Celso Reni. Apresentação. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica de interpretação*. Tradução: Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 1999. pp. 7-22.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica contemporânea*. Tradução: Maria Georgina Segurado. Lisboa: Edições 70, 1980.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CORDEIRO, António Menezes. Introdução. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Tradução: António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. pp. IX-CXIV.
- DESCARTES, René. *Discurso do método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Machado. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes – Universidade São Francisco, 2005.
- _____. *O problema da consciência histórica*. Tradução: Paulo Cesar Duque Estrada. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores S. A., 1982.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo: parte I*. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. 13. ed. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Universidade São Francisco, 2005.
- _____. *Que é metafísica?; O fim da filosofia e a tarefa do pensamento; Sobre a essência da verdade*. Tradução: Ernildo Stein. In: *Os pensadores: XLV*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. pp. 223-261; 263-279; 325-343.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. 13. ed. Lisboa: Edições 70, 2006.
- SCHAPP, Wilhelm. *Envolvido em histórias: sobre o ser do homem e o da coisa*. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.
- _____. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- SARTRE, Jean-Paul. *Questão de Método*. Tradução: Virgílio Ferreira. In: *Os pensadores: XLV*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. pp.155-190.
- SILVA, Kelly Susane Alflen da. *Hermenêutica jurídica e concretização judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Verdade e significado*. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica; programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. pp. 265-281.

SOUZA, Elton Luiz leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

_____. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica; programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Luis Streck (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2005. pp. 153-185.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução: Beatriz Viana Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. *Escritos jurídicos e filosóficos*. São Paulo: AXIS MVNDI-IBET, 2003.

XVII

NEM TUDO QUE RELUZ É OURO: DO MERO ABORRECIMENTO AO DANO MORAL

Salomão Resedá

Advogado, especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito (UFBA) e mestrando em direito privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e professor universitário.

RESUMO: Na sociedade massificada atualmente existem inúmeras são as possibilidades de agressão a direitos não-patrimoniais. Os novos anseios muitas vezes podem transparecer fonte de danos morais. O grande subjetivismo, aliado a falsa idéia de dinheiro fácil, faz com que o dano moral seja um recurso bastante utilizado pelas pessoas ao baterem às portas do Poder Judiciário. Porém torna-se necessário que o Julgador, ao emitir sua decisão, utilize-se da perspicácia necessária para separar o mero aborrecimento do real mal subjetivo grave sofrido pelo sujeito passivo, pois se assim não o for, certamente, estará este instituto fadado ao completo descrédito social.

ABSTRACT: In the multitude's society currently the not-patrimonial rights exist innumerable are the aggression possibilities. The new yearnings

many times can be transparent source of pain and suffering. The great subjetivism, ally the false easy money idea, makes with that the pain and suffering is a resource sufficiently used by the people when beating to the doors of the Judiciary Power. However one becomes necessary that the Judge, when emitting its decision, uses itself of the shrewdness necessary to separate the mere annoyance of the serious subjective Real badly suffered by the passive citizen, therefore if thus it it will not be, certainly, will be this predestinate institute to the complete social discredit.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral, Fatos do Cotidiano, Aborrecimento, Subjetividade.

KEY WORDS: Pain and suffering, Facts of the Daily one, Annoyance, Subjectivity.

SUMÁRIO: 1. Aspectos introdutórios – 2. Breves noções sobre as espécies de dano – 3. A evolução social e a “indústria do dano moral” – 4. Do mero aborrecimento ao dano moral – 5. Conclusão – 6. Referências.

1. ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

É muito comum que nos trabalhos voltados à análise de aspectos atinentes à responsabilidade civil sempre apareça a afirmação de que o homem é um ser gregário e, por consequência, necessita da convivência em sociedade.

Apesar da inerente lógica existente, não é possível esquecer desta afirmação quando se fala em direito. Onde não há interação entre pessoas, não poderá haver a incidência de normas jurídicas, visto que inexistirá qualquer conflito de interesses a ser tutelado. Assim, nas ilhas onde viviam tanto Robson Crusié, como Náufrago¹, o Direito não possui qualquer razão que justifique a sua vigência.

Todo derecho por definición implica una relación entre dos sujetos. Si se imagina un hombre aislado y absolutamente separado de sus semejantes, no tiene, no puede tener derechos. Robinson en su islã no tiene derecho; no puede tenerlos en tanto no este en relación com otros hombres. El individuo no puede, pues, tener derechos más que cuando vive em sociedad y porque vive em sociedad. Hablar de derechos anteriores a la sociedad es hablar de la nada.²

A indispensabilidade das relações sociais se dá exatamente em razão da diversidade de habilidades e características que cada um dos seus membros possui. O homem é um ser limitado. Ninguém consegue suprir todas as suas necessidades a partir de si próprio. Mesmo aqueles que adotam o enclausuramento como filosofia de vida, necessitam do próximo para satisfazer alguns de seus anseios.

Em contrapartida, a vida em sociedade obriga que os indivíduos respondam pela prática dos seus atos³ que porventura venham a ser prejudiciais à outra pessoa. Quando isso ocorre, nos dizeres de Orlando Gomes, há a configuração da lesão a um direito subjetivo que, por sua vez, obriga o sujeito ativo a reparar o dano por ele causado.

Porque capaz de opção, o homem fez-se responsável. Tendo condições de fazer acontecer o que sem seu agir jamais teria acontecido, tornou-se obrigado a responder pelas conseqüências de seus atos. O relato bíblico consigna também esse primeiro momento. No episódio de Abel e Caim, está o começo da historiada nossa responsabilidade. Abel, que sem dúvida morreria um dia, morreu, contudo por ato de vontade de Caim. Por isso, Deus o interpelou perguntando-lhe sobre seu irmão. E pouco lhe valeu ter respondido: *serei eu acaso guardião do meu irmão?* Foi amaldiçoado, por haver matado o que ainda não tinha chegado à hora de seu perecimento, segundo o imperativo das leis que obrigam inelutavelmente tudo quanto existe.⁴

1. O Náufrago é um filme estrelado por Tom Hanks no qual o autor encontra-se isolado numa ilha deserta após sofrer um acidente.
2. DUGUIT, Leon. *Lãs transformaciones Del derecho (público y privado)*. Trad. arg. Buenos Aires. Ed. Heliasta. S.R.L., 1975, p. 1 78
3. O indivíduo não responde apenas por atos por ele praticados. A responsabilidade civil abrange patamares muito mais amplos. A ele também incumbirá responder por atos de terceiros que estejam sob sua guarda, direção ou autoridade, como ocorre no caso dos pais em relação aos filhos menores que com ele coabitam, dos empregadores em relação aos atos dos seus empregados no exercício de suas atividades laborais (art. 932 do CC).
4. PASSOS, Calmon J. J. *O imoral nas indenizações por dano moral*. In: AUGUSTIN, Sérgio (cood). *Dano Moral e sua quantificação*. 4 ed. rev. amp. Caxias do Sul: Plenum. 2007, p.167

Como se observa, nem sempre é possível passar imune ao instituto da responsabilidade civil. Não resta dúvidas que a sociedade está em constante e, atualmente, desenfreada mutação. Os conhecimentos e os anseios hoje existentes, em muito pouco se assemelham aos outrora vigentes que, por sua vez, serão completamente diferentes daqueles alcançados num futuro não muito distante⁵.

De fato, o dano é um dos requisitos fundamentais para a configuração da responsabilidade civil, na medida em que a obrigação ressarcir não pode surgir de onde não haja o que reparar. “O respaldo de tal obrigação, no campo jurídico, está no princípio fundamental da “proibição de ofender”, ou seja, a idéia de que a ninguém se deve lesar⁶.”⁷. Isso implica em dizer que não havendo agressão a direitos subjetivos de terceiros não se pode falar em responsabilidade civil.

Para que haja o desenvolvimento da sociedade, necessário se faz um acréscimo no volume das relações a ela inerente, o que, conseqüentemente, deixará o ser humano mais vulnerável a “invadir” e ter “invadido” o seu direito subjetivo. Neste sentido, a responsabilidade civil apresenta-se como a forma ideal para a proteção a tais agressões. “A tendência, hoje facilmente verificável, de não deixar irressarcida a vítima de atos ilícitos sobrecarrega os nossos pretórios de ações de indenização das mais variadas espécies”.⁸

2. BREVES NOÇÕES SOBRE AS ESPÉCIES DE DANO

Atualmente, tangencia-se no sentido de assegurar proteção às agressões contra duas espécies de bens juridicamente protegidos: os materiais e os imateriais. Pouco importa, portanto, se houve dano patrimonial ou moral; o sujeito ativo deve ser compelido a indenizar o ofendido de acordo com os parâmetros estabelecidos na doutrina e na jurisprudência.

5. Em razão do objetivo de apenas tecer comentários breves sobre o tema aqui proposto, até porque, o presente trabalho é um simples ensaio, não serão aprofundados os estudos sobre a evolução da responsabilidade civil perante as sociedades existentes. Para tanto recomenda-se a leitura da obra de Carlos Roberto Gonçalves, intitulada *Responsabilidade Civil*, onde o autor trata da transformação deste instituto com bastante cuidado e afincos. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: de acordo com o novo código civil (lei nº 10.460 de 10-1-2002)*. 9 ed. rev. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.)
6. O jurista e filósofo romano Ulpiano, em seus escritos, determinou a existência de três princípios fundamentais para o direito como um todo: *honeste vivere* – viver honestamente; *neminem ledere* – não lesar outrem; e *suum cuique tribuere* – dar a cada um o que é seu. Assim, encontra-se abarcado pelo princípio do *neminem ledere* a idéia de proibição de “invasão” do direito subjetivo de outrem, devendo-se abster em causar danos à ele.
7. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. vol. III. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 2.
8. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: de acordo com o novo código civil (lei nº 10.460 de 10-1-2002)*. 9 ed. rev. de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2005. p.1

Numa rápida análise, afirma-se que os danos materiais são aqueles que afetam diretamente o patrimônio do indivíduo, e que, por sua vez, representa um conjunto de direitos apreciáveis monetariamente. “Portanto, deve-se considerar patrimônio como uma pluralidade concreta de bens economicamente valiosos, cuja lesão constitui um dano patrimonial”⁹.

Sendo assim, para que haja, efetivamente, o dano material é necessário a diminuição patrimonial por parte do sujeito passivo. Isso implica em dizer que caso seja comprovada um cociente negativo no confronto do montante existente depois e antes da agressão sofrida, estar-se-á diante do dano patrimonial.

Esta análise estritamente matemática decorrente da “Teoria da Diferença”, formulada por Friedrich Mommsen, agregou grande simplicidade à tarefa de encontrar o valor devido no caso de agressões a direitos materiais.

Porém, o mesmo não pode ser dito no que se refere ao dano imaterial.

É necessário lembrar, por sua vez, que, mesmo com todo furor existente em torno de temas envolvendo danos não-patrimoniais, a sua previsão normativa não data dos tempos modernos. A maioria da doutrina¹⁰ aponta a existência de indícios destes regramentos ao período de vigência do Código de Hamurabi¹¹. Porém foi no direito Romano que o instituto do dano moral tomou o impulso necessário para atingir a feição que lhe é peculiar nos dias atuais.

Apesar da sedimentação da idéia da possibilidade de estipulação de um valor em decorrência de agressão a direitos não-patrimoniais e de que este, por sua vez,

9. SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT. 2005, p. 33.

10. Yuseef Said Cahali aponta duas correntes que adotam posicionamentos diversos no que se refere à origem dos danos morais. Segundo ele há doutrinadores, como no caso de Carvalho de Mendonça, que defendem que o dano moral encontra suas fontes no direito romano enquanto que outros, à exemplo de Gabba que defendem que “certamente nel diritto romano no vi há nè germe del concetto che i cosi detti danni morali si possono risarcire”

11. Em sua obra *Dano Moral e a sua Reparação Civil*, o autor Américo Luis Martins da Silva aponta a existência de indícios ainda mais remotos da constatação do dano moral. Segundo ele há registros de configuração da ofensa a direitos imateriais desde o período do Código de Ur-Nammu. Neste sentido, o autor afirma que:

“a mais antiga codificação de que se tem notícia, ao logo da história da civilização humana, é, sem sobre de dúvida, o Código de Ur-Nammu, olocado em vigor por Ur-Nammu, o presumido fundador da terceira dinastia de Ur, do país dos primitivos povos sumerianos. O Código Ur-Nammu pe mais antigo em, aproximadamente, cerca de trezentos anos ao Código de Hamurabi, e foi descoberto somente em 1952 pelo assiriólogo e professor da Universidade da Pensilvânia, Samuel Noah Kramer. Nesse Código elaborado no mais remoto dos tempos da civilização humana é possível identificar em seu conteúdo dispositivos diversos que adotavam o princípio da reparabilidade dos atualmente chamados danos morais”. (SILVA, 2005, p. 64)

pode ser mensurado pecuniariamente, não se pode dizer que o estudo do tema tornou-se mais brando no que se refere aos seus embates doutrinários.

Atualmente o dano moral é um dos temas mais controvertidos e estudados do direito pátrio. Por ser formador de posicionamentos díspares, este instituto apresenta questionamentos instigantes que despertam a curiosidade de muitos juristas. Ainda não se pode utilizar com muita facilidade o termo “posicionamento consolidado” no que se refere ao tema, pois o caldeirão de opiniões ainda fomenta as mentes dos estudiosos.

Uma das principais e mais importantes problemáticas existentes gira em torno de definir e identificar o que venha a ser o dano moral propriamente dito. Contornar o desenho peculiar da agressão a direitos não-patrimoniais ainda acarreta numa tarefa árdua tanto para o doutrinador como para os Juízes em seu labor diário.

Para conceituar os danos morais, a doutrina tem se utilizado do requisito da dedução negativa. Ou seja, a partir da comparação com o dano patrimonial, chega-se ao imaterial. O substrato do instituto é encontrado quando “vira-se ao avesso” o dano patrimonial. Como defensores desta teoria encontra-se, dentre outros, Silvio Rodrigues e Maria Helena Diniz¹² que, em resumo afirmam que quando o dano não corresponde as características de atinentes ao dano patrimonial, estará diante do dano moral.

Fonte de diversas críticas que afirmam ser esta teoria insuficiente para alcançar diversos elementos do dano imaterial, a dedução negativa é bastante atacada por uma boa parte da doutrina pátria, sendo considerada inadequada para o sistema jurídico brasileiro.

Por sua vez, outros doutrinadores como Antônio Jeová dos Santos refutam este tipo de conceituação, visto que “afirmar que dano moral é lesão não patrimonial é nada definir. Princípio decorrente da boa lógica, indica que não se define, introduzindo um conceito negativo no objeto definido. A utilização de vocábulos em sentido contrário não ajuda na formação da concepção do que se pretende conceituar ou definir.”¹³

Surge então a segunda corrente que busca na agressão aos direitos da personalidade conceituar os danos morais. Utilizando-se da previsão constitucional

12. Vide: RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol 4. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006 e DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*, 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2000

13. SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4 ed. rev. amp. atual. de acordo com o novo código civil. São Paulo: RT. 2005, p. 92

constante no inciso X do art. 5º da Constituição Federal, ela limita o instituto à ofensa a esta gama de direitos. Neste sentido, defende o Ilustre Desembargador Sérgio Cavaliéri Filho “que enquanto o dano material, como atrás assinalado, importa em lesão de bem patrimonial, gerando prejuízo econômico passível de reparação, o dano moral é lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, exame e humilhação à vítima”.¹⁴

Por sua vez, a mais moderna das teorias que busca explicar a conceituação do dano imaterial diz que, independentemente da ocorrência ou não de prejuízo material, havendo ataque a direitos que originem dor, angústia, sofrimento, tristeza ou humilhação ao sujeito passivo, haverá a configuração do dano moral. Isso implica em dizer que “não é o dano em si que dirá se ele é ressarcível, mas os efeitos que o dano provoca”¹⁵. Em outras palavras o dano moral é a alteração do estado psicofísico e social do indivíduo.

Américo Luis Martins da Silva *apud* Eduardo Zannoni, afirma que:

o dano moral não é a dor, a angústia, o desgosto, a aflição espiritual, a humilhação, o desgosto, o complexo que sofre a vítima do evento danoso, pois esses estados de espírito constituem a conseqüência do dano. A dor que experimentam os pais pela morte violenta do filho, o padecimento ou complexo que suporta um dano estético ou a humilhação de quem foi publicamente injuriado são estados de espírito contingentes e variáveis em cada caso, pois cada pessoa sente a seu modo.¹⁶

Desta forma, feita a delimitação dos requisitos para a conceituação do dano moral, torna-se necessário, agora, estabelecer qual a amplitude deste mal aflição subjetivamente a vítima. Qualquer tentativa neste sentido, em princípio, resultaria na inviabilidade do presente trabalho, pois a diferença entre as pessoas é marca fundamental da vida em sociedade.

3. A EVOLUÇÃO SOCIAL E A “INDÚSTRIA DO DANO MORAL”

Muito mais árdua do que a busca pelo conceito doutrinário do dano moral, é a tarefa de encaixar tais preceitos no cotidiano, visto que estudar os danos imateriais apenas sob um âmbito exclusivamente técnico é atestar a inviabilidade de sua aplicação. É necessário que a realidade cotidiana seja incluída no conteúdo dos escritos, sob pena de criar um tecnicismo exacerbado para uma matéria que,

14. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. aum. atual. 2ª triagem. Malheiros. Rio de Janeiro. 2006.p.75

15. *Idem* p. 93

16. SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. *ob cit.* p. 39

por sua própria essência, necessita muito mais de um subjetivismo do que da letra fria da norma.

Neste sentido, pode-se afirmar que a evolução tecnológica e comportamental da sociedade fez com que o instituto do dano moral passasse a ser uma das principais fontes de garantias da proteção dos respectivos direitos.

Câmeras digitais e de filmagem, portas magnéticas, ímãs anti-furto, serviços de proteção ao consumidor, notícias espalhadas através das fibras óticas da Internet ou pelos sinais de satélite das emissoras de tv e rádio, e até mesmo a velha e conhecida fofoca são, supostamente, meios ideais para que transpareça a agressão ao direito da personalidade. A imagem, a honra, a integridade moral, entre outros, são institutos que estão em voga na atualidade e qualquer ensejo de agressão a estes pode vir a decorrer na estipulação de valor monetário que nem mesmo os próprios magistrados ainda determinaram a forma ideal para a sua estipulação¹⁷.

Nos dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes:

Em nossa época – é voz corrente – há muitíssimas mais ocasiões de risco, de perigo, em decorrência, não só mas também do acentuado desenvolvimento tecnológico; neste sentido, conclui-se ter havido um real incremento das possibilidades de causação de danos. A esta constatação deve acrescentar-se uma outra, mais relevante nesta sede: numerosas são as situações danosas antes ignoradas, seja pelo ordenamento jurídico, seja pela própria vítima, e hoje tuteladas com fundamento no princípio da dignidade humana, suscitando a imprescindível reparação¹⁸.

As opções são inúmeras! Há um leque de situações que, a partir de uma interpretação literal poderá decorrer numa suposta configuração de dano moral. Decorre daí, então a necessidade de destaque da linha limítrofe entre o que se chama de “fatos do cotidiano” e a real agressão. Fechar os olhos para esta situação é, sem dúvida alguma, chancelar a formação da temida de tão criticada “indústria do dano moral”.

Ante a atual dificuldade de apresentar, de forma bastante delimitada, como ocorre com os danos patrimoniais, os limites e o montante devido em razão da

-
17. A discussão sobre a forma de estipulação do valor do dano moral prolonga-se com o passar dos anos. Doutrinadores debruçam-se sob diversas teorias que busca determinar qual a forma ideal para a realização do cálculo dos danos morais. Dentre as teorias apresentadas, está ganhando espaço no painel nacional a corrente que defende a aplicação do *Punitive Damange*, originariamente americana, e que busca a estipulação do valor devido em razão da agressão a direitos imateriais num patamar que venha a desestimular o agressor em realizar novamente o ato danoso. Porém, em razão da necessidade de um aprofundamento maior sobre este tópico específico do tema, o mesmo não será tratado na presente obra, sob pena de fuga total do conteúdo aqui sugerido.
18. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Renovar. São Paulo. 2003. p. 150

agressão a direitos imateriais, muito daqueles que militam no âmbito jurídico, apontam supostas ocorrências de ataques a direitos não patrimoniais em suas ações, buscando com isso conseguir valores monetários que, algumas vezes, são absurdamente indevidos.

A existência de conceitos abertos e de uma carga subjetiva nos seus fundamentos faz com que o instituto da agressão a bens imateriais apresente-se como uma boa oportunidade para tentativas de estipulação de parâmetros disforme com os objetivos desejados. A cada dia, torna-se mais rotineira nos corredores dos fóruns e na comunidade jurídica a utilização deste instituto distorcendo-o da sua verdadeira funcionalidade, o que acarreta no seu completo descrédito social.

Certamente, influenciado por seguimentos que tentam divulgar a idéia de que a agressão por dano moral decorre necessariamente em pagamento de valores astronômicos, muitas pessoas passam a pleitear este suposto direito em situações que não devem ser cotejadas. São embaraços, aborrecimento e outros pequenos constrangimentos corriqueiros e cotidianos que são trazidos para as salas de audiência, abarrotando ainda mais a prestação muitas vezes ineficiente do Estado.

Baseado nesta rotina, começam a surgir posicionamentos que defendem a mitigação na sua aplicação em decorrência de uma suposta “industrialização do dano moral”. O insuperável J. J. Calmon de Passos figura como um dos adeptos dessa corrente ao afirmar que:

“assim sendo, é da própria essência do dano esse *acréscimo de desconforto e quebra de normalidade em nossa vida*. Será este o dano moral indenizável? (...) Seriam eles não danos morais, sim um consectário inerente a todo dano material, devendo ser estimados em função desses mesmo danos materiais.” (...) “Para ressarcir esses danos, deveríamos ter ao menos a decência ou a cautela de exigir a prova da *efetiva* dor do beneficiário, *desocultando-a*.” (...) “Não se indaga se aquele que se enche de furor ético porque teve recusado um cheque de sua emissão teve, por força disso, forte abalo emocional, ou é simplesmente um navegador esperto no mar de permissividades e tolerância que apelidamos de ousadia empreededora.”¹⁹

É inegável que a Constituição Federal sepultou de vez a discussão antes existente acerca da possibilidade de mensuração econômica dos danos não-patrimoniais. Abriu-se, então, um leque de possibilidades, que aliado à facilitação do acesso à Justiça, gerou um volume nunca antes esperado de ações.

Nesta esteira, em artigo publicado no site Consultor Jurídico, o advogado Marcelo Di Rezende Bernardes noticia que no Estado de Goiás os juízes afir-

19. PASSOS, Calmon J. J. *O imoral nas indenizações por dano moral*. op cit. p.173-174

mam que “o número de processos de indenização por danos morais cresceu tanto que são chamados de ‘batatas fritas’, pois vêm como acompanhamento de ações na Justiça”²⁰. Da mesma forma, o “boom” também ocorre nas ações consumeristas, onde, sob o manto da condição de “parte mais frágil” na relação jurídica muitos consumidores possuem a errônea idéia de que qualquer desvio por parte do empresário, por menor que seja, deriva numa agressão a direitos imateriais.

Em contrapartida, há também o fomento, pela suposta vítima, da situação que traga o mal subjetivo a partir de uma situação cotidiana. Trocando em miúdos, pode-se exemplificar com o seguinte fato hipotético: uma pessoa tem sua entrada no banco bloqueada em razão do trancamento da porta giratória. Esta, por sua vez, ao invés de verificar a existência de material metálico em seus bolsos ou bolsa, começa a chamar a atenção daqueles que se encontram aos arredores da agência bancária, alegando que está sendo impedida de entrar no referido estabelecimento. Neste caso é evidente que não há a ocorrência do dano moral, mas sim o fomento de uma situação em busca da sua concretização.

O direito não repara qualquer padecimento, dor ou aflição, mas aqueles que forem decorrentes da privação de um bem jurídico sobre o qual a vítima teria interesse reconhecido juridicamente. Por exemplo, no caso de vermos alguém ser atropelado, não estamos legitimados para reclamar indenização, mesmo quando esse fato nos provoque grande dor.²¹

Não resta dúvidas que uma grande parcela de contribuição para a mudança desta tendência, e que certamente levará o instituto do dano moral ao colapso, encontra-se nas mãos dos magistrados que, por sua vez, devem estancar os abusos praticados por advogados e partes, garantindo a real funcionalidade dos danos morais. Para tanto, necessária se faz separar o joio do trigo, ou seja, diferenciar o que venha a uma real agressão a direitos imateriais, de simples fatos do cotidiano que causam, nada mais do que meros aborrecimentos.

Portanto, a urgência na delimitação dos aspectos balizadores do que realmente venha a configurar o dano moral é incontestável.

4. DO MERO ABORRECIMENTO AO DANO MORAL

Conforme já mencionado, o resultado decorrente da agressão a direitos imateriais deve decorrer em sentimentos como “angústia”, “dor”, “sofrimento”,

20. BERNARDES, Marcelo di Rezende. *Enriquecimento fácil: mero aborrecimento vira indenização na indústria do dano*. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/37145,1>; acessado em: 21.09.2006

21. SILVA, Américo Luis Martins da. *O dano moral e sua reparação civil*. ob cit. p. 39

“tristeza” e “humilhação”. Ora, ao estipular estas reações, o doutrinador quis desenhá-las a imagem de situações que realmente acarretem em modificação anímica para a vítima, o que certamente não ocorre em casos de “mero aborrecimento”. Isso implica em dizer que para que haja a configuração concreta da agressão a direitos não-patrimoniais, é necessário que o resultado seja capaz de possibilitar a diferenciação clara em relação aos simples dissabores ou, até mesmo, às pequenas frustrações cotidianas.

As intempéries diárias não são mais do que fatos corriqueiros que devem ser relevados pelo mundo jurídico. Não se quer dizer com isso que deva, obrigatoriamente, mensurar a aflição que o sujeito passivo veio a sofrer, até porque a própria doutrina assegura o ideal de que o dano moral caracteriza-se por ser *in res ipsa*²², afinal é absolutamente possível que haja agressão ao direito personalíssimo de alguém sem que terceiros tenham conhecimento.

O que se quer assegurar é que uma simples condição adversa apresentada à determinada pessoa não pode vir a ser configurada como uma ofensa a direito seu. Neste sentido, por exemplo, o bloqueio da porta giratória de um banco não enseja a configuração do dano moral por humilhação²³, há que respeitar o ponto limítrofe da “área de isenção” inerente à teoria do fato do cotidiano.

22. Definição bastante clara é feita por Sérgio Cavaliere Filho, que aduz o seguinte: “Como, em regra, não se presume o dano, há decisões no sentido de desacolher a pretensão indenizatória por falta de prova do dano moral. Entendemos, todavia, que por se tratar de algo imaterial ou ideal, a prova do dano moral não pode ser feita através dos mesmos meios utilizados para a comprovação do dano material. Seria uma demasia, algo até impossível, exigir que a vítima comprove a dor, a tristeza ou a humilhação, através de depoimentos, documentos ou perícia; não teria ela como demonstrar o descrédito, o repúdio ou o desprestígio através dos meios probatórios tradicionais, o que acabaria por ensejar o retorno à fase da irreparabilidade do dano moral em razão de fatores instrumentais. Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo de tal modo que provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 6ª edição, São Paulo: Malheiros. 2006. p. 101).

23. Somente em caráter exemplificativo cita-se a seguinte jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRAVAMENTO DE PORTA GIRATÓRIA. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. Quando a violência urbana atinge níveis alarmantes, a existência de porta detectora de metais nas agências bancárias é medida que se impõe para a segurança de todos, a fim de prevenir furtos e roubos no interior desses estabelecimentos de crédito. Nesse sentido, as impositivas disposições da Lei nº 7.102/83. Assim, é normal que ocorram aborrecimentos e até mesmo transtornos causados pelo mau funcionamento do equipamento, que às vezes trava, acusando a presença, por exemplo, de tão-somente um molho de chaves. Dissabores dessa natureza, por si só, não ensejam reparação por dano moral. O dano moral poderá advir não do constrangimento acarretado pelo travamento da porta em si, fato que poderá não causar prejuízo a ser reparado a esse título, mas, dos desdobramentos que o possam suceder, assim consideradas as iniciativas que a instituição bancária ou seus prepostos venham a tomar no momento, as quais poderão minorar os efeitos da ocorrência, fazendo com que ela assuma contornos de uma mera contrariedade,

Seguindo esta mesma linha de raciocínio Sérgio Cavalieri Filho traz à baila o que chama de “lógica do razoável”, segundo o qual, o julgador deve tomar como ponto basilar o “homem comum”, ou seja, nem aquele considerado frio e calculista e nem aquele sentimental por demais. Somente a partir de então é que far-se-á a análise do resultado decorrente da agressão, defendendo que somente será configurado como dano moral aquele ato que fugir da normalidade interferindo intensamente no âmbito psicológico e emocional do ser.²⁴ “Assim como a febre é efeito de uma agressão orgânica, dor, vexame e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa *uma agressão à dignidade de alguém*”²⁵.

Haverá agressão a direitos não-patrimoniais somente quando a situação for considerada além da normalidade esperada. Essa gravidade, juntamente com a ilicitude são pressupostos inerentes a reparabilidade do dano, o que implica em dizer que, ante a sua inexistência não se pode falar configuração de um mal subjetivo passível de tutela jurídica.

Grande parte da doutrina que se detém a tratar do tema cita a norma do art. 496 do Código Civil Português²⁶ como sendo aquela que melhor retrata a situação em tela. Segundo aquele diploma legal os danos não-patrimoniais somente serão passíveis de indenização quando atingirem de maneira gravosa a direitos alheios. Assim, não havendo gravidade do dano, não há que se falar em indenização, já que, conforme preceituado na norma, esta característica apresenta-se como sendo um requisito de existência da configuração do dano moral.

ou, de outro modo, recrudescê-la, transformando o que poderia ser um simples contratempo em fonte de vergonha e humilhação, passíveis, estas sim, de reparação. Caso em que o dano moral restou caracterizado ante o constrangimento por que passou o autor. DANO MORAL. FIXAÇÃO DO “QUANTUM”. Na fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a condição econômica da vítima, bem como para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar o ofendido e punir o infrator sejam atingidas. Apelação provida, em parte. (Apelação Cível Nº 70010218865, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 23/12/2004).”

24. Em sua obra *Programa de responsabilidade civil* Sérgio Cavalieri Filho transcreve acórdão de apelação cível nº8.218/95, por ele julgado, que determina: “RESPONSABILIDADE CIVIL – DANO MORAL – CONFIGURAÇÃO – PRINCÍPIO DA LÓGICA DO RAZOÁVEL. Na tormentosa questão de saber o que configura o dano moral, cumpre ao juiz seguir o trilha da *lógica do razoável*, em busca da sensibilidade ético-social norma. Deve tomar por paradigma o cidadão que se coloca a igual distância do homem frio, insensível e o homem de extremada sensibilidade. Nesta linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar, não bastando mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada.” (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 148).

25. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. São Paulo: Atlas. 2006. p.105

26. Art. 496 do Código Civil Português: “na fixação da indenização deve atender-se aos danos não patrimoniais que pela sua gravidade, mereçam tutela do direito”

Para a configuração do dano moral não é preciso que seja comprovada a lesão, mas a simples situação na qual esteja envolvida a vítima já é suficiente para configurar a sua existência. Em contra partida, na sua análise, também se deve ser observada a distinção entre o dano propriamente dito e o mero aborrecimento. Somente com a reunião destes dois requisitos é que será esculpida diante do julgador a figura da agressão a direitos não-patrimoniais, ensejando, por sua vez o direito à respectiva prestação pecuniária devida. Desta forma “para que exista dano é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade.”²⁷.

Em muitas situações, cuida-se de indenizar o inefável. Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui, também é importante o critério objetivo do homem médio, o *bônus pater familias*: não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diurnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino. Nesse campo, não há fórmulas seguras para auxiliar o juiz. Cabe ao magistrado sentir em cada caso o pulsar da sociedade que o cerca. O sofrimento como contraposição reflexa da alegria é uma constante do comportamento humano universal.²⁸

O **dano moral** somente fará parte do mundo jurídico, acarretando a obrigação de indenizar, quando houver alguma grandeza no ato considerado ofensivo a direito da personalidade. Desta forma inexistente dano moral quando o ato praticado não possui virtualidade para lesionar sentimento ou causar dor e padecimento íntimo.

A maioria dos Tribunais do Brasil, a exemplo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ²⁹ já atentou para tal situação quando, através do Desembargador Eliot Akel afirma que: “indenizável é o dano moral sério, aquele capaz de, em uma pessoa normal, o assim denominado “homem médio”, provocar grave perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimento e nos afetos”³⁰.

27. SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. op. cit., p. 111

28. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

29. Neste mesmo sentido, merece destaque o seguinte acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: **APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DEVOLUÇÃO DE TROCO EM VALOR INFERIOR AO DEVIDO. RECLAMAÇÕES E DISCUSSÕES. CONSTRANGIMENTO ALEGADO. INEXISTENTE DANO MORAL. MERO DISSABOR**. Na casuística, a contenda funda-se na discussão acerca da configuração de dano moral advindo da devolução de troco a menor, ocasionando reclamação por parte da autora e discussão com os funcionários da requerida em frente aos demais clientes da loja. Não se vislumbra a configuração de dano moral, mas sim mero dissabor, desconforto ou contratempo a que estão sujeitos os indivíduos nas suas atividades cotidianas. Inoportuno considerar-se qualquer espécie de descontentamento ou aborrecimento incidente na esfera psíquica como suficiente ao reconhecimento do dano moral, sob pena de deturpação do instituto. **DESPROVERAM O APELO. UNÂNIME**. (Apelação Cível nº 70016985699, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 28/12/2006)

30. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Acórdão da 1ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 136.277-4/5-00. Comarca de São Paulo. Relator. Des. Eliot Akel.

Ainda tangenciando na interpretação que assegura a gravidade do resultado provocado pela agressão à direitos personalíssimos, conclui-se que estes devem-se protelar durante um lapso de tempo considerável. Aquele aborrecimento diário e que, após a resolução do problema vem a ser sanado merece ser desconsiderado. Assim, o dissabor decorrente do ato deve ter um transcurso de prazo, não se exaurindo de forma abrupta.

Portanto, antes de preocupar-se com a forma de cálculo do valor decorrente do dano a direitos imateriais, necessário se faz delinear-los, sob pena de relevar ao descrédito total este instituto de suma importância para a manutenção dos direitos subjetivos de cada ser humano, respeitando sempre a figura da pessoa, que, por sua vez, encontra-se protegida sob a irradiação do princípio solar da dignidade da pessoa humana exposto na Constituição Federal em vigor.

5. CONCLUSÃO

É sabido que ao Poder Judiciário incumbem o dever de buscar a pacificação social, a partir de composição de lides. No âmbito da proteção aos bens imateriais esta condicionante torna-se ainda mais evidente. A análise dos atos que, no plano fático, merecem a devida relevância jurídica permeia-se de suma importância para o controle da ordem. Reparar fatos do cotidiano que não amealham a devida importância é inviabilizar o funcionamento da máquina judiciária e com a conseqüente instauração do caos social.

Da mesma forma, acrescenta o Ilustre Professor Machado Neto que “se o direito é um fenômeno social, surgido e mantido para socorrer a certas urgências da vida grupal, ele deve ser solidário ao meio em que surge e se desenvolve, uma paralela evolução do direito acompanhando as transformações da sociedade.”³¹

Portanto, findo o presente ensaio, chega-se ao denominador comum de que, antes de tecer comentários acerca da quantificação do dano moral, necessário se faz estabelecer, principalmente no âmbito prático, a linha limítrofe que o divide do mundo dos fatos do cotidiano, ou dos meros aborrecimentos. A subjetividade inerente é um dos obstáculos mais difíceis a ser vencido nestas situações. O questionamento acerca do que seria um “mero aborrecimento” apresenta-se como inevitável.

As relações sociais estão permeadas de inúmeras novidades que surgem a todo instante com o passar dos anos. São tecnologias que, em muitos casos, ex-

31. MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1984. p. 102

põe o ser humano no que se refere a ter agredido seus direitos da personalidade. Porém, em outros momentos, apesar de transparecer uma sua suposta ofensa, o que há na verdade nada mais é do que um mero desconforto decorrente da vida cotidiana da sociedade.

O ser humano, em situação normal, nasce no seio da família – grupo social básico – e a partir daí tem início a moldagem de suas potencialidades no sentido da convivência social. A ampliação gradativa dos círculos sociais em que o homem se vê envolvido no desenrolar de sua existência faz crescer, proporcionalmente, o grau de influência que a sociedade exerce em sua formação. À medida que o indivíduo expande a área de seu relacionamento com os outros, participando de grupos maiores, como os companheiros de brincadeiras, a escola, as congregações e comunidades religiosas, os clubes, *e.g.*, aumentam também as pressões dos condicionantes sociais que procuram conduzir a sua personalidade conforme os padrões sociais³²

É, portanto, neste íterim de adaptações sociais que os institutos jurídicos devem permear. Da mesma forma, a temática referente ao dano moral necessita desenvolver um acompanhamento constante das interações do meio sob pena de fulminar num tecnicismo exacerbado e ineficiente para o fim que culmina.

A incidência de cláusulas abertas e de conceitos “recheados” de subjetivismo apresenta para o Magistrado um horizonte antes inexistente. Deixa-se de lado a figura de mero reproduzidor legal para vestir-se com a idéia de interprete fundamental da realidade exposta acoplando-a aos anseios do legislador. O Juiz, então assume ainda uma responsabilidade ainda maior ao formular suas decisões, visto que necessita de olhos de tigre na busca pela aplicação da Justiça.

Separar o joio do trigo é atividade de suma importância. O dano moral em hipótese alguma pode ser confundido com um simples aborrecimento. Aspectos como a relevância do mal subjetivo sofrido pela vítima, aliado à sua duração, são requisitos a serem utilizados na escolha de qual o lado da ponte que se optará para a travessia. A perspicácia jurisdicional é o escudo social fundamental nesta briga do mar da usura do dinheiro fácil contra o rochedo da real proteção conferida pelo instituto do dano moral aos direitos personalíssimos.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Forense. Rio de Janeiro. 2006;

32. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência: de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002)*. 12 ed. São Paulo: 2003. p.3

- CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3 ed. rev. amp. atual. conforme o código civil de 2002. Revista dos Tribunais. São Paulo. 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6 ed. rev. aum. atual. 2º triagem. Malheiros. Rio de Janeiro. 2006.
- CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. acessado em: 20.04.2007
- DINIZ, Maria Helena. *Responsabilidade Civil*, 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2000
- DUGUIT, Leon. *Lãs transformaciones Del derecho (público y privado)*. Trad. arg. Buenos Aires. Ed. Heliasta. S.R.L., 1975, p. 1 78
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. Vol. III - Responsabilidade civil. Saraiva. São Paulo. 2003.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed. rev. aum. e atual. de acordo com o código civil de 2002. Forense. Rio de Janeiro. 2005
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil: de acordo com o novo código civil (lei nº 10.406 de 10-1-2002)*. 9 ed. rev. de acordo com o novo código civil (lei nº 10.406 de 10-1-2002).Saraiva. São Paulo. 2005;
- JUS NAVEGANDI. Disponível em: <http://www.jus.com.br> . acessado em: 20.04.2007
- MACHADO NETO, A. L. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 1984.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico. Plano da Existência: de acordo com o novo código civil (Lei 10.406 de 10-1-2002)*. 12 ed. São Paulo: 2003.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Renovar. São Paulo. 2003.
- PASSOS, Calmon J. J. *O imoral nas indenizações por dano moral*. In: AUGUSTIN, Sérgio (coord). *Dano Moral e sua quantificação*. 4 ed. rev. amp. Caxias do Sul: Ple-num. 2007, p.167
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol 4. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2003.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 4 ed. rev. amp. atual. de acordo com o novo Código Civil. Revista dos Tribunais São Paulo. 2003.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT. 2005, p. 33.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acessado em: 21.02.2007

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acessado em: 21.02.2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acessado em: 21.02.2007.

XVIII

CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL – CONTRIBUIÇÃO PARA COMPREENSÃO DA INTERCONSTITUCIONALIDADE NO ESTADO CONSTITUCIONAL

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 enfrenta questões polêmicas da Teoria do Estado, como o atual conceito de soberania, o fenômeno da globalização econômica como fator de relativização da soberania dos Estados, a formação de blocos comunitários de cunho econômico, social e político, tendo como principal característica a supranacionalidade e a interconstitucionalidade, realidades próprias do constitucionalismo multinível. Por fim, identifica os reflexos da globalização econômica e da relativização da soberania na nossa realidade social, apontando propostas direcionadas ao resgate da dignidade da pessoa humana no novo Estado Constitucional.

ABSTRACT: The present study faces controversies questions in the Theory of the State, as the current concept of sovereignty, the phenomenon of the economic globalization as factor of

relativization of the sovereignty of the States, the formation of communitarian blocks of economic, social matrix and political, having as main characteristic the supranationality and the interconstitutionality, proper realities of the multilevel constitutionalism. Finally, it identifies the consequences of the economic globalization and the relativization of the sovereignty in our social reality, pointing proposals directed to the rescue of the dignity of the person human being in the new Constitutional State.

PALAVRAS-CHAVE: Supranacionalidade; Constitucionalismo global; Interconstitucionalidade; Interculturalidade; constitucionalismo multinível.

KEY-WORDS: Supranationality; Global constitutionalism; Interconstitutionality; Interculturality; multilevel constitutionalism.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de soberania e fundamentação constitucional – 3. A globalização econômica como fator de relativização da soberania – 4. A interconstitucionalidade como reflexo da globalização – 5. O Estado Constitucional – 6. Considerações finais – Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Este breve estudo se volta a apresentar uma análise do novo conceito de soberania em face do processo de globalização econômica, o surgimento do constitucionalismo multinível, a interconstitucionalidade e a interculturalidade, capazes de fundar novos paradigmas constitucionais.

A moderna ciência do direito demanda um estudo multidisciplinar e uma metodologia livre de dogmatismos. A realidade é muito mais complexa e dinâmica do que possam inferir nossos cientistas do direito. A verdade é construída historicamente, as idéias e teorias são superadas num espaço temporal cada vez mais curto, até mesmo idéias tidas como ultrapassadas, são retomadas pelos cientistas e fundadas em novas bases. A probabilidade de que o mundo tenha surgido do caos é a mesma que teria um sujeito, com um taco de golfe, do planeta terra, acertar uma bola, com uma única tacada, num buraco imaginário localizado em marte – explica a física quântica.

Ensina Nietzsche: “Não há fatos, só interpretações”. O exemplo típico, dessa postura, conforme nos ensina Guerra Filho¹, é o da substituição, na física, no paradigma mecanicista de Copérnico, Galileu, Giordano Bruno, Newton etc., por aquele relativista de Albert Einstein, Max Planck, Niels Bohr, Werner Heisenberg etc. Daí, ter Edmund Husserl, de sua perspectiva fenomenológica, alertado para o caráter restritivo do conhecimento obtido pelo formalismo científico, apesar de sua indubitável eficácia, consubstanciando-se em ameaça ao “mundo comum da vida” (Lebenswelt), assim como Bachelard, ao mesmo tempo em que, refletindo sobre a nova cientificidade oriunda dos avanços da física relativística e quântica, apontava o seu caráter aproximativo, em um *processo* inesgotável de aproximação das descobertas, alertando, também, para a necessidade de se complementar os rigores do método científico com a liberdade criativa da imaginação poética.

A justificativa que se apresenta a esta abordagem, de forma mais direta, é a de submeter a Teoria do Estado ao desafio de desvendar fenômenos que hoje se encontram em processo de conformação e compreensão, como o novo modelo de estado que se chama União Européia, e talvez num futuro bem próximo, o Mercosul. A soberania já não é algo absoluto, as fronteiras entre os países não mais representam limites à atuação de um estado, o povo como elemento constitutivo do Estado, ao adquirir uma dupla cidadania², passa a ser também elemento constitutivo de uma ordem supranacional.

1. Significado epistemológico do conceito processual de Constituição. p. 6.

2. Estamos a nos referir à dupla cidadania do europeu que a exerce tanto no âmbito do seu país quanto na União Européia (nos casos dos países que a integram).

Inicialmente será estudado o conceito de soberania, sua construção nos diversos momentos históricos até a sua conformação atual, para em seguida adentrar na sua fundamentação constitucional, já que a época moderna tem como corolário no plano jurídico-político a doutrina constitucional, como organizadora das condições institucionais da vida em sociedade³.

Num segundo momento analisar-se-á o fenômeno da globalização econômica como fator de relativização da soberania dos Estados⁴, culminando com a formação de blocos comunitários de cunho econômico, social e político tendo como principal característica a supranacionalidade e a interconstitucionalidade⁵ realidades próprias do constitucionalismo multinível.

Por fim, serão identificados os reflexos da globalização econômica e da relativização da soberania na nossa realidade social, apontando propostas direcionadas ao resgate da dignidade da pessoa humana, a qual por mais distante que possa estar o alcance da sua plenitude, jamais poderá deixar de ser buscada.

2. CONCEITO DE SOBERANIA E FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Hegel, tratando da postura da filosofia em face da realidade, no prefácio dos *Princípios da Filosofia do Direito*, diz que *no que respeita ao indivíduo, cada um é, aliás, um filho do seu tempo*. O conceito de soberania está condicionado à história e espelha as circunstâncias de cada época histórica, suas idéias, seus sucessos, enfim, os fatos acontecidos no tempo e no espaço⁶.

No final da Idade Média, a vontade dos monarcas não sofria qualquer limitação, ninguém lhes disputava o poder, eram eles senhores da vida e da morte dos seus súditos, tal fato condicionou a percepção da soberania em seu aspecto absoluto e completo, tal qual introduzido pelos teóricos do Estado.

3. WILSON, David de Abreu Prado, *Caminhos do constitucionalismo no Ocidente: modernidade, pós-modernidade e atualidade do direito constitucional*. In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – 28. p. 107.
4. Estamos a nos referir a relativização da soberania dos Estados já que a soberania das Uniões entre os Estados (União Européia, União Africana) tende ao contrario a se fortalecer como veremos no transcórre do trabalho.
5. Expressão utilizada por Gomes Canotilho em seu *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 1407. E recentemente em sua nova obra: *Brançosos e Interconstitucionalidade – itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*.
6. Sobre o assunto consultar: AZEVEDO, Oldemar. *Soberania (noções e fundamento)*. p. 63. *et seq.*

É Jean Bodin⁷, por volta de 1576, na sua obra “*Les Six Livres de la République*”, quem primeiro busca conceituar a soberania, esclarecendo que esta representa o poder absoluto e perpétuo de uma República⁸, não sofre limitações, nem tampouco interrupções temporais. Deixou, o citado autor, de mencionar a característica da inalienabilidade, o que outros teóricos fariam posteriormente.

Dois séculos mais tarde, no ano de 1762, Rousseau em sua obra “*O Contrato Social*”, ao tratar do tema da soberania, transfere a titularidade do seu exercício da pessoa do governante para o povo. Além de reconhecer as características da inalienabilidade e indivisibilidade como fundamentos da soberania⁹.

Nos séculos seguintes várias abordagens e concepções farão uma conformação do conceito de soberania que ora apresentaremos de forma bastante sintética:

A soberania é a expressão da vontade de uma ordem, qualidade ou elemento essencial do Estado, que expressa a plena eficácia do poder em conformidade com o ordenamento jurídico, fazendo valer dentro do seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência, tendo o povo como titular do seu exercício, que a exerce através dos órgãos de soberania do Estado na forma que a constituição fundamenta e o momento histórico e a realidade social lhe condiciona¹⁰.

A questão da soberania, em face da nova ordem mundial apresenta-se das mais complexas e controversas, tanto em termos de Direito interno, quanto internacional, começando pela multiplicidade de concepções a respeito.

Charles de Visscher¹¹ em 1962 já assinalava que as sucessivas concepções jurídicas de soberania representavam o reflexo das transformações históricas do poder político, considerado tanto na sua organização interna como nas suas relações com o exterior:

7. BODIN, Jean, *Lês Six Livres de la Répuqlique*, Chez Jacques du Puis Libraire Iuré, à la Samaritaine, avec du Roy, Paris, 1583.
8. A expressão República equivale ao moderno significado de Estado, conforme ressalta DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria Geral do Estado*. p. 77.
9. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. p. 78.
10. Para aprofundar no assunto, Dalmo de Abreu Dallari em *Elementos de Teoria Geral do Estado*, p.79. indica: Miguel Reale, *Teoria do Direito e do Estado*, p.177; Oreste Raneletti, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Parte Geral, p. 78; Georg Jellinek, *Teoria General Del Estado*, p. 365; Constantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p. 58; Herman Heler, *La Soberania*, p. 214; Hans Kelsen, *Teoria General Del Estado*, p. 133; Marco Tullio Zanzucchi, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, p.20;
11. VISSCHER, Charles, *Teorias y realidades en Derecho Internacional Público*. p. 108 *et seq.*

“Lo que la doctrina se resiste aún a admitir es la persistencia en la realidad de la vida internacional de una concepción de la soberanía que, en ciertos aspectos, contradice la suya. Sin duda alguna se han exagerado los contrastes, pues el hombre político no desconoce por lo general los límites que la libertad de acción del Estado impone la coexistencia con otros Estados y, en circunstancias normales, acepta los deberes y los cargos derivados de tal estado de cosas. Bien es verdad que, en lo que afecta al Derecho, el Estado mantiene con reserva la excepción de soberanía. Al Estado, como unidad de poder, le repugna ser solamente un sujeto de derecho. Considera que no solo le incumbe definir por sí mismo aquellos de sus intereses que considera vitales, sino también protegerlos por todos los medios de que dispone, incluso mediante el empleo de la fuerza armada, que en el orden externo es la negación de la ley común de la coexistencia”.

Celso Albuquerque Mello¹² refere-se à soberania dos Estados como o *direito à liberdade ou à independência, dentro dos limites fixados pelo Direito Internacional, para realizar os atos que lhe aprouver sem necessitar do consentimento de qualquer outro Estado*.

Verdross, citado ainda por Albuquerque, assinala que a soberania significa uma competência territorial, bem como uma competência sobre os indivíduos nesse território. Acrescenta, todavia, que a soberania ou independência do Estado é encarada atualmente no seu sentido relativo, isto é, um feixe de competência territorial, bem como uma das competências que os Estados possuem, mas outorgado e limitado pela ordem internacional. E, por fim, registra que o reconhecimento da soberania dos Estados tem sido feito em inúmeros textos internacionais, como a carta da ONU cujo art. 2º, alínea 7.ª, estipula: “Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assunto que dependa essencialmente de qualquer Estado”.

Conforme leciona Canotilho¹³, *a soberania, em termos gerais e no sentido moderno, traduz-se num poder supremo no plano interno e num poder independente no plano Internacional. A soberania no plano interno, traduzir-se-ia no monopólio de edição do direito positivo pelo Estado e no monopólio da coação física legítima para impor a efetividade das suas regulações e dos seus comandos. Nesse contexto se afirma também o carácter originário da soberania, pois o Estado não precisa recolher o fundamento de suas normas noutras normas jurídicas. Quanto à soberania internacional (termo que muitos internacionalistas afastam preferindo o conceito de independência), o autor a considera, por natureza, relativa, posto que existe sempre o alter ego soberano de outro Estado, ressaltando que, ainda assim, significa a igualdade dos Estados que não reconhecem qualquer poder superior acima deles (superiorem non recognoscem).*

12. *Direito Internacional Público*. p. 357.

13. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 90.

Partindo agora para a fundamentação constitucional da soberania, passaremos a analisar como ela é contemplada no nosso ordenamento jurídico constitucional e como devemos interpretá-la.

A Constituição Federal de 1988 trata inicialmente da soberania no seu art. 1º, apresentando-a como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito; em seguida, o art. 5º, LXXI, concede mandado de injunção quando inviável o exercício dos direitos e liberdades condicionais e prerrogativas inerentes à *soberania*, cidadania e nacionalidade, diante da falta de normas para amparo expresso a tais direitos; já o art. 14 estabelece que a *soberania popular* deve ser exercida pelo instrumento do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto com igual valor para todos; por fim, o art. 170, I, dispõe sobre a *soberania* como princípio da ordem econômica.

Embora difusas as disposições legais, o texto constitucional brasileiro mostra que a soberania não é mais regulada como qualidade intrínseca e exclusiva do Estado, este é que se legitima através dela.

Canotilho argumenta que a constituição confere legitimidade a uma ordem política e dá legitimação aos respectivos titulares do poder político. Precisamente por isso se diz que a constituição se assume como *estatuto jurídico do político* (Castanheira Neves) num duplo sentido – o da legitimidade e da legitimação. O esforço de constituir uma ordem política segundo *princípios justos* consagrados na constituição confere a esta ordem uma indispensável bondade material (legitimidade) e, ao vincular juridicamente os titulares do poder, *justifica* o poder de “mando”, de “governo”, de “autoridade” destes titulares (legitimação)¹⁴.

Aqui se registrou o significado moderno que assumiu a soberania no seu ciclo histórico de buscar no povo de uma nação, muito antes que no Estado, a fonte de sua própria existência, eficácia e legitimidade jurídicas.¹⁵

Também é importante ressaltar que a tendência atual para a abertura internacional pressuporá, indissolavelmente, uma abertura da constituição que, segundo Canotilho¹⁶, deixa de ter a pretensão de fornecer um esquema regulativo exclusivo e totalizante assente num poder estatal soberano para aceitar os quadros ordenadores da comunidade internacional.

14. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1421.

15. LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e Mercado Mundial – A crise jurídica das economias nacionais. p. 35.

16. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 367.

Esse entendimento busca dar uma maior efetividade ao texto constitucional no que se refere à soberania, já que este fenômeno encontra-se em constante mutação. A soberania deve ser lida a partir da Constituição e, se esta não apresentasse uma abertura no conteúdo de suas normas, tal leitura se tornaria impraticável.

Uma crise no conceito de Estado em face da relativização da soberania implica necessariamente uma reformulação da ordem jurídica constitucional que é o instrumento jurídico fundamental conformador do Estado, instituição reflexiva da identidade cultural, social, normativa e política de um povo. O Estado é processo, já nos ensinava Adolfo Posada¹⁷ em 1935. Nessa mesma perspectiva, afirma Canotilho¹⁸ que a identidade da constituição não significa a continuidade ou permanência do “sempre igual”, pois, num mundo sempre dinâmico, a abertura à evolução é um elemento estabilizador da própria identidade.

3. A GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA COMO FATOR DE RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA

A globalização é um fenômeno social, consistente na aproximação de distâncias geográficas e na homogeneização das expectativas de consumo, de práticas políticas decorrentes da globalização econômica¹⁹.

A globalização econômica consiste na progressiva internacionalização dos mercados de bens, serviços e créditos, induzida pela redução de tarifas de exportação, de obstáculos aduaneiros e pela padronização das operações mercantis²⁰.

Para Guidens, a globalização é a intensificação das relações sociais em escala mundial que liga localidades distantes de maneira que eventos longínquos modelam acontecimentos locais e são por eles modelados²¹.

Existe uma frase de Guy Sormon²², economista francês, que retrata bem o fenômeno da globalização das economias: “*O deslocamento de ar provocado pelo batimento da asa de uma borboleta em Pequim pode provocar um furacão na Califórnia*”. Trata-se de uma metáfora que podemos verificar na nossa realidade

17. *La Idea pura del Estado*. p. 10-11.

18. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1057.

19. RIBEIRO, Maria de Fátima. O Euro e as perspectivas de implantação de uma moeda única no MERCOSUL. In: *REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL*- 31. p. 10.

20. FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Globalização, Mercosul e crise do Estado-Nação – perspectivas para o direito numa sociedade em mudança*. p. 64.

21. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Filker, p. 69.

22. GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das Economias – Análise do pensamento de Guy Sormon. In: *REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL*- 33. p. 46.

global, em que situações ou eventos ínfimos provocam desdobramentos de grandes proporções.

Numa sociedade tão “conectada” em si mesma, como jamais existiu, onde desestabilizações de economias nacionais, fluxos instantâneos de capitais, queda acentuada em bolsas de valores, especulações financeiras, enfim, situações fáticas temperadas pela *realidade virtual* e o *tempo real* integram o cotidiano, o pensamento de Guy Sorman torna-se cada vez mais atual.

A globalização se consolidou com tamanha rapidez e profundidade que muitos já a tratam como um processo irreversível, isso por diversos motivos. O PIB de um país, por exemplo, deixou de depender apenas de fatores internos²³. À medida que aumentam as exportações e importações, novos elementos são inseridos no cômputo dos números da economia. A importância, para a economia nacional, do comércio internacional cresceu vertiginosamente; isso com certeza reflete na soberania do estado que se relativiza proporcionalmente ao aumento do grau de dependência econômica que lhe afeta.

É certo que a soberania lida sob a ótica dos antigos teóricos do Estado não mais se aplica ao mundo globalizado. É importante refletirmos, principalmente por ser a globalização um processo dinâmico e em constante transformação, se o que estamos a observar é realmente uma relativização da soberania ou se apenas houve uma transferência do âmbito do exercício da soberania de um Estado para um ente supranacional, que por seu turno seria capaz de exercer uma soberania plena no seu âmbito de atuação.

A relativização da soberania em face da globalização econômica, que é um dos temas centrais do presente estudo, deve ser lida sob dois aspectos. O primeiro deles diz respeito à relativização da soberania dos Estados que integram as chamadas Comunidades ou Uniões Internacionais. O segundo refere-se à relativização da soberania dos Estados economicamente dependentes.

É patente que a relativização da soberania dos países ditos subdesenvolvidos não é um fenômeno atual, portanto seria ingenuidade atribuir esta relativização à globalização. Esta última, conforme lição de Canotilho²⁴, torna as fronteiras cada vez mais irrelevantes e a interdependência política e econômica cada vez mais estruturante; porém, em nossa opinião, não determina a relativização da soberania desses países, esta está ligada a fatores determinantes de ordem histórica, sejam eles sociais, políticos, culturais e /ou econômicos.

23. *Op.cit.*, p. 53.

24. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1351.

Apesar de não ser fator determinante, é, a globalização econômica, um dos principais fatores não só de aumento da relativização da soberania, como também do acréscimo das desigualdades sociais.

Com relação à soberania dos países que integram ordens supranacionais, a exemplo da União Européia, e que abrem mão de fatias importantes da sua soberania nacional, entendemos que, em tais casos, não existe uma relativização da soberania desses Estados. Ao contrário, sua soberania encontra-se fortalecida em decorrência da constelação de *fatores reais de poder*²⁵ em torno de um objetivo comum. Há aqui uma transferência do exercício da soberania para órgãos supranacionais. Os doutrinadores que insistem em caracterizar a soberania desses países como relativa, assim o fazem por adotarem um conceito de soberania limitado, nos termos que a tratavam os antigos teóricos do estado, e que não condiz com a realidade atual.

Se for certo que tais estruturas formam um novo tipo de Estado soberano, não é menos correto que o fazem com o objetivo de recuperar o poder, em especial o poder econômico que tem perdido para as grandes corporações (hoje, das cem maiores economias do mundo, cinquenta e uma são empresas enquanto quarenta e nove são Estados). Nessa busca frenética por crescimento econômico (dimensão quantitativa), não deve o Estado ignorar a sua finalidade constitutiva que é manter a centralidade dos direitos fundamentais do ser humano num equilíbrio capaz de proporcionar um desenvolvimento econômico (dimensão qualitativa) com bem-estar social²⁶.

O crescimento econômico liga-se aos *aspectos quantitativos* da economia, de incremento da produção e exportação, entrada de ativos financeiros, aumento do superávit etc., sem uma correspondente vinculação aos *aspectos qualitativos*, tais quais o aumento do índice de desenvolvimento humano, redução das desigualdades sociais, mobilidade social etc., essenciais à existência do desenvolvimento econômico.

Não existe desenvolvimento econômico com retrocesso ou estagnação do bem-estar social. Pode até existir desenvolvimento econômico sem crescimento

25. Expressão utilizada por Ferdinand Lassalle em sua obra *A Essência da Constituição*. Aqui ela foi empregada no sentido de força projetada por uma unidade estatal.

26. Para uma maior compreensão da diferença entre desenvolvimento econômico e crescimento econômico consultar nosso trabalho: *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*. No mesmo sentido: *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico (Desenvolvimento econômico. Bem-estar social)* de Edvaldo Brito.

econômico, e vice-versa. Veja o exemplo da Argentina, que em novembro de 2005 registrou um crescimento econômico de 9% e ainda assim a política econômica conduzida pelo governo sofreu severas críticas por parte de integrantes da Igreja Católica daquele país que não percebiam esse crescimento econômico refletido no bem-estar social da população.

4. A INTERCONSTITUCIONALIDADE COMO REFLEXO DA GLOBALIZAÇÃO

A teoria da interconstitucionalidade²⁷ estuda as relações entre as diversas constituições dentro de um mesmo espaço político, a convergência, concorrência, justaposição e conflitos de várias constituições e de vários poderes constituintes nesse mesmo espaço.

No panorama jurídico constitucional brasileiro podemos citar como exemplo, a articulação da Constituição Federal com as Constituições Estaduais (vide art. 25 da Constituição Federal e art. 11 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, normas de direito interconstitucional). Isso não traz nada de novo. O que há de especificamente novo, conforme lição de Canotilho, é a existência de uma rede de constituições de estados soberanos; as turbulências produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex: comunidades políticas supranacionais); a recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; a articulação a *coerência constitucional* estadual com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; a criação de um esquema jurídico-político caracterizado por um grau suficiente de *confiança condicionada* entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a constituição revelada pela organização política de grandeza superior²⁸.

É com a autodescrição²⁹ das identidades nacionais que as várias constituições dos variados países *reentram* em formas organizativas superiores, com vistas à manutenção do valor e função das constituições dos Estados³⁰.

27. Interconstitucionalidade não é o mesmo que direito comparado, pois servem a finalidades diversas, apesar de empregarem métodos similares. Enquanto no primeiro existe uma vinculação necessária entre as constituições, no segundo uma determinada constituição serve de paradigma dogmático para estudo e aprofundamento de questões jurídicas sem uma necessária vinculação. A interconstitucionalidade é fenômeno constitucional. O direito comparado é método de estudo importantíssimo para identificação das famílias de Direito e os diversos sistemas jurídicos. (nota do autor).

28. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 1407.

29. Produção de um texto com o qual e através do qual uma determinada organização se identifica com si própria (sentido luhmanniano).

30. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1408.

O fenômeno da interconstitucionalidade pressupõe o fenômeno da **interculturalidade constitucional**³¹. A intercultura realça a idéia fundamental de *partilha* de cultura, de idéias ou formas de encarar o mundo e os outros³².

A comunicação interconstitucional assenta em princípios comuns que, de uma forma ou de outra, apontam para a idéia de constituição cultural e estado constitucional cultural. Nesse contexto, por exemplo, as Constituições da União Européia converter-se-ão em instrumentos relevantíssimos de uma **hermenêutica européia** que procura articular o reconhecimento das identidades nacionais com a formação de uma *identidade cultural européia*³³.

O fenômeno da interconstitucionalidade trazido para o contexto do ordenamento jurídico constitucional brasileiro, encontra amparo, no aspecto externo³⁴, no *art. 4º, parágrafo único* da Constituição Federal, onde estabelece que *a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações*.

5. O ESTADO CONSTITUCIONAL

Aristóteles, em “igualdade e justiça”, Montesquieu, na “separação dos poderes”, J.J. Rousseau, em “o contrato social”, e Kant, em “dignidade humana”, J. Rawls, em “justiça”, e H. Jonas, no “princípio de responsabilidade”. Esses textos, pelos maiores pensadores, compreendem o desenvolvimento da idéia de Estado Constitucional³⁵.

Quando se fala em *Estado de Direito*, *Rechtsstaat*, *L'État légal*, ou *Rule of Law*, está a se referir ao que Canotilho chama de Estado de Direito democrático-constitucional³⁶, ou simplesmente Estado Constitucional, todos eles alicerces da **juridicidade estatal**.

31. *Op. Cit.* p. 1409.

32. Existe aqui um campo fecundo para a aplicação da Tópica de Viehweg, porém, não sendo esse nosso objetivo, fica apenas a sugestão. Topoi (plural de topos) 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*

33. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 1410 *et seq.*

34. Aspecto externo traduz-se por ordem jurídica internacional estabelecida entre vários Estados Soberanos. Enquanto aspecto interno identifica-se com ordem jurídica interna dos Estados Autônomos em face de um único Estado Soberano (Federação).

35. Nesse sentido: HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Primeira parte.

36. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 97

O Estado Constitucional é conformado pela Constituição Federal de 1988 em seus artigos 1º ao 4º, bem como nos demais preceitos referentes ao direito constitucional organizatório. Porém, compreendê-lo em sua essência, é compreendê-lo como o móvel das aspirações políticas, sociais, culturais, econômicas e normativas de um povo.

Assim é que não se deve ignorar o reflexo dos demais dispositivos constitucionais na conformação do Estado Constitucional, a exemplo dos art. 5º ao 17º que lhe confere a característica de Estado Social, e os demais preceitos que orientam a sua formação no sentido de concretizar os preceitos fundamentais do bem-estar social.

Na atual conformação que se lhe atribui, o Estado Constitucional 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, fazendo ambas, parte de uma mesma realidade³⁷.

Ao se fazer um paralelo entre o Estado e os direitos fundamentais, pode-se observar que a evolução estrutural do Estado, até algumas décadas atrás, vinha acompanhando a evolução dos direitos fundamentais, cite-se o exemplo do Estado Liberal paralelo à primeira dimensão dos direitos fundamentais (direitos de liberdade) seguido pelo Estado Social que acompanhou o surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais (sociais, econômicos e culturais). Porém, o que se viu com a terceira dimensão dos direitos fundamentais foi a sua positivação no plano formal e a conformação jurídica de um Estado Democrático e Social de Direito distante do alcance da concretização de tais direitos fundamentais. Isso porque sua conformação política atual é a de um Estado Neoliberal que se compatibilizaria ao primeiro tipo de Estado aqui citado, jamais às demais dimensões de direitos fundamentais (segunda, terceira e quarta para aqueles que reconhecem a existência desta última dimensão). Faz-se agora referência a um *Estado de Fraternidade Social*, sendo esse, o verdadeiro Estado Constitucional, para instigar na mente daqueles que lutam pelo resgate da dignidade do ser humano, este só alcançável pela concretização de todas as dimensões dos direitos fundamentais, que passem a defender um modelo político coerente com o modelo jurídico, sob

37. Rousseau no seu *Contrato Social* vê o Estado e a Sociedade como duas realidades distintas, unidas através de um pacto social. Este, porém, não é o nosso entendimento, tampouco aquele que entende o Estado como uma ficção jurídica, ou como diria Georges Burdeau em sua obra *O Estado: uma criação do homem para que eles não tivessem que obedecer a outros homens*. Para nós o Estado e a sociedade são indissociáveis e compõem uma mesma realidade.

pena de termos uma Constituição puramente semântica (Karl Loewenstein) ou simples folha de papel (Ferdinand Lassale).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso maior desafio encontra-se em estudar um fenômeno que ainda não está claramente definido, que é a globalização - se é que um dia se poderá defini-lo em todas as suas facetas. Porém, as suas conseqüências já se fazem sentir na realidade mundial. Canotilho³⁸ já fala em Constitucionalismo Global, que para ele é um paradigma que hoje não se encontra em condições de neutralizar o constitucionalismo nacional. Diferente de Canotilho, o vemos como uma realidade que já está se concretizando, veja a Constituição Européia³⁹.

Num mundo onde os fenômenos sociais, políticos e econômicos transcendem as fronteiras dos Estados Nacionais, em que se observa um crescimento extraordinário das grandes corporações, devemos questionar quais valores que devem conformar a soberania e o fenômeno constitucional. Será a busca inconseqüente por lucro, do neoliberalismo? Ou será a construção de um desenvolvimento econômico necessariamente vinculado ao bem-estar social e à centralidade dos direitos fundamentais?

A resposta parece óbvia, porém, a realidade é que o capital internacional e o poder econômico determinam muitas das decisões políticas fundamentais. Quem está no poder tende a criar um cenário propício a se prolongar nesse poder. Hoje se avalia uma violação aos direitos fundamentais em termos de custo-benefício empresarial, pois a sanção pela sua violação, quando aplicada, será, na maioria das vezes, um valor monetário, na linguagem empresarial, uma externalidade.

Resta ao novo paradigma da Teoria do Estado oferecer à globalização econômica, a globalização dos direitos humanos. A dimensão moral deve ser um pressuposto da política mundial, tanto dos Estados quanto das Empresas, num compromisso irrenunciável com a dignidade humana e que nem Adam Smith⁴⁰, pai do liberalismo, ousou ignorar em seus escritos.

38. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. – Coimbra: Almedina, 2002. p. 1352.

39. Sobre o assunto consultar: TEIXEIRA, Carla Noura. A constituição Européia: perspectivas e reflexões sobre o processo de integração regional europeu. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – nº 53. São Paulo: RT, 2005; VIEIRA, José Ribas (org.). *A Constituição Européia – o projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004; NUNES, Antonio Jose Avelãs. *Constituição Européia - Constitucionalização do Neoliberalismo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

40. *A riqueza das nações*.

Hoje se pode observar que a realidade da União Européia é tão complexa que até mesmo a dimensão dos direitos fundamentais, que essa estrutura supranacional propôs inicialmente a tutelar, foi a segunda dimensão (os direitos sociais, econômicos e culturais). Já existem respostas concretas se conformando em resposta à política neoliberal, não se surpreenda se esta resposta for um novo modelo de Estado. Destarte, ficamos a imaginar a estrutura de Estado que um dia surgirá, talvez algo que nossos Estados em suas antigas conformações ainda não alcançaram ao longo dos séculos de existência, como o Estado de Fraternidade Social, um Estado voltado à consecução da terceira dimensão dos direitos fundamentais tendo por pressuposto a plena concretização da segunda dimensão desses mesmos direitos e o resgate da dignidade da pessoa humana como o valor fonte desse “*multilevel constitutionalism*”.

O neoliberalismo venceu todos os “ismos” que surgiram ao longo da história, seja o comunismo, socialismo, fascismo, autoritarismo, populismo etc. Porém, jamais vencerá o constitucionalismo, pois é na Constituição que reside a última trincheira de resistência à política econômica neoliberal e o fracasso social que ela representa. Assim, globalizemos os direitos fundamentais, a intransigente e efetiva defesa do meio ambiente, a erradicação da miséria e da pobreza, a consciência de que os ódios inter-étnicos que têm conduzido o ser humano à barbárie, é também resultado da atual política de globalização neoliberal, ou simplesmente, globalizemos as Constituições que são os verdadeiros repositórios dos valores fundamentais das nações do mundo.

Sem querer impor nenhum “totalitarismo normativo”, utilizando a expressão de Miguel Reale, 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, já que o *conhecimento humano*, como diria Michel Miaille, parafraseando Marx, *não tem por objeto apenas a interpretação do mundo, mas também, e fundamentalmente, a sua transformação*. A realização do ideal de solidariedade traduz-se no maior de todos os desafios do Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Oldemar. *Soberania (noções e fundamento)*. São Paulo: Lex, 1958.
- BODIN, Jean, *Lês Six Livres de la République*, Chez Jacques du Puis Libraire Iuré, à la Samaritaine, avec du Roy, Paris, 1583.
- BURDEAU, Georges. *O Estado*. Trad. Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. – Coimbra: Almedina, 2002.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria Geral do Estado*. 12. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.
- DUGUIT, Léon . *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Éditeurs E. de Boccard, 1930.
- _____. *Las Transformaciones del Derecho (Público y Privado)*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- GAMBARO, Carlos Maria. Globalização das Economias – Análise do pensamento de Guy Sormon. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, 2000. Nº 33.
- GARCIA, Maria. A Integração dos Estados. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT, 2001. Nº 35.
- GUIDDENS, Anthony, *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Filker, São Paulo: UNESP, 1991.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2003.
- HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1985.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e Mercado Mundial – A crise jurídica das economias nacionais*. 2. ed.- São Paulo: Editora de direito, 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2. ed. Trad. Alfredo Gallego Anabinate. Barcelona: Ariel, 1970.
- MELLO, Celso Albuquerque, *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- POSADA, Adolfo. *La Idea Pura del Estado*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.
- PISIER, Evelyne. *História das Idéias Políticas*. São Paulo: Manole, 2004.
- TERAN, Juan Manuel. *Filosofia Del Derecho*. Mexico, DF: Porrúa, 1977.
- VISSCHER, Charles, *Teorias y realidades en Derecho Internacional Público*. Barcelona: Bosch, 1962.

Artigo de Convidados

Nelson Saldanha

XIX

DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA: UMA AVALIAÇÃO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA¹

Nelson Saldanha

Professor Emérito da Universidade Federal de Pernambuco.
Professor visitante de Filosofia do Direito da Pós-Graduação da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

“O constituinte ama, como o utopista, a ordem da razão e a sua perfeição projetada sobre a cidade. Daí surge um mundo racional, o constitucional, oposto ao tenebroso passado de desordem, injustiça e irracionalidade” (Paulo Ferreira da Cunha, *Constituição, Direito e Utopia*, Coimbra Editora, Universidade de Coimbra, 1996, pág. 371).

A abordagem de um tema como este certamente envolve, para utilizar uma expressão sempre recorrente, a necessidade de rever conceitos. E com isto revisar idéias e obras, reconsiderar conexões, reexaminar fundamentos. Trata-se de um balanço histórico, que não pode estar desprovido de um vigilante olhar filosófico. Obras conexões e fundamentos são antes de tudo realidades históricas.

É evidente que a revisão em causa afeta e conota a dimensão cultural daquelas realidade; e, igualmente, que o legado de cada época deve aparecer como um momento dentro de um largo processo. Aquilo que hoje qualificamos de histórico consiste, efetivamente, em algo que na visão dos pósteros se tornou exemplar: tornaram-se exemplares (e portanto clássicas) as colunas gregas e as pirâmides egípcias, as “navegações grandes que fizeram” e alusão à “fé e o império”.

Não demorarei a propósito dos clássicos e de exemplaridades, temas que tratei em textos outros. Mencionarei contudo, quase por um hábito docente, o pensamento de Platão, com seu arqui modelar projeto filosófico-político-pedagógico, e igualmente, o de Aristóteles, sistematizador e reformulador. E em torno de ambas rica experiência grega, que nas exposições modernas gira sempre em torno da *polis* e da *politeia*. Não se dirá que a política nos séculos V e IVAC foi

1. Conferência pronunciada no II Colóquio internacional do Instituto Jurídico Interdisciplinar, na Universidade do Porto, em 30 de novembro de 2006.

exatamente a consequência prática de uma formulação filosófica, mas ao menos se pode pensar que o mesmo contexto histórico-cultural que propiciou a política grega produziu a filosofia jônica e eleática, inclusive com o hierarquismo contido no sistema platônico e com a teoria aristotélica do “lugar natural”. Como acentua Carlos Moyá, “a constituição política de Clístenes e a cosmologia física de Anaximandro se correspondem sistematicamente”. Devo alias anotar, aqui, que Antero já escrevera frases semelhantes, e que Spengler incluiria este modo de ver em seu grandiloquente painel histórico. No caso de Roma, que pertenceu ao mesmo obre cultural grego; teve-se fortalecimento da dimensão vertical do poder, bem como uma espécie de tratamento mitológico da própria cidade, inclusive através da literatura, sobretudo com a Eneida, que legitimou o império e fez do latim um instrumento de perenização da urbe.

A experiência ocidental propriamente dita, além de recolher a herança grega e romana, assim nas idéias quanto as formas de vida, assimilou o contributo judaico-cristão e dos povos autóctones. Também não me demorarei sobre isto. Mas quero expressar que a sucessão de momentos na história tem formado uma acumulação na qual, como Hegel deixou exposto, se tem a “superação” dos estágios um pelo outro e ao mesmo tempo a respectiva conservação.

Quero igualmente ter em vista o processo chamado de secularização (ou de laicização) histórico-cultural, que como se sabe ocorreu no mundo grego a partir do século VI ou V AC, e também no Ocidente a contar do século XV ou do XVI. Secularização como perda ou enfraquecimento dos padrões teológico-religiosos na cultura e na sociedade, e gradativo fortalecimento da dimensão racional: um processo que teve ligação com o chamado Renascimento, com a consolidação da vida urbana e do capitalismo. É relevante mencionar esse processo, porque com ele mudaram de sentido as relações entre a filosofia e a teoria política: passou-se da imagem religiosa do poder (*omnis potestas a Deo*) para uma visão imanente e antropocêntrica. Ao poucos se passara, para utilizar o subtítulo de um recente livro de Michel Sennelart, “do *regimen* medieval ao conceito de governo”. E esta passagem, complexa além de lenta, envolveu diversos conflitos sociais e também, obviamente, mutações doutrinárias, que a seguir abrangeriam a um tempo o advento do cartesianismo e a caracterização do empirismo inglês, mormente com John Locke e com Francis Bacon – contraposição que se repetirá nas diferenças das idéias de Edmund Burke e a metafísica da revolução francesa.

A contraposição política entre ingleses e franceses implicou sem dúvida duas visões diversas da sociedade e dos homens, e se projetou sobre dois diferentes modos de conceber o Estado e a Constituição: de um lado o Estado conceitualmente monárquico e entretanto parlamentar, com uma “constituição” dita costumeira,

e de outro o Estado pós-feudal banhado de racionalismo e de ânimo polemico. Naquele um direito parcialmente consuetudinário e marcado por emblemas históricos, neste um direito sistematizado e posto por escrito, entendido quase intemporalmente como ordem.

A criação do modelo constitucional Frances foi antecedida, como se sabe, pela formação dos “Estados Unidos” que poucos anos discutiram a alternativa entre confederação e federação, estruturando o regime federal dentro de uma constituição lacônica e deixando para os Estados-membros e suas respectivas constituições a regulamentação de diversos problemas. A velha constituição inglesa quase não entrou naquela obra, fruto do racionalismo e das leituras clássicas dos *fathers*, mas o acendrado pragmatismo britânico entrou. Além, anote-se, da religiosidade puritana, de então para hoje estudada por tantos autores.

Vale recordar que na Idade Média não houve, segundo entendem muitos autores, a diferença entre direito público e direito privado, que em geral vigora quando existe um Estado definido e que ressurgiria quando do constitucionalismo na área continental-européia. A teoria do Estado e a teoria das formas de governo, bem como o “direito público” em seu conjunto, eram tratados mais pela filosofia política do que pelos juristas propriamente ditos: os juristas divididos em civilistas e canonistas, mas do que em privatistas e publicistas, como ocorreria depois. Essa distinção entre privatistas e publicistas, logo apoiada pelas alusões da doutrina a um direito público e outro privado, caracterizou claramente a presença de um Estado, que a rigor não existira durante a Idade Média. Bernard Groethuysen estudou, em poucas mas notáveis páginas, em seu livro *Filosofia da Revolução Francesa*, a reorganização política e social da França através de um direito público fundado sobre o direito natural e de um direito privado fundado sobre a propriedade e do direito romano.

Na verdade a experiência histórica das revoluções liberais, às vezes ditas respectivamente burguesas, não foi simples repetição de formas vividas pela polis grega, ou pelo senado romano. Foi um correlato de secularização e do iluminismo ocidentais. Equivocam-se portanto, ou ao menos exageravam, os companheiros de juventude de Hegel, e ele também, quando viam na Revolução Francesa a restauração da cidade antiga. Até porque, no grande movimento integrado por Danton e Robespierre, não faltou um ingrediente utópico. Em uma passagem de seu genial ensaio “Topía y utopía”, Eugénio Imaz registrou um ponto de contato entre Rosseau e Platão, quando o pensador do Contrato Social, contrapondo a “*volonté générale à racion di stato*”, resgatou a figura da comunidade contra a opressão da sociedade; registrou ainda Imaz o forte elemento utópico na teoria da republica-noúmeno de Kant, que a seu ver já antecipava a distinção entre natureza

e cultura, adotando, na passagem do mundo físico ao mundo histórico, a hierarquia (aliás vinda de Platão) entre o sensível o inteligível.

Importará sublinhar que em Kant se completou a primeira linha de pensamento liberal moderno, com visão do direito como organização das liberdades e com o convite ao saber crescente e aberto (“*sapere aude*”). Em Comte, como sabemos, viria o saber como correlato da autoridade e com isso um novo despotismo esclarecido – este aliás um ideal sempre presente nas formulações ideológicas do Ocidente.

A estas alturas podemos retomar as referencia à Constituição. A revolução, por voz de Rosseau, fundamentou sobre a vontade geral a obrigatoriedade da lei, da qual derivaria conceitualmente a da constituição, que os norte-americanos haviam pouco antes definido como lei suprema, “*paramount law*”, e que os franceses, na declaração de 1791, afirmavam consistir basicamente na separação dos poderes e na garantia dos direitos. Ao fixar esta sagrada ossatura, o sistema de poderes e o dos direitos, e ao vincular a constituição (como todo lei) ao alicerce da vontade geral, os revolucionários a um tempo colocaram e resolveram o problema das relações de legitimidade e legalidade. Não cancelando aquela ou fundindo-a nesta, como fariam os formalismos do século vinte, nem tingindo os conceitos com as oscilantes cores de ideologias, mas pensando o problema do geral dentro da ordem jurídica: a ordem justificada pela base ontológica e instrumentalizada pela expressão de vontade.

Todas estas coisas, porém, e com isto torno a enfatizar um ângulo especial do tema, pressupuseram o processo de secularização. Era realmente, o dos homens que criaram o constitucionalismo, um mundo novo: ocorrera a chegada dos brancos às Américas, da qual resultavam várias novidade políticas, econômicas e antropológicas; ocorrera a etapa dita absoluta do Estado moderno, correlata de configurações doutrinarias com a razão de Estado, as utopias renascentistas e o Leviatam de Hobbes.

Entende-se, assim, que a teoria da constituição trazida pela revolução, com base na teoria rosseauiana da lei, consistiu sob certo aspecto em passar de uma sacralidade a outra. A vontade comunitária aparecia agora junto aos conceitos de povo e de nação, que não existiam (ou quase) ao tempo dos feudos e da aristocracia, quando a dimensão comunitária valia como ligação direta entre o monarca e os súditos.

Vale advertir que não falaram, desde “*essor*” das revoluções, movimentos e posições em sentido contrário: no caso o conservadorismo de Rivarol e de De Bonald, na própria França, bem como, logo a seguir, o de Benjamim Constant.

Nem deixaram, certos autores, de constatar nos formas constitucionais a influência da Teologia, como fez Carl Schmitt em seu célebre *“Politische Theologie”*, de 1922. E como aliás o fizera também, 1888, no Recife, Tobias Barreto, para qual as “teorias correntes”, relativas ao supremo poder do Estado”, contêm no fundo um “sedimento de ortodoxia”.

* * *

Um olhar incisivo sobre as trajetórias doutrinárias, dentro do Ocidente, revela em realidade mais de uma linha. Uma delas, que veio do mundo latino e do direito romano, através da época bizantina, com a imagem de uma fé acoplada ao saber e à sacralidade do poder. Outra com as marcas do mundo germânico, passando pelo direito inglês que durante o medievo se estruturou com um sistema peculiar, e pelo modelo feudal. Outra ainda, a do racionalismo escolástico, refeito e reentendido a partir do século XVII pelo racionalismo cartesiano, do qual em grande parte viriam o iluminismo e o cientificismo.

* * *

No século XX confluem os positivismos (filosófico e jurídico), bem como os logicismos; o bergsonismo se constrói como uma espécie de evolucionismo espiritualizante, e a fenomenologia como uma nova disciplinação formal do pensamento. A teoria dos valores, oriundo do neo-kantismo ainda oitocentista mas inteiramente viável no novecentos, influi sobre as ciências sociais, sobre a problemática jurídica em especial. Ocorre o que alguns chamariam “releitura” das grandes correntes: na verdade, durante a onda de inovações e de fracionamentos doutrinários, uma coisa que permaneceu no século passado foi precisamente a necessidade de revisões e reexames.

Nos domínios do direito, o egrégio problema da interpretação – e também o do direito natural – provocaram reflexões de grande importância. Assim com o início da crise dos códigos e do ideal de sistema: quebrou-se o padrão pandectístico, iniciado nos tempos de Savigny e de Ihering; entrou em crise o modelo conceptualista do saber jurídico; surgiu o pragmatismo radical do “*freie Recht*”. Durante o século XX o tema do direito natural, já esquecido desde os tempos de Locke com a alusão aos direitos naturais, estendeu-se e complicou-se com o advento dos direitos humanos e dos ditos “fundamentais”. Na transição, tempo de revisões e de sutilezas, o propósito do “direito livre” conjugou-se ao sociologismo

de Eugen Ehrlich e à versátil teoria dos valores. Mais convergência do que ecletismo, resultou deste encontro uma série de suspicácias conceituais, alimentadas pela disciplina neokantiana e pelo apuro fenomenológico (ambas as coisas, aliás, presentes na “Teoria Pura” de Kelsen). Entretanto latejava a insistência da busca de fundamentos: fundamentos como conexão com camadas conceituais mais fundas.

Esta busca foi um apelo à história dos conceitos, que já se encontrava em Hegel e na heterogênea obra de Croce, mas também em Dilthey, minudente e profundo, como estaria em Ortega sob a forma de algumas sacudidas conceituais. Daquele apelo viria também, a partir de meados do noventa, o movimento hermenêutico, principalmente após o livro “*Wahrheit und Methode*” (Verdade e Método) de Hans-Georg Gadamer. O êxito dessa obra pressupôs e ao mesmo tempo alimentou a hermenêutica do pensamento filosófico, iniciada desde os tempos de Schleiermacher e de Schlegel.

Veio ocorrendo também, como se sabe, dentro do pensamento universitário ocidental, a crescente conjugação dos problemas do Direito Constitucional com os da Teoria Geral do Direito: passou-se da Teoria clássica da interpretação, ligada ao modelo de Savigny, que no primeiro volume do seu “Sistema” falava dos quatro elementos da interpretação (o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático), ao modelo gadameriano, fundado em boa parte em Dilthey e Heidegger, e portador de conceitos como o de horizonte e o da compreensão.

A junção da Teoria Geral do Direito com a parte do Direito Constitucional tem tido como um de seus correlatos o advento, talvez localizado e passageiro, do chamado direito civil constitucional, ligado aos ensinamentos de Perlingieri, e no fundo vinculado aos novos modos de ver o próprio ordenamento jurídico, e de ver ou rever as antigas lindes entre direito público e direito privado. Falo disto, porém, sem ignorar estes temas – o ordenamento e a distinção ou relação entre público e privado – não ocorrem com a devida presença nos autores mais recentes, embebidos e imantados por questões outras, mais presas à lógica e à teoria da argumentação.

Com isto aludo também ao chamado realismo constitucional, em cujo conteúdo pode-se ver imperioso retorno ao juspositivismo, por conta desde logo de uma visão antimetafísica e não-filosófica do direito, sem embargo de uma visão crítica, isto é, não legalista, da norma constitucional. Na verdade existe hoje, isto é, nos decênios mais recentes, um impasse ou ao menos uma relação ambígua entre o juspositivismo legalista, de ilustres raízes no século XIX, e as teorias da interpretação que datam de meados do XX: inclusive o que denominei, certa feita, de jusnaturalismo hermenêutico.

* * *

Retomemos contudo ao tema da secularização, aflorado desde início. De fato já não temos, a estas alturas da longa experiência jurídica ocidental, nenhum Estado com fundamento teleológico; os que ainda existem estão no Oriente Médio e no mundo islâmico. Ocorrem porém formas eventuais de sacralidade em certas coisas, uma sacralidade como que residual que só remotamente reflete teologismo medieval. Além de resquícios que podem, de certa forma, ser encontrados em determinados institutos jurídicos, como a irretroatividade da lei ou princípio da boa-fé.

Sob este aspecto, e já falamos disto, a seqüência de formas políticas no Ocidente moderno parece realizar, “*impliciter*”, alguma coisa da “*Aufhebung*” hegeliana. Tal como na Grécia a substituição das estruturas iniciais pela constituição democrática a partir de Clístenes, assim a superação da ordem feudal e aristocrática pela monarquia absoluta, depois o cancelamento desta pela república constitucional. Como se sabe, Alexis de Toqueville foi um dos primeiros a registrar a permanência dos componentes administrativos do “*ancien régime*” mesmo dentro do Estado constitucional pós-Bastilha. Importa considerar a conscientização de tudo isto pelo pensamento filosófico europeu, não somente por parte dos primeiros teóricos franceses, como Sieyès por exemplo, mas também pelos críticos da Revolução, senão ainda pelo próprio Hegel em seu estudo sobre a Constituição da Alemanha. Conscientização que prosseguiu na etapa seguinte, com novas cumulatividades, com a passagem do Estado Liberal ao “social” sem prejuízo da persistência da ossatura constitucional. Caberia aqui uma palavra sobre a importante crítica de Carl Schmitt ao Estado Liberal, que deixou para outra ocasião.

* * *

De certa forma, e conforme já referido, os dois grandes caminhos, dentro de nosso tema, foram a passagem da teologia e do Estado absoluto ao Estado secularizado e à “*metafísica crítica*” de Rosseau, e também o trânsito do apego clássico às estruturas fundamentais ao entendimento hermenêutico dos conteúdos e das conotações. A estes, aliás, mas aí entra outro ângulo, sucederia no século XX a valorização dos procedimentos e da linguagem, de resto freqüentemente exagerada. A este outro ângulo vem correspondendo um outro tema, seu correlato, o da ênfase sobre o papel do judiciário e sobre o trabalho do juízes, por sinal antecipada desde 1957 no livro “*Von Gesetzesstaat zum Richterstaat*” (Do Estado das leis ao Estado dos Juízes), de René Marcic.

De tudo isto gostaria de reter a alusão à hermenêutica. A referência de Montesquieu às leis como *relações* derivantes da natureza das coisas veio a substituir a idéia teológica das leis como obra divina: com a secularização o homem “cai” para dentro, da sociedade ou de si próprio; e as relações internas, que são agora a sua realidade, encontra a vontade geral que se expressará pela lei. Do mesmo modo o entendimento das leis, da constituição inclusive, já não se fará com alusão à transcendência, mas com o apoio de uma compreensão, de uma hermenêutica que será a um tempo histórica e axiológica. Mencionamo-la acima.

A obra de Gadamer, já referida, deu expressão integral a uma tendência que, como dissemos, assomou no espírito do Ocidente desde o idealismo alemão e desde as primeiras formas de interpretação, com a Escola Francesa da Exegese: sempre se cita a frase irradiada por Napoleão, que via nos modestos comentários de Malleville e de Toullier uma ameaça ao *seu* código.

Na verdade as novas formas de ver, trazidas desde o século XVII pela secularização, incluíram a idéia de que o plano institucional da vida dos homens é composto de coisas que jamais estão acabadas. Daí a experiência constitucional refazendo-se sempre, sempre questionada e sempre inconclusa. Na transição para o século XIX, Hegel entendeu a filosofia como política, e vice-versa: ambas como história e como conceito.

Na transição para o século vinte e um, o pluralismo que ocorreria no domínio filosófico correspondeu ao que existia no panorama político. Ou que deveria existir, fosse maior a tolerância, ou melhor, a flexibilidade das grandes potências e menores problemas estruturais dos países pobres. Com o que se vem chamando de globalização, as desigualdades continuam como no tempo de Gengis Khan, ou no de Theodore Roosevelt. E com isto o pensamento jurídico e constitucional segue dependendo de conceitos centenários, senão milenares. O que é bom de um lado, por outro nem tanto, e desta dualidade resultam novos desafios doutrinários.

Somente com a reavaliação histórica que inclua a experiência constitucional em relação interna entre fundamentos e aplicações, se poderá reintegrar em cada caso a realidade jurídica com os ideais doutrinários, e do mesmo modo revitalizar o pensamento crítico em sua concreta função existencial.

DISSERTAÇÕES E TESES DEFENDIDAS (1980-2007)

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	Silvia 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 Meneses Habib	A Dogmática Penal e as Novas Formas de Criminalidade Geradas Pelo Desenvolvimento Econômico-Técnico-Científico.	Adhemar Raymundo da Silva	27.12.1991
34	Ana Francisca Pinto de Souza	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Hermano Machado	14.02.1992
35	Gilberto Gomes da Silva	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Geraldo Sobral Ferreira	21.10.1992
36	Pedro Henrique Lino de Souza	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Pedro Manso Cabral	17.12.1992
37	Perpétua Maria Vieira Figueiredo	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Hermano Machado	17.12.1992
38	José Antônio Pereira Portela	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Hermano Machado	23.11.1994
39	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	23.11.1994
40	Rubem Dário Peregrino Cunha	A Proteção Administrativa do Consumidor	Hermano Machado	23.11.1994
41	Saulo José Casali Bahia	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	Geraldo Sobral Ferreira	23.11.1994
42	Paulo Vasconcelos Jacobina	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade	10.05.1995
43	Cícero Virgulino da Silva Filho	Proteção Possessória a Importância das Objeções de Mérito como Direito de Defesa nas Audiências Preliminares da Justificação	Washington Luiz da Trindade	30.08.1995
44	Deraldo Dias de Moraes Neto	Contrato de Franchising	Pedro Manso Cabral	01.09.1995
45	Jussara Maria Salgado Lobo	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Hermano Machado	09.10.1995

Dissertações e teses defendidas (1980-2007)

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	Cíntia 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 (1980-2007)

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 (1980-2007)

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

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTADOR	DATA DA DEFESA
148	Lívia 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
152	Rafael Menezes Trindade Barretto	" <i>Amicus Curiae</i> e Democratização do Debate Constitucional"	Saulo Casali Bahia	26.01.2007
153	Rodrigo Bastos de Freitas	"Direito dos Índios e Constituição: os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção – História e Perspectivas."	Saulo Casali Bahia	09.02.2007
154	André Luiz Batista Neves	"A Interpretação Conforme a Constituição e seus Limites".	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	09.02.2007
155	Tarsis Barreto Oliveira	"O Patenteamento de Seres Vivos e as Repercussões Jurídicas na Biotecnologia"	Maria Auxiliadora Minahim	15.03.2007
156	Marialva de Castro Calabrich Schluking	"A Proteção do Mínimo Existencial no Plano Tributário e Algumas Considerações sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física"	Edvaldo Brito	19.03.2007
157	Iran Furtado de Souza Filho	"O Contrato de Leasing e a Responsabilidade Subsidiária com Benefício de Ordem do Arrendante pelos Danos Causados a Terceiros pelo Arrendatário"	Washington Trindade	26.03.2007
158	Roberto Levy Bastos Manatta	"O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade"	Edivaldo Boaventura	27.03.2007
159	Renato Amoedo Nadier Rodrigues	"Direitos dos Acionistas Minoritários"	Edivaldo Boaventura	02.04.2007
160	Robson Sant'Ana dos Santos	"A Figura dos Administradores e sua Responsabilidade Face ao Artigo 135 do Código Tributário Nacional"	Edvaldo Pereira de Brito	23.04.2007
161	Cristiane de Araújo Góes Magalhães	"Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros"	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	23.04.2007
162	Lauricio Alves Carvalho Pedrosa	"A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente."	Roxana Borges	04.05.2007
163	Flavia da Fonseca Marimpietri	"Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo"	Rodolfo Mario Veiga Pamplona	18.05.2007
164	Ana Beatriz Lisboa Pereira	"Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial"	Dr. Fredie Didier Júnior	25.05.2007
165	Kamila Assis de Abreu	"Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira"	Dra. Roxana Borges	04.06.2007
166	Alessandro Ribeiro Couto	"As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade"	Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta	06.06.2007
167	Fabio Periandro de A. Hirsch	"Ofensa Reflexa à Constituição: Críticas e Propostas de Solução para a Jurisprudência Autodefesa do Supremo Tribunal Federal".	Dr. Dirley da Cunha Júnior	06.06.2007

Dissertações e teses defendidas (1980-2007)

Nº	AUTOR	DISSERTAÇÃO	ORIENTAÇÃO	DATA DA DEFESA
168	Michelle Crisitine Assis Couto	“Existe Um Direito de Ter Filho?”.	Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva	08.06.2007
169	Alassana Valdez	“Aplicabilidade das Normas de Tratados Internacionais no Direito Comercial: Caso da Ohada no Ordenamento Jurídico Guineense.”	Dr. Saulo José Casali Bahia	06.07.2007
170	Sílvia Lorena Villas Boas Souza	“Os Créditos de Carbono no Âmbito do Protocolo de Quioto.”	Dr. Saulo José Casali Bahia	06.07.2007

REGRAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS NA REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA

- 1.** O trabalho encaminhado para publicação na *Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA* deverá ser inédito. Uma vez publicado, considera-se licenciado para a Revista PPGD, podendo tão somente ser publicado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial da Revista, citada a publicação original como fonte.
- 2.** O trabalho pode ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: ppgd_ufba@yahoo.com.br (no “Assunto”, fazer referência à Revista), ou por via postal, em arquivo gravado em CD, obrigatoriamente acompanhado de via impressa para a Faculdade de Direito – UFBA, Rua da Paz, s/nº, Graça, Salvador/BA (CEP 40.150-140) em atenção ao Conselho Editorial da Revista PPGD/UFBA.
- 3.** O trabalho deverá ter até 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
- 4.** O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone, fax e *e-mail*, e autorização de publicação.
- 5.** As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.
- 6.** Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira (inglês, francês, alemão, italiano ou espanhol), e de um *Sumário*.
- 7.** Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira).

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.

9. Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos na Revista, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, não sendo prestada remuneração autoral.

10. Os trabalhos para publicação serão selecionados pelos Conselhos da Revista. Aqueles que não se ativerem a estas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

11. Os trabalhos apresentados pelos professores e alunos do PPGD-UFBA devem estar relacionados ao grupo de pesquisa de que fazem parte. A relação entre o trabalho e o respectivo grupo de pesquisa deve ser referida em nota de rodapé, logo no início do texto