

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

Homenagem ao Prof. Nelson Sampaio

Nº 15 • Ano: 2007.2
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 César Santos Bezerra, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, 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), Jaina 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 Palacios (Universidade de Lima, Peru), Maria do Céu Patrão das Neves (Universidade de Açores), Michele Taruffo (Universidade de Pavia, Itália), Owen Fiss (Universidade de Yale, EUA), Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), Peter Gilles (Universidade de Freiburg, Alemanha), Robert Alexy (Universidade de Kiel, Alemanha).

QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO ATÉ DEZEMBRO 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. Freddie 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

01. Adrienne Mônica Oliveira Souza
02. Adilson Cunha Silva
03. Adriano Carvalho Ahringsmann
04. Adriano de Carvalho Ahringsmann
05. Agenor de Souza Santos Sampaio Neto
06. Alexandre Gentil de Corte-Real Araújo
07. Ana Carolinha F. Mascarenhas
08. Ana Maria Maciel Bittencourt Passos
09. Átila Djawara Moreira Ferreira
10. Bernardo Montalvão Varjão Azevedo
11. Bianca da Silva Alves
12. Carlos Frederico Guerra Andrade
13. Cláudio dos Passos Souza
14. Daniel Nicory do Prado
15. Edval Borges Segundo
16. Elayne Leal de Oliveira
17. Elke Braide Petersen Fraga
18. Erica Rusch Daltro PinTo
19. Eugênio de Souza Kruschewsky
20. Fábio de Oliveira Cordeiro
21. Flávio França Daltro
22. Geder Luiz Rocha Gomes

23. Gustavo Cunha Prazeres
24. Ilzver de Matos Oliveira
25. Irena Carneiro Martins
26. Jailson de Souza Correa
27. Joao Glicério de Oliveira Filho
28. Jose Antonio Ferreira Garrido
29. José Reis Neto
30. Juliana Pinheiro Damasceno Santos
31. Kaline Ferreira Davi
32. Laura Vasconcelos Neves da Silva
33. Lise Nery Mota
34. Luciana Moura Araújo Pontes
35. Ludmila Viana Leal
36. Manoel Carlos de Almeida Neto
37. Marcos de Aguiar Vilas Boas
38. Matheus Barreto Gomes
39. Matheus Ferreira Bezerra
40. Maurício de Melo Teixeira Branco
41. Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz
42. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
43. Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho
44. Nadialice F. de Souza
45. Nestor Nérton Fernandes Távola
46. Osmir Antonio Globkekner
47. Priscila da Mata Cavalcante
48. Rafael Santos de Oliveira
49. Renato da Costa Lino de Góes Barros
50. Ricardo Brito Ávila
51. Roberto Lima Figueiredo
52. Rodrigo Bastos de Freitas
53. Roseli Rego Santos
54. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar
55. Salomão Reseda
56. Samuel Santana Vida
57. Sérgio Neeser Nogueira Reis
58. Taciana Palmeira Andrade
59. Tangre Paranhos Leite Oliveira
60. Tércio Roberto Peixoto Souza
61. Thaís Bandeira Oliveira
62. Tiago Batista Freitas
63. Urbano Félix do Bomfim Neto
64. Valdir Ferreira de Oliveira Junior
65. Vanessa Vieira Pessanha
66. Vinicius Cardona Franca

LISTA DOS ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2007

01. César de Faria Júnior
02. Deraldo Dias de Moraes
03. Fátima Moreira Pessoa
04. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
05. Johnson Barbosa Nogueira
06. Leonardo Touchetto Pauperio
07. Marco Aurélio de Castro Júnior
08. Maria Elisa Villas-Boas P. de Lemos
09. Ricardo Maurício Freire Soares
10. Sebastián B. De Albuquerque Mello
11. Yuri Carneiro Coelho

SUMÁRIO

Nelson Sampaio – O pensador do Estado	9
<i>Manoel Jorge e Silva Neto</i>	

Artigo do Corpo Docente

I A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E A LIBERDADE RELIGIOSA	13
<i>Manoel Jorge e Silva Neto</i>	
1. Introdução	13
2. A Liberdade Religiosa e as Decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América	16
2.1. Liberdade Religiosa e Investidura em Cargo Público	16
2.2. Liberdade Religiosa e Escusa de Consciência	16
2.3. Liberdade Religiosa e Proibição de Práticas Discriminatórias	17
2.4. Liberdade de Religião e Recusa Quanto à Prática de Atos Conexamente Incompatíveis com o Credo Religioso	18
2.5. Liberdade de Religião e Entidades Públicas de Ensino	18
2.6. Colocação de Símbolos Religiosos em Locais Públicos	19
2.7. Liberdade Religiosa e Leitura Bíblica nas Escolas	20
2.8. Liberdade Religiosa e Liberdade de Cátedra	20
2.9. Quando o Estado Pode Auxiliar Segmento Religioso?	20
2.10. Liberdade Religiosa e Sacrifício de Animais	21
3. Conclusão	22
4. Bibliografia	22

Artigos do Corpo Discente

II A ATUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA NA MATERIALIZAÇÃO DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL	25
<i>Maria Elisa Villas-Bôas</i>	
1. Introdução	26
2. Da sindicabilidade judicial na matéria	27
3. Mínimo existencial e as escolhas trágicas em saúde	31
4. Mínimo existencial e direito à educação	36
5. A idéia de patrimônio mínimo	37
5.1. O direito à moradia	38
6. Mínimo existencial e amparo social assistencialismo paternalista ou defesa última à dignidade?	44
7. Conclusão	49
8. Fontes	51
III APONTAMENTOS PARA UMA INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	57
<i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
1. A sociedade de consumo e o código brasileiro de defesa do consumidor	58
2. A nova visão do contrato na sociedade de consumo	59

3. O código brasileiro de defesa do consumidor como discurso principiológico.....	62
4. O princípio constitucional de defesa do consumidor no sistema jurídico brasileiro	64
5. A principiológica consumerista como norte hermenêutico do código brasileiro de defesa do consumidor	66
6. Notas conclusivas: a interpretação principiológica e a efetividade dos direitos do consumidor.....	68
7. Referências	69
IV ENSAIO SOBRE UMA TEORIA GERAL DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA	71
<i>Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo</i>	
1. Introdução.....	72
2. Dos pressupostos e dos requisitos dos atos de comunicação.....	73
3. Das finalidades e dos fundamentos dos atos de comunicação.....	74
4. Do destinatário do ato de comunicação.....	77
5. Da Teoria da Ação Comunicativa Habermasiana.....	79
6. A Política Criminal, a Criminologia e a Constituição	83
V DEMOCRACIA E A MÁXIMA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (RE) PENSANDO CONCEITOS	85
<i>Flora Augusta Varela Aranha</i>	
1. Considerações preliminares sobre a eficácia das normas constitucionais	85
1.1. Os direitos fundamentais e a omissão inconstitucional.....	88
1.2. Um novo olhar sobre a doutrina da separação dos poderes	95
2. A máxima realização dos direitos fundamentais e o princípio democrático	99
3. A democracia como regente da efetivação dos direitos fundamentais	100
4. Conclusão	102
5. Referências bibliográficas	104
VI SOLUÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	107
<i>Kaline Ferreira Davi</i>	
1. Introdução.....	107
2. O binômio interesse público primário e interesse público secundário	108
3. Indisponibilidade dos interesses públicos e suposta necessidade de intervenção judicial.....	112
4. A administração pública e o dever de juridicidade como fundamento da autotutela administrativa.....	113
5. Os instrumentos disponíveis e a falta de acesso a máquina administrativa.....	115
6. Conclusão	116
7. Referências	117
VII JURISDIÇÃO E A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	119
<i>Manoel Carlos de Almeida Neto</i>	
1. Considerações iniciais	119
2. Rigidez e Supremacia das Normas Constitucionais	121
3. As Concepções da Constituição	123

4. Noções de Inconstitucionalidade	126
5. Noções sobre Jurisdição	128
6. Pressupostos da Jurisdição Constitucional	130
7. Conceito de Jurisdição Constitucional	131
8. Jurisdição Constitucional e Democracia.....	133
9. Conclusões.....	135
10.Referências Bibliográficas.....	138

**VIII ESBOÇO DE UMA TEORIA DO PROCEDIMENTO ALINHADA
A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

139

Tangre Paranhos Leite Oliveira

1. Um conflito de interesses.....	140
2. A questão da adaptação do procedimento.....	141
3. O procedimentalismo cético de Luhman	145
4. Crítica ao modelo de procedimento estático pandectista.....	146
5. O ato decisório como parte integrante do procedimento.....	147
6. Crítica ao modelo de processo adjetivo ou formalista.....	147
7. A dimensão substantiva do procedimento	148
8. A importância do procedimento e da fundamentação do processo decisório.....	149
9. Robert Alexy e o método da ponderação para solução de conflitos entre Direitos Fundamentais	149
10.Crítica de Habermas ao método da ponderação	150
11.Alexy rebate as críticas e abre espaço para uma racionalidade interpretativa.....	151
12.Algumas considerações sobre o caso concreto da Avenida Paralela	152
13.Conclusão	154
14.Referências	155

**IX EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
E TEORIA DOS PRINCÍPIOS.....**

159

Vinicius Cardona Franca

1. Introdução.....	160
2. A teoria dos princípios de Robert Alexy.....	163
2.1. O fenômeno da colisão de direitos fundamentais	163
2.2. Princípios e regras	164
2.3. Relação de precedência condicionada e lei de colisão.....	166
2.4. As estruturas de ponderação.....	167
2.5. As precedências <i>prima facie</i>	168
2.6. Teoria dos princípios e racionalidade.....	168
3. Situação da doutrina	170
3.1. Principais modelos de relação entre direitos fundamentais e relações privadas.....	171
3.2. Eficácia horizontal na doutrina brasileira.....	172
4. As estruturas de ponderação aplicadas à eficácia horizontal.....	174
4.1. Grau de assimetria das partes como elemento fático de ponderação	174
4.2. Autonomia da vontade como princípio formal	175
4.3. O papel da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.....	177
4.4. Ponderação: um viés possível e imprescindível.....	179
5. Conclusão	180
6. Referências	181

Dissertações e teses defendidas (1980-2007)	183
Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.....	193

NELSON SAMPAIO – O PENSADOR DO ESTADO

Manoel Jorge e Silva Neto

Professor-Adjunto de Direito Constitucional da UFBA (Graduação e Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado). Professor-Visitante na Universidade da Flórida. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Procurador do Ministério Público do Trabalho (BA). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (cadeira nº 32).

Embora não tenha tido a felicidade de privar das aulas do professor NELSON DE SOUSA SAMPAIO, tive, entretanto, o privilégio de ser aluno de um dos seus mais brilhantes discípulos, o Professor ARX DA COSTA TOURINHO, que sistematicamente fazia referência às idéias do Professor NELSON, que resultavam não apenas da inteligência invulgar daquele que era responsável pela cadeira de Teoria do Estado, mas também do estudo disciplinado e obstinado que o conduziu ao reconhecimento acadêmico aqui na Bahia, no Brasil inteiro e em universidades norte-americanas e européias.

Sim, NELSON SAMPAIO não se acomodou aos louros acadêmicos provincianos; lançou-se, sim, prolificamente, em sua missão de escrever, e, escrevendo, produziu uma das melhores páginas da teoria constitucional que se tem notícia: o seu “Prólogo à Teoria do Estado”, cuja lucidez e percuciência intelectuais bem demonstram ser ele justíssimo destinatário desta homenagem agora concretizada pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, sob a competente coordenação da Professora-Doutora MÔNICA AGUIAR.

Outras obras de inegável repercussão na doutrina nacional foram publicadas pelo Professor NELSON SAMPAIO, como foi “O Poder de Reforma Constitucional”, ainda hoje referência para o estudo das limitações ao poder constituinte derivado, bem assim “O Processo Legislativo”, mediante o qual sistematizou, pela primeira vez na doutrina brasileira, a investigação em torno às normas constitucionais disciplinadoras do procedimento de elaboração das leis no nosso País.

Há passagem do Livro de Eclesiastes na qual se afirma que há tempo para tudo na terra: tempo para nascer e tempo para morrer; tempo para plantar e tempo para colher; tempo para lançar pedras e tempo para recolher pedras; tempo para sorrir e tempo para chorar; tempo para a guerra e tempo para a paz.

E, convictamente, deve haver um tempo também para agradecer.

Nesta homenagem, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia também agradece ao Professor NELSON SAMPAIO em virtude do muito que realizou em prol da ciência do direito, elevando e fazendo ressoar o nome desta Instituição dentro e fora do Brasil.

Esta homenagem feita pelo nosso Programa termina se convertendo em autêntica antítese do atavismo baiano da inveja e da ingratidão dirigidas a todos aqueles baianos que se destacaram e honraram o nome da Bahia, pois são emblemáticos os versos de GREGÓRIO DE MATTOS GUERRA: “Senhora Dona Bahia/ Nobre e opulenta cidade/ Madrasta dos naturais/ E dos estrangeiros madre/ Dizei-me por vida vossa/ Em que fundais o ditame/ De exaltar os que aqui vêm/ E abater os que aqui nascem?”

Não, o Programa de Pós-Graduação em Direito vive o presente sem esquecer a dedicação de tantos que construíram o conhecimento no passado, porque esta é a lógica poética que comanda o saber: cada geração contribui a seu modo para a consolidação do conhecimento, tal como ondas do mar que vão depositando minúsculos sedimentos de areia na rocha, que se adensa e se robustece a cada onda que chega e que vai...

O Professor NELSON SAMPAIO, cuja memória é enaltecida por este Programa, é exemplo perene de quem se integrou e se entregou à missão transformadora do mundo pela palavra, pela inteligência, pelo estudo.

E é por tal motivo que, ao me debruçar para escrever estas linhas, o fiz com o espírito pleno em alegria, pois estou certo que salvação alguma pode existir para aqueles que desprezam a experiência positiva do passado, o esforço altaneiro e idealista por uma sociedade menos desigual, como realizou o Professor NELSON SAMPAIO – o Pensador do Estado.

Artigo do Corpo Docente

Fredie Didier Jr.
Manoel Jorge e Silva Neto
Rodolfo Pamplona Filho



I

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A TUTELA PROCESSUAL DA POSSE

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia. Professor-coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito. Mestre (UFBA) e Doutor (PUC/SP). Advogado e consultor jurídico.

RESUMO: A consagração do princípio da função social da propriedade na Constituição Federal de 1988 alterou, significativamente, o regulamento infraconstitucional da tutela da posse, que deve, agora, basear-se neste novo modelo constitucional de proteção dos direitos reais.

RIASSUNTO: Dopo l'avvenimento del principio della funzione sociale della proprietà nella Costituzione Federale di 1988, è cambiata

significativamente la disciplina infracostituzionale del possesso, che adesso bisogna essere basata su questo nuovo modello costituzionale di protezione dei diritti reali.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Função social da propriedade. Tutela processual da posse.

PAROLE-CHIAVE: Principi. Funzione sociale della proprietà. Tutela processuale del possesso.

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória – 2. O princípio da função social da propriedade – 3. Fundamentos da tutela processual da posse – 4. O princípio da função social da propriedade e a sua repercussão na tutela processual da posse. A função social da posse como pressuposto implícito para a concessão da proteção possessória – 5. Bibliografia.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

O objetivo deste pequeno ensaio é demonstrar que a consagração constitucional da função social da propriedade, como princípio que estrutura a ordem econômica brasileira e como um direito fundamental, tornou imperiosa a reestruturação do regramento infraconstitucional da tutela processual da posse.

É preciso, a partir de então, exigir como pressuposto para a tutela da posse a demonstração de cumprimento da sua *função social*. Trata-se de pressuposto implícito, decorrente da eficácia direta e imediata do princípio constitucional da função social da propriedade.

Seguem os nossos argumentos.

2. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

A propriedade privada e a sua função social são dois dos princípios que regem a ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição da República, que estruturam a regulação da chamada iniciativa privada. Princípios que, em análise apressada, poderiam ser entendidos como antitéticos, na verdade se complementam, sendo a função social, atualmente, vista como parte integrante do próprio conteúdo do direito de propriedade, seu outro lado – *só há direito de propriedade se este for exercido de acordo com a sua função social*.

Não é possível, atualmente, estudar os procedimentos que servem à tutela da posse e dos direitos reais ignorando a existência desta norma constitucional, que, como será visto, estrutura todo o sistema infraconstitucional de proteção destas situações jurídicas.

Trata-se este princípio que atribui à propriedade conteúdo específico, dando-lhe novo conceito¹. A positivação constitucional destes princípios demonstra uma tentativa de unir dois extremos da história jurídica: o clássico direito de propriedade e a sua nova feição, caracterizada pelo desenvolvimento teórico de sua função social. Demais disso, a grande utilidade da noção de função social está na sua aplicação à propriedade privada, como bem alertou Eros Roberto Grau². A sua análise conjunta, portanto, além de justificar-se, torna-se imperiosa.

A integração entre estes dois princípios não prescinde de um apanhado histórico.

Há um paradoxo histórico com o direito de propriedade privada. “Embora tendo sido declarada, no início do constitucionalismo moderno, direito fundamental da pessoa humana e garantia ‘inviolável e sagrada’ da liberdade individual, sem a qual ‘não há constituição’”, a propriedade passou a ser estudada pela teoria jurídica no século XIX, como um instituto de direito privado, estranho à matéria constitucional³. A explicação deste paradoxo revela-se também historicamente⁴.

No mundo greco-romano, a idéia de propriedade privada estava intimamente ligada à religião, à adoração do deus-lar, à casa de família – basta que se busque o

1. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 263.
2. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6a ed., cit., p. 263.
3. COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 131.
4. Valemo-nos do estudo histórico formulado pelo Prof. Titular da Universidade de São Paulo Fábio Comparato, em artigo retrocitado. Nossa exposição será um resumo do seu pensamento, com o acréscimo de algumas outras observações.

étimo da palavra domínio, que vem de *domus*, gerando *dominus* e *dominium*, que significam chefe da casa e poder próprio desse sobre todos os bens familiares. A propriedade privada fazia parte da constituição social desta civilização, de modo que não podia ser alterada⁵.

É neste seio que surge a concepção clássica do direito de propriedade como um poder absoluto, exclusivo e soberano de um sujeito sobre a coisa. À época, ainda se acrescentava, ao direito de propriedade, o qualificativo de sagrado, conforme visto. E conclui FÁBIO KONDER COMPARATO: “Por aí se percebe como seria absurdo falar, no direito antigo, de deveres do cidadão, enquanto proprietário, para com a comunidade. A propriedade greco-romana fazia parte da esfera mais íntima da família, sob a proteção do deus doméstico.”⁶

Com o advento da civilização burguesa, a propriedade desvincula-se do seu aspecto sagrado, passando a ter um sentido de mera utilidade econômica.

O direito de propriedade era concebido como um poder jurídico que recaía, inicialmente, sobre coisas materiais, envolvendo-as em todas as suas relações e permitindo ao proprietário excluir a interferência indesejada de terceiros. Trata-se das duas notas características do direito de propriedade: submissão da coisa ao proprietário e exclusão dos outros⁷. Poderia o proprietário, assim, segundo a concepção clássica, submeter a coisa à sua vontade: usar, fruir, dispor materialmente, dispor juridicamente, alterar destinação econômica e, até mesmo, destruir-lhe, bem como reaver a coisa de quem quer que injustamente a detenha.

Partia-se do pressuposto ideológico de que cada qual agindo egoisticamente atenderia ao interesse social: o empregador, por exemplo, pagando o salário de miséria atenderia a seu interesse (lucro) e ao coletivo (emprego). Este poder jurídico, que é o mais amplo que pode existir no campo dos direitos reais, esteve sujeito a uns poucos limites de caráter excepcional, que estabeleciam o que o

5.. “Como observa Fustel de Coulanges, ‘a casa de um grego ou de um romano encerrava um altar’. A incolumidade outorgada à *domus* era proteção ao fogo sagrado, aos *Penates*, aos deuses *Lares*. (...) Tal o respeito devido à casa, que, *invito domino*, não lhe podia ser ultrapassada a soleira ainda quando para o fim de chamamento a juízo.” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6, p. 204-205.

6. COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 133.

7. Estes poderes estão contidos nas definições de propriedade do Código Civil alemão (§ 903: ‘Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschliessen’) e do Código Civil brasileiro, art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

proprietário não poderia fazer no exercício de seus direitos – eram, na verdade, limites negativos: a) direitos de vizinhança; b) limitações administrativas.

Conquanto direito fundamental, em razão da dicotomia existente entre indivíduo e cidadão, entre sociedade civil e Estado, a propriedade era analisada como instituto de direito privado. A propriedade ganhava *status* de direito do homem, garantia da liberdade dos indivíduos contra o Estado, verdadeiro fundamento do pacto social. E conclui FABIO KONDER COMPARATO:

“...é dentro dessa perspectiva institucional que se pôs, já no bojo do constitucionalismo liberal, a questão do direito de todo indivíduo à propriedade, ou seja, o direito a aquisição dos bens indispensáveis a sua subsistência, de acordo com os padrões de dignidade de cada momento histórico. (...) Se a propriedade privada era reconhecida como garantia última da liberdade individual, tornava-se inevitável sustentar que a ordem jurídica deveria proteger não apenas os atuais, mas também os futuros e potenciais proprietários. O acesso à propriedade adquiria, pois, insofismavelmente, o caráter de direito fundamental da pessoa humana”⁸.

O reconhecimento constitucional da propriedade como direito fundamental liga-se com a sua função de proteção pessoal. Mas nem toda propriedade há de ser considerada direito fundamental e, como tal, protegida⁹.

Se a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, servindo como instrumento de exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano; é preciso, enfim, reconhecer a propriedade-dever, o lado passivo de direitos humanos alheios¹⁰.

E aqui surge a concepção da função social da propriedade –outro princípio constitucional que rege a atividade econômica – e que aparece como complemento do estatuto constitucional da propriedade privada, impondo a ela um conjunto *de deveres*, ao lado dos clássicos poderes antes mencionados.

Este princípio (*cláusula geral* que rege a atividade econômica) serve como forma de balizamento constitucional do direito fundamental propriedade, delimitando o seu conteúdo. Estabelece que a propriedade *obriga ao proprietário*. Trata-se de construção que transformou estruturalmente o direito de propriedade. *Além de poder jurídico, a propriedade traz consigo o dever de exercer este direito de modo a atingir determinadas finalidades; deixava a propriedade, pois, de ser um direito absoluto, cuja utilização deveria atender unicamente aos interesses do proprietário, na forma da concepção liberal que então prevalecia.*

8. COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 137.

9. COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 139.

10. COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 141.

Esta nova concepção aparece com o surgimento do Estado intervencionista – com a constitucionalização da ordem econômica, conforme visto alhures. O exagero da concepção absolutista do direito de propriedade, bem como o extremo individualismo que imperava no direito até o final do século XIX, foram sendo questionados a partir da constatação de uma realidade social absolutamente diferente da que se poderia almejar: grande miséria operária do início da Revolução Industrial; má distribuição da renda, quando regida unicamente pelas leis de mercado; a grande crise de 1929, que ocasionou a quebra da Bolsa de Valores de Nova York, Estados Unidos da América.

No campo constitucional, o prestígio do instituto da função social da propriedade está ligado à Constituição de Weimar¹¹⁻¹², largamente imitada pelos outros povos, inclusive pela nossa Constituição de 1934¹³. Trata-se de imposição de um dever positivo, dever de dar ao objeto da propriedade fim específico, que, no caso, corresponde ao interesse coletivo e não ao interesse do próprio dono – embora, nada impeça que possam conviver harmonicamente¹⁴. Não se confunde com as restrições ao uso e gozo de bens próprios, típicas de normas de vizinhança ou administrativas, as quais se coadunam, respectivamente, com os interesses do proprietário/indivíduo ou do Poder Público, sem uma preocupação mais efetiva com o interesse público. Ao revés, determina-se ao proprietário o que ele deve fazer.

11. O disposto no art. 153 desta ‘lenda constitucional’ foi reproduzido literalmente pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 14, 2ª alínea: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade.” (*Eigentum verpflichtet, Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.*)
12. Registre-se que a Constituição do México – em 1917 – foi a primeira carta constitucional a tratar do tema, sendo a Constituição de Weimar citada com mais frequência e realce “diante da própria tradição do direito alemão e da ascensão marcante dos europeus nos povos ocidentais” (MAZZEI, Rodrigo. “Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. In Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006, p. 382-383; nota de rodapé 18).
13. Através da Carta Política de 1934 ficou assente que é “garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar” (art. 113, ‘17’). Apesar de tal diploma ser considerado como marco da função social da propriedade no Brasil, a redação final foi – em certa medida – conservadora. No sentido, Rodrigo Mazzei registra que o “texto de 1934 poderia ter sido, entretanto, bem diferente, caso tivesse a Assembléia Nacional Constituinte adotado o ‘Projeto Itamarati’, remetido à mesma em novembro de 1933 pelo Governo Provisório. No projeto que foi rejeitado, há flagrante influência das idéias defendidas por León Duguit, com radical postura de adoção à concepção de função social da propriedade, conforme se verifica do seu art. 144 (‘Art. 144. É garantido o direito de propriedade, com conteúdo e os limites que a lei determinar. § 1º A propriedade tem, antes de tudo, uma função social e não poderá ser exercida contra o interesse coletivo’)” (“Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. In Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006, p. 384).
14. COMPARATO, Fábio Konder. “Função Social da Propriedade de Bens de Produção”. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 32.

A Constituição de 1988 faz-lhe referência no art. 5º, XXIII¹⁵ –que trata dos direitos e garantias fundamentais – e no art. 170, III – relativo aos princípios da Ordem Econômica. Também o Novo Código Civil já a contempla (art. 1.228, § 1º), tratando-a, inclusive, como matéria de ordem pública (art. 2.035, parágrafo único)¹⁶⁻¹⁷

Assim, há deveres constitucionais impostos ao titular do domínio, que compõem o conteúdo do mesmo direito de propriedade; esses deveres, situações jurídicas passivas, decorrem diretamente do texto constitucional, mas especificamente das normas-princípio que consagram a *função social da propriedade*.

Pois bem.

Qual o conteúdo deste dever (respeito à função social) inerente ao direito fundamental (propriedade)?

Em princípio, deve-se pontuar a eficácia imediata destas normas, notadamente em sistemas constitucionais como o alemão¹⁸ e o brasileiro¹⁹, que afirmam o

15. “XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

16. “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a *função social da propriedade* e dos contratos”.

17. “(...) a opção de vincular a função social da propriedade à técnica legislativa de *cláusula geral restritiva* propiciou a inserção no Código Civil de situação que não se cogitava (ao menos expressamente). A parte inicial do § 1º do art. 1228 é uma *cláusula geral restritiva* e, como tal, dita limites nas relações privadas, que não podem ser quebrados nem derogados pelas partes. Isso porque através da leitura do parágrafo único do art. 2.035, tem-se que a *função social da propriedade* tem tratamento de *preceito de ordem pública*, não podendo ser objeto de convenção das partes para o seu atropelo. (...) Fica clara a intenção do legislador em seguir a diretriz da Carta Magna, criando uma fórmula para dar efetividade ao comando constitucional e adotando-a explicitamente em todas as relações privadas. A função social da propriedade, com sua previsão na codificação, deve ser aplicada em qualquer hipótese, pois está inclusa no regime jurídico do instituto. Dessa forma, elimina-se qualquer obstáculo na aplicação cotidiana da função social da propriedade e demonstra-se que o Código Civil tem função relevante, pois afasta do sistema privado qualquer eventual tentativa de burla. Seria uma contradição admitir no Direito Privado a subsistência de convenções que viessem a contrariar um dos faróis do nosso Texto Maior (...)” (“Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. Rosa Maria de Andrade Nery (coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006, p. 394-395.)

18. Art. 1, terceira alínea, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949: “Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável para os poderes legislativo, executivo e judiciário.” (trad. do Dr. Jur. José Camurça, em publicação do Departamento de Imprensa e Informação do Governo Federal da Alemanha) Em alemão: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung alls unmittelbar geltendes Recht.”

19. Art. 5º, §1º, Constituição Federal de 1988: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” Sobre o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, no direito brasileiro, confirmam-se as lições de Paulo Pimenta: “Esse princípio significa que toda norma definidora de direitos e garantias fundamentais deve ter aplicação imediata, devendo os Poderes Públicos dar efetividade a tais preceitos. (...) Isso implica limitar a zona de discricionariedade de tais Poderes, quando se trata de aplicação e de cumprimento de qualquer direito e garantia de caráter fundamental. Observe-se, de outro lado, que o princípio deve ter alcance amplo, abrangendo qualquer dispositivo definidor de direito ou garantia fundamental, mesmo que não esteja incluído no art. 5º da CF.” (*Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 188).

princípio da vigência imediata dos direitos humanos. A função social da propriedade compõe o próprio conteúdo do direito de propriedade, estabelecendo os denominados “deveres fundamentais” da propriedade, também de vigência imediata; trata-se de norma que completa a definição do estatuto constitucional do direito de propriedade.

“Importa não esquecer que todo direito subjetivo se insere numa relação entre sujeito ativo e sujeito passivo. Quem fala, pois em direitos fundamentais está implicitamente reconhecendo a existência correspectiva de deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe de mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais”²⁰.

A Constituição brasileira explicita, assim, o conteúdo da função social da propriedade rural²¹ e da propriedade urbana²² como sendo a adequada utilização dos bens em proveito da coletividade. Segue a mesma linha o Código Civil (§ 1º do art. 1.228): “O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Os enunciados normativos citados são abertos. O conteúdo de todo princípio é ilimitado, como, aliás, devem ser, exatamente para permitir a “abertura” do sistema jurídico, com soluções mais consentâneas com as peculiaridades do caso concreto submetido à apreciação do Poder Judiciário.

O princípio da função social da propriedade, como *cláusula geral*²³ que é, repercute na tutela processual da posse. Essa repercussão é o cerne do presente texto. A ela dedica-se um item próprio.

20. COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”, cit., p. 142.
21. Art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”
22. Art. 182, §2º: “A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”
23. Segundo Rodrigo Mazzei as *cláusulas gerais* são dispositivos em que o legislador com fluidez proposital para preenchimento pelo interprete, não apenas no seu conteúdo, mas também na sua consequência jurídica (o que cria uma diferença, inclusive, com os *conceitos jurídicos indeterminados* – em que não há vagueza na consequência jurídica). Para o autor capixaba as cláusulas gerais podem ser sistematizadas em: (a) *restritivas*, quando surgem para delimitar ou restringir determinadas situações que decorrem de regra ou princípio jurídico; (b) *regulativas*, que são utilizadas como princípio para regular situações sem desenho acabado na legislação; (c) *extensivas*, cuja característica é o alargamento da regulação jurídica através de regras e

3. FUNDAMENTOS DA TUTELA PROCESSUAL DA POSSE

A tutela jurídica da posse (enérgica e bastante minuciosa) justifica-se como um mecanismo de tutelar, ainda que mediatamente, o titular do domínio. Protege-se o possuidor, pois ele, porquanto exerça poderes inerentes ao domínio, muito provavelmente é o titular do direito sobre a coisa. Trata-se de lição velha e bem conhecida, que dispensa maiores referências.

Ao tutelar a posse, o legislador busca valorizar, *ainda*, o sujeito que *de fato* exerce os poderes inerentes ao domínio, protegendo aquele que explora economicamente a coisa, seja trabalhando, seja residindo no bem possuído. Essa é a razão pela qual se criam as figuras especiais de usucapião, constitucionalmente previstas nos arts. 183 e 191 da CF/88, e a aquisição forçada da propriedade em razão da posse-trabalho, prevista no §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil²⁴.

Eis os dois principais fundamentos de tutela jurídica da posse.

4. O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A SUA REPERCUSSÃO NA TUTELA PROCESSUAL DA POSSE. A FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE COMO PRESSUPOSTO IMPLÍCITO PARA A CONCESSÃO DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA.

A consagração da função social da propriedade como princípio constitucional e, não bastasse isso, direito fundamental, naturalmente repercute no regramento infraconstitucional de tutela processual da posse.

Afinal, o proprietário, para cumprir a *função social da propriedade*, precisa, obviamente, *possuir* a coisa; ou seja, a posse é o principal *instrumento* de exercício do direito de propriedade, que, como visto, deve observar os *deveres fundamentais* decorrentes daquela *cláusula geral constitucional*. A *posse* é, pois, o *instrumento da concretização do dever constitucional de observância da função social da*

princípios que são extraídos de outros textos legais (“Código civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo código Civil no Direito Processual*. 2ª. ed., Salvador: Editora JUSPODIVM, 2007, p. 54-58). Na dicção do autor capixaba, a cláusula geral da função social da propriedade é uma cláusula geral mista, conjugando traços das espécies *restritiva* e *extensiva*. Com efeito, é uma *cláusula geral restritiva*, pois “afeta as faculdades inerentes ao proprietário”, sendo *também extensiva* já que a conceituação no caso concreto de função social da propriedade remete à análise, em boa parte dos casos, ao disposto ao “estabelecido em lei especial” (ob. últ. cit., p. 58-59).

24. “...protege-se a posse por decorrência dos seus efeitos gerados no mundo jurídico, a fim de que o bem sobre o qual recaiu o poder de fato atinja com segurança sua finalidade social e econômica à satisfação de nossas necessidades”. (FIGUEIRA Jr., Joel. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999, p. 67.)

propriedade. “Bem se vê, destarte, que o princípio da função social diz respeito mais ao fenômeno possessório que ao direito de propriedade”²⁵.

A tutela jurídica da posse justifica-se tendo vista a “sua vocação natural de instrumento concretizador daquele importante princípio constitucional”²⁶.

Ao possuidor, cuja posse não esteja em conformidade com os deveres que lhe são constitucionalmente impostos, não é deferida a tutela processual da posse. A justificativa é elementar: se a tutela processual da posse serve à tutela do titular do domínio, se esse domínio não é digno de proteção jurídica, porquanto em desacordo com o “modelo constitucional do direito de propriedade”, não poderá receber proteção o *instrumento* de realização desse mesmo direito: a posse²⁷. Fala-se, então, em uma *função social da posse*²⁸.

Como afirma HUMBERTO ÁVILA: “a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional”²⁹. Arremata HUMBERTO ÁVILA, na mesma obra clássica: “No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma *função integrativa*, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias -, elas deverão ser garantidas com base direto no princípio do devido processo legal”³⁰.

Deste modo, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da *função social*. Assim, o art. 927 do CPC, que enumera os pressupostos para a

25. ZAVASCKI, Teori Albino. “A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil”. A *reconstrução do direito privado*. Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: RT, 2002, p. 844.

26. ZAVASCKI, Teori Albino. “A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil”, cit., p. 845.

27. “Interpretando-se teleológica, axiológica e sistematicamente a Lei Maior, podemos estender o dispositivo à exteriorização potestativa da propriedade no mundo fático – a posse”. (FIGUEIRA Jr., Joel. *Liminares nas ações possessórias*, cit., p. 67.)

28. Sobre o tema, além dos textos citados, FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 38-43; ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

29. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006, p. 35.

30. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed., cit., p. 97.

concessão da proteção possessória, deve ser aplicado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa um pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. A correta interpretação dos dispositivos constitucionais leva à *reconstrução* do sistema de tutela processual da posse, que passa a ser *iluminado* pela exigência de observância da *função social da propriedade*. Parafraseando HUMBERTO ÁVILA: se não há regra expressa neste sentido, ela deve ser extraída da aplicação direta do princípio da *função social da propriedade*.

A doutrina se vem manifestando sobre o assunto.

LUIZ EDSON FACHIN afirma que “o largo alcance da função social não é congruente com o deferimento de proteção possessória ao titular do domínio cuja propriedade não cumpra integralmente sua função social. *É que ficou sem proteção possessória constitucional a propriedade que não cumprir a sua função social*”³¹.

A lição de SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA é também bastante útil:

“... não há mais litúgio implicando propriedade em que se possa exigir, do proprietário, apenas o seu título aquisitivo. Nesse caso, para a prova da qualidade de proprietário... não basta a exibição do título (propriedade oca), sem a prova da exação no cumprimento do dever (propriedade plena). (...) *O que se diz das ações dominicais pode ser dito – mutatis mutandis – das ações possessórias, entendidas paralelamente às primeiras como acciones utiles de propiedad*”³².

LAÉRCIO BECKER é ainda mais incisivo: “assim, na ação possessória, o descumprimento da função social desqualificaria a posse; e tanto nas possessórias quanto nas petitorias, para a prova da propriedade não bastaria o título, sendo também necessário provar o cumprimento da função social”³³. E arremata: “Assim, ao lado dos outros quatro incisos, o art. 927, nessa nova leitura – obrigatória a partir da vigência da nova Constituição -, estabelece um novo pressuposto processual para a reintegração de posse. Portanto, além da posse e de sua perda, além do esbulho

31. FACHIN, Luiz Edson. “O estatuto constitucional da proteção possessória”. *Leituras complementares de Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora JUSPODIVM, 2007, p. 271, grifos aditados.

32. CUNHA, Sérgio Sérvulo da. “A nova proteção possessória”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 263, grifos aditados. Na mesma coletânea, convém consultar, ainda, ALFONSIN, Jaques Távora. “A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. Estudo crítico de um acórdão paradigmático”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000, p. 202 e segs.

33. BECKER, Laércio. “A repercussão da função social da propriedade no Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 1997, n. 4, p. 60.

e de sua data, cabe ao autor – e não ao réu, como bem frisa o *caput* – o ônus de provar o cumprimento da função social”³⁴.

É preciso, portanto, reestruturar e reler a tutela processual da posse à luz do novo regramento constitucional dos direitos reais, mormente no que se refere à exigência de observância da função social da propriedade.

5. BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira. *Da função social da posse e sua consequência frente à situação agrária proprietária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALFONSIN, Jaques Távora. “A terra como objeto de colisão entre o direito patrimonial e os direitos humanos fundamentais. Estudo crítico de um acórdão paradigmático”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros ED., 2006.

BECKER, Laércio. “A repercussão da função social da propriedade no Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 1997, n. 4.

_____. “Função social da propriedade e Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2000, n. 15.

COMPARATO, Fábio Konder. “Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.

_____. “Função Social da Propriedade de Bens de Produção”. *Direito Empresarial*. São Paulo: Saraiva, 1995.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. “A nova proteção possessória”. *A questão agrária e a justiça*. Juvelino José Strozake (org.). São Paulo: RT, 2000.

FACHIN, Luiz Edson. “O estatuto constitucional da proteção possessória”. *Leituras complementares de FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Direitos reais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Direito Civil*. Cristiano Chaves de Farias (coord.). Salvador: Editora JUS PODIVM, 2007.

34. BECKER, Laércio. “Função social da propriedade e Processo Civil”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2000, n. 15, p. 45. Assim, também, TACMG, 2ª Cam. Cív., Agravo de Instrumento nº 425.429-9, rel. Alberto Vilas Boas, j. 25.11.2003, publicado no DJ de 07.02.2004; TACMG, 5ª Cam. Cív., Agravo de Instrumento nº 468.384-9, rel. Hilda Teixeira da Costa, j. 25.11.2004, publicado no DJ de 24.12.2004.

- FIGUEIRA Jr., Joel. *Liminares nas ações possessórias*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 6.
- MAZZEI, Rodrigo. “Código civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais”. In DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo código Civil no Direito Processual*. 2ª. ed., Salvador: Editora JUSPODIVM, 2007.
- _____. “Função social da propriedade; uma visão pela perspectiva do Código Civil de 2002”. In Rosa Maria de Andrade Nery (Coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ZAVASCKI, Teori Albino. “A tutela da posse na Constituição e no projeto do Novo Código Civil”. *A reconstrução do direito privado*. Judith Martins-Costa (org.). São Paulo: RT, 2002.

II

A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA E A LIBERDADE RELIGIOSA

Manoel Jorge e Silva Neto

Professor-Adjunto de Direito Constitucional da UFBa (Graduação e Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado). Professor-Visitante na Universidade da Flórida. Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Procurador do Ministério Público do Trabalho (BA). Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia (cadeira nº 32).

RESUMO: O presente artigo é a tentativa de tornar mais efetivo o direito fundamental à liberdade religiosa mediante o conhecimento das decisões prolatadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, País que reconhecidamente confere enorme relevância ao direito fundamental em questão.

ABSTRACT: This article is an attempt to make more effective the fundamental right of religious

freedom by analysing the decisions of the Supreme Court of the United States of America, which happens to be a country that confers a huge importance to this fundamental right.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição; Direitos Fundamentais; Liberdade religiosa; Escusa de Consciência.

KEY WORDS: Constitution; Fundamental Rights; Freedom of Religion; Conscientious Objection.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Liberdade Religiosa e as Decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América: 2.1. Liberdade Religiosa e Investidura em Cargo Público; 2.2. Liberdade Religiosa e Escusa de Consciência; 2.3. Liberdade Religiosa e Proibição de Práticas Discriminatórias; 2.4. Liberdade de Religião e Recusa Quanto à Prática de Atos Conexamente Incompatíveis com o Credo Religioso; 2.5. Liberdade de Religião e Entidades Públicas de Ensino; 2.6. Colocação de Símbolos Religiosos em Locais Públicos; 2.7. Liberdade Religiosa e Leitura Bíblica nas Escolas; 2.8. Liberdade Religiosa e Liberdade de Cátedra; 2.9. Quando o Estado Pode Auxiliar Segmento Religioso?; 2.10. Liberdade Religiosa e Sacrifício de Animais – 3. Conclusão – 4. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, desejo registrar que o presente artigo é resultado das aulas que ministrei na Universidade da Flórida durante o período do *Enrichment Course* em setembro e outubro de 2007. A Universidade da Flórida, por intermédio do Professor-Doutor WINSTON PERCIVAL NAGAN, um dos mais

destacados defensores dos Direitos Humanos nos Estados Unidos, é instituição de educação superior daquele País que tem promovido estreitamento de laços com a Universidade Federal da Bahia a partir da atuação dinâmica do Professor-Doutor SAULO CASALI BAHIA, Professor de Direito Constitucional e ex-Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, a quem devem ser destinados todos os méritos pela realização do intercâmbio.

Quanto ao tema propriamente dito, um fato é objeto de registro quando alguém se põe a examinar a liberdade religiosa no Brasil ou em qualquer lugar do mundo: trata-se de direito ainda carente de consolidação.

Logo, quando se tornou mundialmente conhecida a genial formulação teórica de Norberto Bobbio, segundo a qual o grande problema dos direitos fundamentais, hoje, não é tanto o de justificá-los mais sim os de protegê-los, como afirmado em seu “Era dos Direitos”, o que parece incontestável em termos de efetivação do direito fundamental à liberdade religiosa é exatamente o contrário, ou seja: a liberdade religiosa encontra-se carente de consolidação.

E basta visualizar o que acontece com esse direito fundamental aqui no Brasil e em tantos outros países, visto que são consagrados pelo Estado “laico” inúmeros feriados religiosos, além de os órgãos estatais que mais vêm a ostentar perante o público a figura de Estado invariavelmente simbolizam a opção da sociedade política por determinado segmento religioso, tal como acontece, por exemplo, com a sala de sessões do nosso Supremo Tribunal Federal, do Senado, da Câmara dos Deputados, todas, indistintamente, guardando sólida e arraigada demonstração de fé religiosa quando põem sob a cabeça dos seus presidentes o crucifixo representativo da fé católica.

Se é verdade que o Estado brasileiro deve muito à Igreja Católica, quer porque o povoamento do território brasileiro se deu, de modo significativo, em razão do trabalho extraordinário desenvolvido pelos Jesuítas, quer em virtude de a estabilidade do Segundo Império ter contado com o apoio de setores estratégicos da Igreja Católica, que proporcionaram a integridade do território nacional e consolidaram a língua portuguesa no Brasil, quer porque nem mesmo a sobrevivência da monarquia não contou com o beneplácito das lideranças religiosas brasileiras no instante crucial da Proclamação da República, como bem relatado por Sérgio Buarque de Holanda em seu “Raízes do Brasil”, nada disso, rigorosamente nada disso justificaria a condução para o plano meramente formal a opção consumada pelo constituinte originário em termos de afastamento do nosso Estado da fé católica.

E o mais surpreendente de tudo é ver que lá fora as mesmas questões estão sendo discutidas e revelam precisamente que a liberdade religiosa é direito fundamental em construção.

Alguns tribunais constitucionais, no entanto, têm produzido decisões que deixam evidente que as discussões em torno à liberdade religiosa se convertem em tema extremamente controvertido, devendo merecer a atenção da sociedade de uma forma geral e dos tribunais de modo particular.

Refiro-me, no caso, às decisões que vêm sendo prolatadas pela Suprema Corte norte-americana em torno à redação da Emenda nº 1 à Constituição de Filadélfia de 1787, cujos pronunciamentos têm demonstrado a sensibilidade daqueles julgadores em tema tão relevante para sociedade norte-americana e também para a coletividade brasileira.

E aqui pouco importa esteja em via de analisar decisão adotada por tribunal em sistema de *Common Law*, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro já não pode ser classificado como exclusivamente de base românico-germânica, ou apenas de *Civil Law*, desde que, por exemplo, foi inserido na Constituição de 1988 o efeito vinculante nas decisões prolatadas pelo nosso Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização abstrata da constitucionalidade, inicialmente como decorrência do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade (§ 2º do art. 102 da Constituição Federal), posteriormente como resultado também da decisão na ação direta de inconstitucionalidade (parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99 e redação do §2º do art. 102, alterada pela EC nº 45/04), e principalmente em razão da adoção da súmula vinculante, também relevantíssima inovação trazida pela EC 45/04, incorporando ao sistema brasileiro o instrumento do *stare decisis* há muito tempo consagrado no direito constitucional norte-americano.

Logo, os sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano têm mais pontos de contato do que se pode perceber à primeira vista, fazendo ruir a conhecida tese de que herdamos, de modo exclusivo, as características do direito romano e do direito germânico.

E tanto é assim que o próprio Supremo Tribunal Federal brasileiro, da mesma forma como realiza a Suprema Corte ianque, até tem conferido eficácia contra todos e efeito vinculante quando do julgamento de casos concretos, tal como se sucedeu, por exemplo, no julgamento da Reclamação nº 4.335.

Eis o motivo, portanto, de trazer algumas conclusões daquela Suprema Corte: é que muitas delas são verdadeiramente dignas de registro pelo que contêm de subsídios para decisões de tribunais brasileiros acerca da liberdade religião.

2. A LIBERDADE RELIGIOSA E AS DECISÕES DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Seja sob o ângulo da liberdade de crença, isto é, a liberdade de crer ou absolutamente não crer em nada e professar a crença e a descrença, seja no âmbito da liberdade de liturgia ou mesmo de criação de segmentos religiosos, é variada a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Nesse subitem buscarei enunciar os casos mais relevantes decididos pela Suprema Corte dos EUA, promovendo comentários acerca das decisões.

2.1. Liberdade Religiosa e Investidura em Cargo Público

A Suprema Corte norte-americana proibiu a adoção de qualquer exigência quanto à investidura em cargo público que a condicionasse à declaração do indivíduo de acreditar em Deus.

Tal decisão foi adotada em *Torcaso v. Watkins* (1961), quando o Estado de Maryland se recusou a admitir a ocupação de cargo de notário público porque ele não declarara a sua fé em Deus. A Corte declarou: “Repetimos e agora reafirmamos que nem o Estado-membro nem o Governo Federal podem constitucionalmente forçar uma pessoa a professar uma crença ou descrença a respeito de qualquer religião. (...) O teste religioso para cargo público no Estado de Maryland invade inconstitucionalmente a liberdade do apelante de crença e de religião e portanto não pode ser imposto contra ele” (367, US at 495).

Outro caso interessante julgado pela Suprema Corte se refere à proibição estadual quanto ao exercício de função pública por religioso.

Foi precisamente o ocorrido em *McDaniel v. Paty*, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que impedia a eleição e diplomação de deputados distritais (*area representative*).

2.2. Liberdade Religiosa e Escusa de Consciência

Conhecida como o direito fundamental destinado a exigir do Estado a possibilidade de cumprimento de obrigação alternativa àquela imposta a todos em virtude de convicção pessoal, a escusa de consciência tem sido examinada no contexto das decisões da Suprema Corte.

Foi o ocorrido em *United States v. Seeger*, 380 US 163, 185, 85 S. Ct. 850, 863-864, 13 L. Ed.2d (1965), quando foi decidido pela Corte que “Persons ought to

have a ‘sincere and meaningful belief which occupies in the life of its possessor a place parallel to that filled by God’”, ou seja, que as pessoas deveriam possuir uma crença sincera e significativa que ocupe na vida do indivíduo um lugar paralelo àquele preenchido por Deus.

Logo, nesse caso, o que ficou assentado foi que pouco importava a natureza da convicção ou da crença destinada a materializar a objeção de consciência; verdadeiramente relevante era que o motivo apresentado para deixar de cumprir obrigação a todos imposta fosse sincero e ocupasse significativo papel na vida da pessoa.

Também importante é o julgamento em *United States v. Ballard*, quando os líderes de determinado segmento religioso foram processados criminalmente por envio de correspondência na qual solicitavam às pessoas remessa de dinheiro em contrapartida para cura de doenças.

Não foi fácil a solução do caso pela Suprema Corte, mesmo à luz dos fundamentos inerentes à sinceridade e significatividade da crença na vida da pessoa, mais ainda porque o Juiz Jackson expressou a sua dúvida acerca da viabilidade de a Corte ter condições objetivas de aferir quando haveria ou quando deixaria de haver a aludida sinceridade de crença.

Parece-me, no entanto, que o processo judicial, seja de *Common Law* ou *Civil Law*, tem plena possibilidade de averiguar se o indivíduo promove alusão sincera à crença, notadamente quando do seu depoimento pessoal.

2.3. Liberdade Religiosa e Proibição de Práticas Discriminatórias

De modo invariável, como a opção religiosa reconduz também à escolha por hábitos, comportamentos e estilos de vida quase sempre dessemelhantes, é muito fácil encontrar a disseminação de práticas discriminatórias ilegítimas que têm por base a opção religiosa da pessoa.

Contudo, sociedade pluralista e democrática é a antítese da intolerância religiosa – e isso foi muito bem consolidado nas decisões da Suprema Corte ianque em torno à *Establishment Clause*.

Em *Larson v. Valente*, a Corte decidiu ser inconstitucional uma lei do Estado de Minnesota que impôs exigências de registro e informação acerca de donativos recebidos por instituições de caridade, mas que isentou as instituições religiosas da mesma formalidade, que passaram conseqüentemente a receber mais da metade da sua receita de contribuições de seus membros. A decisão ainda assentou que

nenhuma lei poderá ter por consequência qualquer auxílio a entidades religiosas no âmbito do direito constitucional norte-americano.

O princípio de neutralidade do Estado em face dos segmentos religiosos foi recentemente reafirmado em *Board of Education of Kiryas Joel Village School District v. Grumet*, no qual houve a declaração de inconstitucionalidade de uma lei estadual que criou escola separada para comunidade de Judeus.

2.4. Liberdade de Religião e Recusa Quanto à Prática de Atos Conexamente Incompatíveis com o Credo Religioso

Outro tema de real interesse e que foi objeto de exame pela Suprema Corte se referiu à recusa de prática de determinado ato, muito embora não fosse expressamente vedado pela religião do indivíduo.

A controvérsia ocorreu em *Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division*, quando determinado trabalhador de empresa resolveu deixar o emprego para evitar que fosse transferido para setor do estabelecimento responsável pela produção de torre blindada e rotatória para tanques militares.

O Estado negou a concessão de benefícios relativos ao desemprego porque o empregado havia deixado o emprego voluntariamente, mas ele ingressou com medida judicial contra o comportamento estatal alegando que não poderia haver a negativa quanto a benefícios do seguro social a pessoas que haviam deixado de trabalhar por motivos religiosos.

Ao se defender em juízo, o Estado argumentou que a Religião Testemunha de Jeová não proibia seus adeptos quanto a trabalharem em fábricas de armamentos e inclusive indicou outros da mesma religião que exerciam normalmente a atividade no setor de produção de artigos bélicos.

Entretanto, a Corte declarou que isso era completamente irrelevante para o exame do caso, aduzindo os seguintes e judiciosos fundamentos: “A garantia do livre exercício (a Corte se refere à liberdade religiosa) não é limitada a crenças que são compartilhadas por todos os membros da seita religiosa”.

2.5. Liberdade de Religião e Entidades Públicas de Ensino

Seria possível a utilização de equipamentos de entidades públicas para o exercício de cultos religiosos? Seria admissível, por exemplo, a cessão de espaço em universidade pública para a realização de culto de determinado segmento religioso?

O tema deve ser analisado não apenas dentro do contexto da liberdade de religião, mas sobretudo no âmbito da proteção à liberdade de expressão, que se encontra também tutelada na 1ª Emenda da Constituição americana (“*Congress shall make no law respecting the establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech ...*”).

A questão é controvertida lá nos Estados Unidos e também aqui no Brasil, máxime em virtude do comando do art. 19, I, da Constituição Federal, a proscreever qualquer relacionamento entre o Estado brasileiro e a Igreja que conduza a subvenção, estímulo, proteção, etc.

A questão foi examinada pela Suprema Corte americana e decidida em prol da realização do culto religioso, muito embora a instituição, no caso a Universidade do Missouri em Kansas City, tivesse natureza jurídica de entidade de direito público.

Como se operou a discussão no caso?

A Universidade do Missouri permitia aos seus estudantes que se utilizassem dos equipamentos e dos espaços da instituição, desde que não fosse para o exercício de cultos ou para o ensino religioso.

A Suprema Corte declarou que a Universidade discriminara os grupos de estudantes e oradores que haviam manifestado o desejo de expressar publicamente as suas crenças, configurando violação à 1ª Emenda a política implementada pela Universidade quanto a impedir as manifestações religiosas dentro dos seus domínios.

2.6. Colocação de Símbolos Religiosos em Locais Públicos

É possível que segmentos religiosos instalem em locais públicos símbolos designativos da sua fé?

A discussão ocorreu em virtude de colocação da cruz representativa da conhecida e controvertida seita denominada *Ku Klux Klan*, que, muito diferentemente do que se possa imaginar, continua operando livremente em todo o território dos Estados Unidos.

Foi em *Capitol Square Review and Advisory Board v. Pinette*, quando os membros da seita *Ku Klux Klan* foram impedidos de construir uma grande cruz designativa do segmento num parque em frente ao prédio do parlamento estadual.

Depois de grande controvérsia a respeito de como solucionar a questão, a Suprema Corte decidiu, com base no voto da Juíza O’Connor, que não havia

nenhum perigo real de a comunidade considerar que a permissão concedida para construir-se a cruz pudesse representar opção do Estado pelo segmento religioso responsável por tal edificação.

É preciso enfatizar que a decisão tomada pela Corte em *Pinette* foi em relação a entidade privada que desejava construir símbolo religioso em espaço público; logo, não há o menor cabimento, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte americana, quanto à colocação de símbolos religiosos em espaços públicos por entidades *públicas* (Chemerinsky, 2006, p. 1.213).

2.7. Liberdade Religiosa e Leitura Bíblica nas Escolas

O denominado *Bible Reading* nas escolas norte-americanas foi assunto extremamente controverso antes de a Suprema Corte decidir a questão, cujo *leading case* foi *Engel v. Vitale* (1962), tendo a Corte decidido que “(..) a união entre governo e religião tende a destruir o governo e a degradar a religião”.

Um ano depois, em *Abington School District v. Schempp*, a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei estadual e norma municipal, que determinara a leitura, sem comentário, de trechos bíblicos no início de cada dia de aula (Chemerinsky, 2006, p. 1.217).

2.8. Liberdade Religiosa e Liberdade de Cátedra

Sendo certo que a liberdade de cátedra encerra direito fundamental extremamente relevante, pois confere o livre exercício do magistério ao professor, o que, em última instância, é instrumento efetivador do direito fundamental à educação, observa-se o importante pronunciamento da Suprema Corte em *Epperson v. Arkansas*, no qual a Corte declarou a inconstitucionalidade de lei estadual do Arkansas que tornou ilegal que professores da rede de ensino mantida pelo Estado-membro ensinassem qualquer teoria ou doutrina segundo a qual a espécie humana ascenderia ou descenderia de outros animais.

A Corte concluiu que a lei proibitiva do ensino da Teoria da Evolução tinha propósito religioso e assim violava a *Establishment Clause*.

2.9. Quando o Estado Pode Auxiliar Segmento Religioso?

Embora a Constituição norte-americana não possua preceptivo sequer parecido com o da Constituição brasileira de 1988, no caso o art. 19, I, que proíbe relação

unionista entre o Estado e a Igreja, possibilitando, porém, relacionamento amparado em necessidade ditada pelo *interesse público*, a Suprema Corte, confirmando o seu imprescindível papel de órgão concretizador dos direitos fundamentais nos Estados Unidos, tratou de construir jurisprudência destinada a consolidar delimitação objetiva a partir da qual se pudesse aferir quando pode o Estado auxiliar a Igreja e quando não pode.

A questão deve ser decidida à luz dos subsídios fornecidos por *Lemon v. Kurtzman*, a ponto de saber-se se o relacionamento entre o Estado e a Igreja tem propósito laico ou se visa conferir tratamento privilegiado a determinado segmento religioso.

Em *Mitchell v. Helms*, a Corte declarou a inconstitucionalidade do ato estadual que fornecia computadores e equipamentos audiovisuais às escolas mantidas por segmentos religiosos.

A Juíza O'Connor disse que a ajuda do Estado às escolas confessionais não poderia ter propósito religioso algum.

2.10. Liberdade Religiosa e Sacrifício de Animais

Podem os membros de determinado segmento religioso promover o sacrifício de animais?

A questão é delicada, quer se refira à liberdade de culto nos Estados Unidos ou no Brasil, cuja expansão dos credos religiosos afro-brasileiros denota a real importância que deve ser dada ao assunto.

A Suprema Corte possui apenas um julgamento a respeito do tema: *Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. Hialeah*.

O caso se desenvolveu da seguinte forma: o segmento religioso denominado "Santeria", muito popular no Estado da Flórida em razão da forte presença latina na região, decidiu construir templo religioso na cidade de Hialeah. O legislador municipal, no entanto, proibiu o sacrifício de animais, descrevendo "sacrifício" como a matança de animais que não fosse para o propósito primacial de consumo para alimentação.

Todos os Juízes da Suprema Corte concordaram que a lei era inconstitucional, com o Juiz Kennedy responsável pela prolação do acórdão da Corte, que, ao reafirmar o Caso *Smith*, concluiu que a norma municipal não era neutra porque o seu claro objetivo era proibir a prática religiosa.

3. CONCLUSÃO

O que parece acertado concluir é que, malgrado a propalada dessemelhança entre o sistema jurídico norte-americano e brasileiro, há muito mais similaridade do que se pode imaginar à primeira vista, notadamente após a inserção do *stare decisis* no sistema constitucional brasileiro e, mais ainda, com a adoção da súmula vinculante, que veio consolidar, por definitivo, tal procedimento no contexto do ordenamento nacional.

Nesse passo, os pronunciamentos da Suprema Corte norte-americana podem servir de subsídio para as decisões produzidas pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, e vice-versa, não para que sejam transpostas de modo acrítico de uma para outra, mas sim para que direitos fundamentais que têm contextura universal, como é o caso da liberdade religiosa, possam ser melhor compreendidos e concretizados à luz de decisões prolatadas por Tribunais Constitucionais que empreendem inegáveis esforços em prol da efetivação dos direitos humanos.

4. BIBLIOGRAFIA

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law – Principles and Policies*, New York, Aspen Publishers, Third Edition, 2006.

FARISH, Leah. *The First Amendment – Freedom of Speech, Religion, and the Press*, Berkeley Heights, Enslow Publishers Inc., 1998.

NAGAN, Winston Percival. *The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations*, Columbia, Columbia Journal of Transnational Law, volume 43, 2004, number 1.

III

A NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

(Uma Contribuição para a compreensão dos limites do novo Art. 114 da Constituição Federal de 1988)

Rodolfo Pamplona Filho

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Salvador do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região (Bahia). Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador do Curso de Especialização Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho do Curso *JusPodivm*. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas.

RESUMO: Este artigo possui como finalidade analisar a questão da ampliação da competência da Justiça do Trabalho com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, demonstrando a amplitude de tal alteração e esmiuçando cada

um dos incisos que estabelecem as novas regras.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do Trabalho, competência, Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 114 da Constituição Federal.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. A Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho no contexto da Reforma do Judiciário – 3. A Competência Material Tradicional da Justiça do Trabalho: 3.1. Competência material natural, originária ou específica; 3.2. Competência material legal ou decorrente; 3.3. Competência material executória – 4. A Nova Competência Material da Justiça do Trabalho: 4.1. Ações oriundas da relação de trabalho; 4.2. Ações que envolvam exercício do direito de greve; 4.3. Ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; 4.4. Mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; 4.5. Conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista; 4.6. Ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; 4.7. Ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; 4.8. Execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; 4.9. Ações decorrentes da relação de trabalho (reespecificando a regra de competência material legal ou decorrente) – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Muito se tem debatido e escrito sobre a Emenda 45/2004, a chamada “Reforma do Judiciário”.

Um dos temas, porém, que mais tem gerado controvérsia, sem sombra de qualquer dúvida, se refere à nova regra constitucional de competência da Justiça do Trabalho, na medida em que se digladiam correntes ampliativas e restritivas, na sempre salutar busca pela interpretação que melhor atenda à finalidade da modificação e aos interesses da população.

Assim, partindo sempre da premissa de que a diversidade de posicionamentos é fruto das melhores intenções de garantir estabilidade e segurança às relações jurídicas, ousamos apresentar a nossa contribuição pessoal para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal.

Para isso, todavia, parece-nos indispensável tecer algumas considerações sobre a ampliação da competência da Justiça do Trabalho no contexto da Reforma do Judiciário, bem como relembrar as regras básicas anteriores de sua competência material, pois acreditamos que não é possível se interpretar isoladamente o novel dispositivo, desprezando todo um arcabouço histórico interpretativo.

2. A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO CONTEXTO DA REFORMA DO JUDICIÁRIO

A Emenda Constitucional nº 45/2004 é, na nossa opinião, uma reforma com perfil conservador.

De fato, sem nos aprofundar em cada um dos novos institutos, podemos destacar, como medidas que depõem em favor da conservação das estruturas:

- a) Súmula Vinculante (art. 103-A);
- b) Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B);
- c) Interstício para Ingresso na Magistratura (art. 93, I);
- d) “Quarentena” para reingresso na Advocacia (art. 95, V)

Até mesmo aquilo que poderia soar como um grande avanço, que é a previsão do § 3º do art. 5º (“*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*”), inserido justamente na Reforma do Judiciário,

somente pode ser considerado inovador por força da jurisprudência conservadora do Supremo Tribunal Federal¹, uma vez que, para os internacionalistas em geral, a mencionada previsão formalizaria, ainda mais, o processo de adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos, pois estes já se incorporariam automaticamente ao nosso Direito positivo com sua ratificação, por força do § 1º do mesmo dispositivo (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”)².

1. “A Convenção 126 da OIT reforça a arguição de inconstitucionalidade: ainda quando não se queira comprometer o Tribunal com a tese da hierarquia constitucional dos tratados sobre direitos fundamentais ratificados antes da Constituição, o mínimo a conferir-lhe é o valor de poderoso reforço à interpretação do texto constitucional que sirva melhor à sua efetividade: não é de presumir, em Constituição tão ciosa da proteção dos direitos fundamentais quanto a nossa, a ruptura com as convenções internacionais que se inspiram na mesma preocupação.” (ADI 1.675-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19/09/03)
 “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.” (HC 72.131, voto do Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03)
 “Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. (...) Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está insita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento – majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) – que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.” (RHC 79.785, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22/11/02)
 “Subordinação normativa dos tratados internacionais à Constituição da República. (...) Controle de constitucionalidade de tratados internacionais no sistema jurídico brasileiro. (...) Paridade normativa entre atos internacionais e normas infraconstitucionais de direito interno. (...) Tratado internacional e reserva constitucional de lei complementar. (...) Legitimidade constitucional da convenção nº 158/OIT, desde que observada a interpretação conforme fixada pelo Supremo Tribunal Federal.” (ADI 1.480-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/05/01) “(...) no tocante à alegação de ofensa ao artigo 5º, § 2º, da Constituição, ela não ocorre, porquanto esse dispositivo se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, o que não é matéria objeto da Convenção de Varsóvia e do Protocolo de Haia no tocante à limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional.” (RE 214.349, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 11/06/99)
2. “Considerando a natureza constitucional dos direitos enunciados nos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, três hipóteses poderão ocorrer. O direito enunciado no tratado internacional poderá: a) reproduzir direito assegurado pela Constituição; b) inovar o universo de direitos constitucionalmente previstos; c) contrariar preceito constitucional. Na primeira hipótese, os tratados internacionais de direitos

Nesse contexto, é de se destacar que, na contra-mão da ideologia da reforma, a Justiça do Trabalho, que sempre foi muito mal vista pelos setores mais conservadores da sociedade (a ponto de, há bem pouco tempo, ter sido cogitada, sem êxito, a sua extinção...) ter sido fortalecida, com a possibilidade de uma atuação muito maior do que outrora³.

E como era essa atuação?

É o que pretendemos lembrar no próximo tópico!

3. A COMPETÊNCIA MATERIAL TRADICIONAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Disponha 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 concluir⁴ que, em verdade, o texto constitucional encerrava uma “regra trina”.

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

humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados. Já na segunda hipótese, estes tratados estarão a ampliar e estender o elenco dos direitos constitucionais, complementando e integrando a declaração constitucional de direitos. Por fim, quanto à terceira hipótese, prevalecerá a norma mais favorável à proteção da vítima. Vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados – ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas estas três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm a aprimorar e fortalecer, nunca a restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.20).

3. Sobre o tema, consulte-se o preciso trabalho de um dos mais importantes líderes da magistratura trabalhista nacional neste processo de reforma, Grijalbo Fernandes Coutinho, “*Ampliação da competência da Justiça do Trabalho: Mudança que contraria o perfil conservador da Reforma do Judiciário*” (in COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p92/115).
4. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “*Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988*” in “*Revista Ciência Jurídica do Trabalho*”, ano I, número 04, abril/1998, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, Belo Horizonte/MG, págs. 09/17.

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

Compreendamos, ainda que rapidamente, tais regras

3.1. Competência material natural, originária ou específica

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.

3.2. Competência material legal ou decorrente

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 comum⁵, somente passando para o âmbito da competência da Justiça do Trabalho, após a autorização legal⁶.

3.3. Competência material executória

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 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,

5. “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).
6. “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).

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.”⁷

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?

É o que veremos no próximo tópico!

4. A NOVA COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

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.

7. *Ob. Cit.*, p. 101.

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 convenionadas 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.”

Nos estritos limites deste artigo, abordaremos somente a nova competência material contida nos incisos do dispositivo supratranscrito, não enfocando a parte relativa aos dissídios coletivos, tema abordado nos seus parágrafos.

Vamos a ela!

4.1. Ações oriundas da relação de trabalho

O inciso I, que afirma ser da Justiça do Trabalho, “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”, é o mais polêmico, entre todos os novos dispositivos constitucionais.

Na nossa opinião, porém, uma interpretação histórica, com o olhar no que existia outrora, bem como no processo legislativo de reforma constitucional, pode, facilmente, superar qualquer dúvida na sua compreensão.

Como vimos tópicos atrás, a interpretação predominante sobre a redação originária do artigo 114 da Constituição limitava a atuação da Justiça do Trabalho à resolução dos dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, como sua regra natural, e, por exceção, na existência de previsão expressa de norma infraconstitucional, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios originados no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Percebe-se, portanto, que o âmbito de jurisdição era restrito aos conflitos oriundos de vínculos empregatícios, estando afastados da apreciação da Justiça do Trabalho todas as demais modalidades contratuais que envolvessem o trabalho humano, salvo previsão legal expressa.

Pois bem.

Com a Emenda 45, tudo mudou!

Aquilo que outrora era regra e exceção foi reunido, com a evidente finalidade de tutelar, valorizando e disciplinando, toda modalidade de **trabalho humano**.

Se a ação for oriunda diretamente da prestação do trabalho, por pessoas físicas, discutindo-se, portanto, o conteúdo desse labor, bem como as condições em que ele é exercido ou disponibilizado, não haverá mais necessidade de norma infraconstitucional autorizadora para que se reconheça a competência da Justiça do Trabalho.

Em outras palavras, mantendo a coerência histórica na interpretação da evolução constitucional da competência trabalhista, envolvendo a lide sujeitos que estejam na qualificação jurídica de trabalhadores e tomadores desse serviço, a competência será da Justiça do Trabalho.

E note-se que tal modificação não “caiu de para-quedas” no nosso sistema normativo.

Muito pelo contrário!

A doutrina trabalhista há muito reclamava tal modificação, não vendo sentido em limitar a “Justiça do Trabalho” a uma “Justiça do Emprego” (ou, na prática, dos desempregados...)

Nesse sentido, vale a pena, apenas a título exemplificativo, as proféticas palavras do magistrado e professor Antonio Lamarca, muito antes da Constituição Federal de 1988:

Por que razão o legislador ordinário não defere a uma Justiça semigratuita e perfeitamente aparelhada a resolução de conflitos de trabalho não resultantes de uma relação não empregatícia? Por que a Justiça do Trabalho não pode decidir as lides conseqüentes aos acidentes de trabalho e à previdência social?

Há muito combatemos essa aparentemente inexplicável quebra de competência. A Justiça do Trabalho custa muito dinheiro aos cofres públicos, mas funciona melhor que qualquer outro setor do Judiciário brasileiro. Tanto isto é verdade que a Reforma Judiciária, de abril de 1977, praticamente não tocou nela. Seria razoável, portanto, que a ela se deferisse acompanhar toda a vida do trabalhador, em todos os aspectos ligados, direta ou indiretamente, ao trabalho. Não é assim, porém”⁸.

Não era! - dizemos nós, atualizando o pensamento do grande mestre.

Agora, todas as ações oriundas da relação de trabalho (para muitos, relação de emprego), no que não temos como desprezar os contratos civis, consumeristas ou outros contratos de atividade (quando se referirem à discussão sobre a valorização

8. LAMARCA, Antonio. O livro da competência. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 2.

do trabalho humano), deverão ser ajuizadas, a partir da Reforma do Judiciário, na Justiça do Trabalho⁹.

Dessa forma, sem *animus* de taxatividade, afirmamos que tanto uma ação envolvendo o descumprimento das regras de um contrato de trabalho, quanto uma ação de cobrança de honorários advocatícios, prestados por profissional autônomo, podem e devem ser apreciadas na Justiça Laboral. Contratado, porém, determinando escritório (e não um profissional específico), o contratante deverá ajuizar sua ação na Justiça Comum. Já o próprio advogado, que presta serviços a este escritório, não como titular ou empregado, mas como associado, pode, ainda quando autônomo, reclamar dele na Justiça do Trabalho os seus honorários eventualmente inadimplidos, valendo o mesmo raciocínio, por exemplo, para trabalhadores cooperativados para recebimento de seus créditos perante a cooperativa; estagiários para percepção de bolsa-auxílio que lhe foi sonogada; representantes comerciais autônomos pelas comissões e honorários não recebidos etc.

Isto, obviamente, não quer dizer que o Direito Material correspondente será o mesmo, mas sim, apenas, que o órgão responsável pela sua jurisdição é que será único.

Dizer isso não importa em desvirtuar o sentido da atuação da Justiça do Trabalho, uma vez que, mesmo em uma relação de consumo, quando o prestador seja a pessoa física, e que o direito material correspondente é mais benevolente com o tomador (consumidor), há um trabalho humano que merece tutela.

Por isso, o fato de o trabalho prestado eventualmente inserir-se, por força do art. 3º, parágrafo 2º, da Lei 8.078/90, no conceito de relação de consumo, não repele a competência da Justiça do Trabalho. Afinal de contas, trata-se de competência material estabelecida na Constituição Federal, sem qualquer tipo de ressalva, sendo a competência da Justiça Comum estadual meramente residual (aquilo, que não estiver previsto na Constituição Federal como de competência especializada, será de competência da justiça comum).

9. “Deixa a Justiça do Trabalho de ter como principal competência, à vista da mudança em análise, o exame dos litígios relacionados com o contrato de trabalho, para julgar os processos associados ao trabalho de pessoa natural em geral. Daí que agora lhe compete apreciar também as ações envolvendo a atividade de prestadores autônomos de serviço, tais como corretores, médicos, engenheiros, arquitetos ou outros profissionais liberais, além de transportadores, empreiteiros, diretores de sociedade anônima sem vínculo de emprego, representantes comerciais, consultores etc., desde que desenvolvida a atividade diretamente por pessoa natural. Prestados os serviços por meio de empresa, não havendo alegação de fraude, a competência não é da Justiça do Trabalho. Como anota Proto Pisani, ao comentar o art. 409, nº 3, do Codice de Procedura Civile Italiano, em observação válida também para o Direito brasileiro, ‘la costituzione in società esclude il requisito della prestazione prevalentemente personale’ (MALLETT, Estêvão. “Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional Nº 45” in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, Vol. 71, n. 1 jan./abr./2005, p.200).

O que o magistrado terá como desafio é a tarefa de sopesar valores e princípios, preservando os interesses do consumidor, sem desvalorizar o trabalho humano. O que assusta, nessa bilateralidade, é justamente o que é mais fascinante: não se pode partir do pressuposto que trabalhador ou consumidor tenham sempre razão, só por assim se encontrarem. Quem vai a Juízo não pede misericórdia, mas sim justiça.

Sem parecer contraditório, porém, as ações oriundas da relação de trabalho, quando envolver relação jurídica de direito material estatutária, não estão, ainda, na competência da Justiça do Trabalho.

Mas elas também não são relações de trabalho?

Claro que são!

O fundamento da exclusão, todavia, é outro, a saber, a própria observação do processo legislativo de modificação constitucional, uma vez que o texto aprovado no Senado continha ressalva de exclusão dos servidores estatutários, constante da promulgação, que foi suprimida quando da publicação da Emenda Constitucional.

Embora não se queira, aqui, ressuscitar a velha discussão do conflito entre a *mens legis* e a *mens legislatoris*, o fato é que, por força da liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.395-6, pelo Ministro Nelson Jobim, reestabeleceu-se o quanto pactuado durante a tramitação do projeto de emenda constitucional, sem prejuízo do nosso posicionamento pessoal de que é muito mais lógico que tais conflitos também esteja submetidos à Justiça do Trabalho (esta seja, talvez, uma luta que não se deve abandonar, mas, sim, retomar o mais breve possível...)

A nova regra básica de competência material toma por base, portanto, novamente, a qualificação jurídica dos sujeitos envolvidos, não mais, como outrora, identificados somente como empregado (trabalhador subordinado) e empregador, mas sim como trabalhador, genericamente considerado, e tomador desses serviços (seja empregador, consumidor, sociedade cooperativa etc), incluindo o próprio Estado¹⁰, desde que não seja, na forma explicada, uma relação estatutária¹¹.

10. “Contrato por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Típica demanda trabalhista contra pessoa jurídica de direito público. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da Constituição. Precedentes.” (CC 7.128, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 01/04/05)

11. “Conflito negativo de competência entre juiz federal e o Tribunal Superior do Trabalho. Reclamação trabalhista. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Alegado vínculo sob o molde de contrato de trabalho. Entendimento desta Corte no sentido de que, em tese, se o empregado público ingressa com

Assim, o que importa para delimitação de competência não é o tema discutido ou a legislação a ser aplicada, mas sim a circunstância de versar a lide sobre questão fulcrada diretamente em uma relação de trabalho¹². Isso implica reconhecer também, por óbvia consequência, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho na defesa dos interesses transindividuais vinculados a esta relação¹³, inclusive quanto ao descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde¹⁴.

Entendida a regra básica, verifiquemos as demais.

4.2. Ações que envolvam exercício do direito de greve

O segundo inciso do art. 114 trata das relações que envolvem o direito de greve.

Tratando-se do dissídio coletivo de greve, não há, aí, qualquer novidade.

O fato, todavia, que não pode ser desprezado é que esta não é a única modalidade de ação que envolve o exercício do direito de greve.

Na nossa opinião, o dispositivo autoriza as ações indenizatórias decorrentes do exercício abusivo do direito de greve, bem como até mesmo ações possessórias, que têm sido cada vez mais utilizadas no caso de ocupação dos locais de trabalho, durante o movimento paredista.

ação trabalhista, alegando estar vinculado ao regime da CLT, compete à Justiça do Trabalho a decisão da causa (CC 7.053, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 7/6/2002; CC 7.118, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 4/10/2002). Conflito de competência julgado procedente, ordenando-se a remessa dos autos ao TST.” (CC 7.134, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 15/08/03)

12. “Este é o teor da decisão agravada: ‘A questão suscitada no recurso extraordinário já foi dirimida por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, segundo as quais compete à Justiça do Trabalho o julgamento das questões relativas à complementação de pensão ou de proventos de aposentadoria, quando decorrente de contrato de trabalho (Primeira Turma, RE-135.937, rel. Ministro Moreira Alves, DJU de 26/8/94, e Segunda Turma, RE-165.575, rel. Ministro Carlos Velloso, DJU de 29/11/94). Diante do exposto, valendo-me dos fundamentos deduzidos nesses precedentes, nego seguimento ao agravo de instrumento (art. 21, § 1º, do RISTF, art. 38 da Lei nº 8.038, de 28/5/1990, e art. 557 do CPC)’.” (AI 198.260-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 16/11/01). No mesmo sentido: AI 524.869-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 11/03/05.
13. “Tendo a ação civil pública como causas de pedir disposições trabalhistas e pedidos voltados à preservação do meio ambiente do trabalho e, portanto, aos interesses dos empregados, a competência para julgá-la é da Justiça do Trabalho.” (RE 206.220, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17/09/99)
14. Sobre o tema, confira-se a Súmula 736 do Supremo Tribunal Federal: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.”

4.3. Ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores

O inciso III trata das ações que envolvem representação sindical, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores.

Antes, tais conflitos somente eram decididos incidentalmente na Justiça do Trabalho, pois somente a justiça comum tinha competência para solucionar a matéria com força de coisa julgada.

Agora, os conflitos, tanto versando sobre a representatividade dos sindicatos (ex: disputa de qual é o sindicato representativo com base na regra de unicidade sindical), quanto a própria representação dos sindicalizados (ex.: impugnação de eleições sindicais), devem ser submetidos à Justiça do Trabalho, órgão mais afeito à aplicação da legislação sindical do que a justiça estadual¹⁵.

4.4. Mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição

O inciso IV põe fim a uma controvérsia, para nós injustificável, sobre o tema.

De fato, por força da regra do art. 108, alínea “d”, da Constituição Federal (“Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:” ... “d) os “*habeas-corpus*”, quando a autoridade coatora for juiz federal;”), havia forte tendência jurisprudencial¹⁶ de reconhecer a competência dos TRF’s para os *habeas corpus* ajuizados em face de prisão determinada por Juiz (Federal) do Trabalho.

15. Nesse sentido, confira-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO MARANHÃO. FIEMA. PROCESSO ELEITORAL SINDICAL. REPRESENTAÇÃO SINDICAL. ART. 114, INCISO III, DA CF. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EC N. 45/2004. APLICAÇÃO IMEDIATA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. As novas disposições do art. 114, inciso III, da Constituição Federal, introduzidas com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, têm aplicação imediata e atingem os processos em curso. Diante do alcance do texto constitucional sub examine, as ações relacionadas com processo eleitoral sindical, conquanto sua solução envolva questões de direito civil, inserem-se no âmbito da competência da Justiça do Trabalho, uma vez que se trata de matéria subjacente à representação sindical. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara do Trabalho de São Luís (MA)” (STJ, CC 48.372 – MA (2005/0040784-8) – Ac. 1ª S, 22.06.2005, Rel. Min. João Otávio de Noronha.

16. “A Turma deferiu *habeas corpus* em favor de paciente que, nos autos de reclamação trabalhista, tivera contra ele determinada, por Juízo de Vara do Trabalho de comarca do Estado de Minas Gerais, a prisão civil, sob a acusação de infidelidade como depositário judicial. Na espécie, denegado *habeas corpus* impetrado ao TRT/MG, o paciente interpusera recurso ordinário ao TST, que o desprovera, e impetrara, também, novo *habeas corpus* ao STJ, que concedera a ordem por não ter havido aceitação expressa do encargo de depositário judicial, sem a qual o decreto de prisão é ilegítimo. Considerando que os *habeas corpus* foram julgados antes da edição da EC 45/2004, entendeu-se aplicável, ao caso, a jurisprudência até então firmada

O mesmo se diga em relação ao habeas data e ao mandado de segurança, por exegese da alínea “c” (“c) os mandados de segurança e os “habeas-data” contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal”).

A afirmação cai por terra rapidamente, por uma simples leitura do restante do dispositivo.

Toda vez que a Constituição Federal quis tratar de magistrado trabalhista como Juiz Federal, o fez sempre expressamente, como na alínea “a” do mesmo dispositivo (“a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;”) evitando confusão terminológica.

Registre-se, porém, em termos de competência funcional, que os mandados de segurança, *habeas corpus* (derivados da prisão por depositário infiel) e *habeas data* serão dirimidos pelo Tribunal Regional do Trabalho respectivo, caso o ato abusivo tenha sido praticado por juízes de primeiro grau. Contudo, caso eles se originem de ato que não seja de juiz de primeiro grau (como, por exemplo, o Delegado Regional do Trabalho), a competência para julgá-lo será do próprio magistrado da primeira instância.

4.5. Conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista

O quinto inciso trata de *competência entre órgãos com jurisdição trabalhista*, fazendo uma ressalva em relação ao Supremo Tribunal Federal.

A sua inserção se justifica pela necessidade de deixar expresso no texto constitucional algo que já estava pacificado na jurisprudência posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988.

A controvérsia inicial se dava por força do disposto originalmente nos arts. 803/808 da Consolidação das Leis do Trabalho, que preceituam, *in verbis*:

“Art. 803 - Os conflitos de jurisdição podem ocorrer entre:

- a) Juntas de Conciliação e Julgamento e Juízes de Direito investidos na administração da Justiça do Trabalho;

pele Supremo, no sentido de competir ao juízo criminal o julgamento de *habeas corpus*, em razão de sua natureza penal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, cabendo o julgamento ao Tribunal Regional Federal, quando a coação for imputada a Juiz do Trabalho de 1º Grau (...) Precedente citado: HC 68.687/PR (DJU de 4/10/91).” (HC 85.096, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Informativo 394)

- b) Tribunais Regionais do Trabalho;
- c) Juízos e Tribunais do Trabalho e órgãos da Justiça Ordinária;
- d) (Revogada pelo Decreto-Lei nº 8.737, de 19-1-1946.)

Art. 804 - Dar-se-á conflito de jurisdição:

- a) quando ambas as autoridades se considerarem competentes;
- b) quando ambas as autoridades se considerarem incompetentes.

Art. 805 - Os conflitos de jurisdição podem ser suscitados:

- a) pelos Juízes e Tribunais do Trabalho;
- b) pelo procurador-geral e pelos procuradores regionais da Justiça do Trabalho;
- c) pela parte interessada, ou o seu representante.

Art. 806 - É vedado à parte interessada suscitar conflitos de jurisdição quando já houver oposto na causa exceção de incompetência.

Art. 807 - No ato de suscitar o conflito deverá a parte interessada produzir a prova de existência dele.

Art. 808 - Os conflitos de jurisdição de que trata o art. 803 serão resolvidos:

- a) pelos Tribunais Regionais, os suscitados entre Juntas e entre Juízos de Direito, ou entre uma e outras, nas respectivas regiões;
- b) pelo Tribunal Superior do Trabalho, os suscitados entre Tribunais Regionais, ou entre Juntas e Juízos de Direito sujeitos à jurisdição de Tribunais Regionais diferentes;
- c) (Revogada pelo Decreto-Lei nº 9.797, de 9-9-1946);
- d) pelo Supremo Tribunal Federal, os suscitados entre as autoridades da Justiça do Trabalho e as da Justiça Ordinária.”

A concepção original do texto consolidado tomava por base a idéia de hierarquia funcional.

De fato, havendo conflito de competência **territorial** entre órgãos submetidos à jurisdição de um mesmo Tribunal Regional do Trabalho, sejam juízes do trabalho, sejam juízes estaduais na jurisdição trabalhista¹⁷, é este órgão que

17. Superior Tribunal de Justiça:

deve decidir a matéria, até mesmo para a uniformização dos posicionamentos na respectiva região.

Todavia, ainda em sede de conflito de competência territorial, é possível que sejam suscitantes órgãos submetidos à jurisdição de distintos Tribunais Regionais do Trabalho. No estado da Bahia, por exemplo, que tem uma extensão territorial comparável a diversos países, é muito comum se verificar tais conflitos nas cidades de Juazeiro (Bahia) e Petrolina (Pernambuco), separadas somente por uma ponte, ou na cidade de Paulo Afonso, na interseção da Hidroelétrica da CHESF, com os estados de Pernambuco e Alagoas, ou, no extremo sul, na cidade de Teixeira de Freitas, muito próxima do estado do Espírito Santo.

Nestas situações, na forma do art. 808, d, da CLT, perfeitamente compatível com o novel inciso V do art. 114, a competência para apreciar o conflito será do colendo Tribunal Superior do Trabalho.

A questão se mostra mais complexa, porém, quando se trata de um conflito de competência **material**, obviamente suscitado entre os órgãos da Justiça do Trabalho e os da Justiça Ordinária.

Em tal hipótese, o conflito não se dá **entre órgãos com jurisdição trabalhista**, mas sim entre um órgão com jurisdição trabalhista e um outro sem tal característica, estando, pois, fora da competência material de qualquer órgão da Justiça do Trabalho.

O texto consolidado propugna que tal conflito seja solucionado pelo excelso Supremo Tribunal Federal, o que se mostra perfeitamente lógico com os parâmetros anteriores.

“SÚMULA N.º 180. Na lide trabalhista, compete ao Tribunal Regional do Trabalho dirimir conflito de competência verificado, na respectiva região, entre Juiz Estadual e Junta de Conciliação e Julgamento” (aprovada em sessão de 05.02.1997 - DJU, Seção I, de 17.02.1997, pág. 2.231).

Referência: CLT, artigos 668, 803 e 808, “a”.

CC 12.274-AL (2a. S. 14/06/95 – DJ 18/12/95); CC 14.024-PR (2a. S. 09/08/95 – DJ 02/10/95); CC 13.950-SP (2a. S. 11/10/95 – DJ 08/04/96); CC 13.873-SP (2a. S. 10/04/96 – DJ 06/05/96); CC 9.968-SP (2a. S. 27/03/96 – DJ 13/05/96); CC 14.574-CE (2a. S. 27/03/96 – DJ 13/05/96).

“Conflito de competência. Superior Tribunal de Justiça: juiz de direito investido de jurisdição trabalhista *versus* junta de conciliação e julgamento. Conflito de competência entre Juiz de Direito investido de jurisdição trabalhista e Juiz do Trabalho. Competência do TRT para dirimir o conflito.” (CC 7.061, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31/10/01)

“Conflito de competência. Tribunal Regional do Trabalho e Superior Tribunal de Justiça. Vara do trabalho e juiz de direito investido na jurisdição trabalhista. Hipótese de conflito entre Vara do Trabalho e Juiz de Direito no exercício de funções específicas da Justiça Trabalhista. O STJ, em face da Súmula 180, dele não conheceu, determinando a remessa dos autos ao TRT, que suscitou novo conflito perante esta Corte. Ocorrência de legitimidade do TRT, com fundamento da alínea o do inciso I do artigo 102 da Constituição Federal. Competente o Tribunal Regional do Trabalho para decidir conflito de competência, verificado na respectiva região, entre Vara do Trabalho e Juiz de Direito investido na jurisdição trabalhista.” (CC 7.076, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 08/02/02)

Todavia, a questão não se resolve de maneira tão rápida.

Isso porque a ressalva, contida no inciso em epígrafe, se refere apenas aos “os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal”¹⁸, o que envolve essencialmente, portanto, questões de competência material e funcional.

Assim, tratando-se do supramencionado conflito material entre os órgãos da Justiça do Trabalho e os da Justiça Ordinária, a competência será do Superior Tribunal de Justiça, por força da regra do art. 105, I, d, da Constituição Federal¹⁹.

Se não houvesse norma constitucional específica, poderíamos propugnar pela competência do Supremo Tribunal Federal (que nos parece mais lógico, inclusive, por se tratar, no final de contas, de matéria constitucional), mas, dada a regra mencionada, o controle pelo STF somente se dará em fase recursal.

4.6. Ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho

O inciso VI é, na nossa opinião, uma das regras novas com maior conteúdo simbólico.

De fato, entendemos que, por força do inciso I, já não seria necessária a previsão expressa de uma competência para “ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Isso porque “ações de indenização por dano moral ou patrimonial” nada mais são do que postulações de responsabilidade civil, matéria que tem conteúdo interdisciplinar, envolvendo todos os ramos do Direito²⁰.

18. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

o) os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal;”

19. “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;”

20. Sobre o tema, confirmam-se os nossos trabalhos PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*, São Paulo-SP, LTr Editora, 4ª edição, 2006, e GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III (*Responsabilidade Civil*), 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

Todavia, como, durante muito tempo, houve acirrada controvérsia sobre o tema, vale invocar o bordão da sabedoria popular (“*Cautela e canja de galinha não fazem mal a ninguém...*”) para defender a importância da novel previsão expressa.

Ressalte-se, porém, que o reconhecimento da competência da Justiça do Trabalho para reparação de danos morais e materiais em geral foi sendo conquistada pouco a pouco²¹, até que, recentemente, em julgamento histórico, reverteu-se,

21. “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – JUSTIÇA DO TRABALHO – COMPETÊNCIA. Ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.” (STF RE 238.737-4 (SP) – Ac. 1ª T., 17.11.98, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)
- “Justiça do Trabalho: Competência: Const., artigo 114: ação de empregado contra o empregador visando à observação das condições negociais da promessa de contratar formulada pela empresa em decorrência da relação de trabalho. 1 - Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentimento em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2 - À determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.” (Ac. STF - Pleno - MV - Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 - Rel. (designado): Min. Sepúlveda Pertence - J. 23.5.90 - Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília; Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho - DJU 22.2.91, p. 1259).
- “Justiça do Trabalho: Competência. Compete à Justiça do Trabalho julgar ação de uma empresa contra ex-empregado seu para cobrar-lhe parte do que despendeu com o pagamento de sua mudança, de volta do exterior, onde servia, sob o fundamento de excesso em relação aquilo a que se obrigara no contrato de trabalho.” (RE-116092 / SP, Recurso Extraordinário, Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE, Publicação: DJ DATA-14-09-90 PG-09425 EMENT VOL-01594-02 PG-00236, Julgamento: 28/08/1990 - PRIMEIRA TURMA)
- “Justiça do trabalho. Competência para julgar ação de indenização por acidente de trabalho. Acórdão recorrido assenta em fundamento suficiente não impugnado no RE: precedente do STF. Incidência da Súmula 283. Regimental não provido.” (AGRRE-269309 / MG, AG. REG. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a) Min. NELSON JOBIM, Publicação DJ DATA-23-02-01 PP-00123 EMENT VOL-02020-12 PP-02468, Julgamento 18/12/2000 - Segunda Turma)
- “Justiça do Trabalho: competência: ação de reparação de danos decorrentes da imputação caluniosa irrogada ao trabalhador pelo empregador a pretexto de justa causa para a despedida e, assim, decorrente da relação de trabalho, não importando deva a controvérsia ser dirimida à luz do Direito Civil.” (RE-238737 / SP, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a) Min. SEPULVEDA PERTENCE, Publicação DJ DATA-05-02-99 PP-00047 EMENT VOL-01937-18 PP-03701, Julgamento 17/11/1998 - Primeira Turma)
- “COMPETÊNCIA E DANO MORAL. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar pedido de indenização por dano moral proposto por empregado contra ex-empregador, pelos prejuízos causados por ofensa à sua honra no curso de processo trabalhista. Com esse entendimento, a Seção, com a ressalva do ponto de vista pessoal dos seus componentes, mudou a jurisprudência firmada sobre a matéria, em virtude de o STF no RE 238.737-4-SP ter reformado acórdão deste colegiado, sob o argumento de que nessas hipóteses o litígio surge em decorrência da relação de emprego, não importando que a causa deva ser resolvida com base nas normas de Direito Civil.” (STJ, 2ª Seção, CC 21.528-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 10/3/1999 (acórdão unânime). Processo : CC-21528 SP 98/0003316-5 - CONFLITO DE COMPETENCIA - Autuação : 05/02/1998 - Originário: 64220297 273896, AUTOR : JOSE OSVALDO DE SOUZA, REU : POLENGHI INDUSTRIA BRASILEIRA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS LTDA)

por 10 X 0, lamentável tendência jurisprudencial e se pacificou a competência especializada, inclusive para danos decorrentes de acidente de trabalho²².

4.7. Ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho

O inciso VII se refere às ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores.

Tais postulações eram processadas, anteriormente, na Justiça Federal, passando a ser na Justiça especializada laboral, o que se mostra bastante coerente, até pela afinidade dos magistrados com a legislação nacional trabalhista, tendo maior aptidão para analisar a razoabilidade das sanções impostas pelos agentes de fiscalização, a saber, os auditores fiscais do trabalho.

4.8. Execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir

O inciso VIII não inova o ordenamento constitucional, pois é apenas a incorporação do disposto no outrora § 3º do original art. 114, dispositivo inserido anteriormente pela Emenda Constitucional nº 20/98.

22. “As ações de indenização propostas por empregado contra empregador, fundadas em acidente do trabalho, são da competência da justiça do trabalho. Com base nesse entendimento, que altera a jurisprudência consolidada pelo Supremo no sentido de que a competência para julgamento dessa matéria seria da justiça comum estadual, por força do disposto no art. 109, I, da CF, o Plenário, em Conflito de Competência suscitado pelo TST – Tribunal Superior do Trabalho em face do extinto Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, conheceu da ação e determinou a remessa do feito à Corte suscitante. Entendeu-se que não se pode extrair do referido dispositivo a norma de competência relativa às ações propostas por empregado contra empregador em que se pretenda o ressarcimento por danos decorrentes de acidente de trabalho. Esclareceu-se que, nos termos da segunda parte do inciso I do art. 109 da CF, excluem-se, da regra geral contida na primeira parte – que define a competência dos juízes federais em razão da pessoa que integra a lide – as causas de acidente do trabalho em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas, na condição de autora, ré, assistente ou oponente (...). Afirmou-se que referidas causas consistem nas ações acidentárias propostas pelo segurado contra o INSS, nas quais se discute controvérsia acerca de benefício previdenciário, e que passaram a ser da competência da justiça comum pelo critério residual de distribuição de competência (Enunciado da Súmula 501 do STF). Não se encaixariam, portanto, em nenhuma das partes do mencionado dispositivo as ações reparadoras de danos oriundos de acidente do trabalho, quando ajuizadas pelo empregado contra o seu empregador, e não contra o INSS, em razão de não existir, nesse caso, interesse da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal, exceto na hipótese de uma delas ser empregadora. Concluiu-se, destarte, ressaltando ser o acidente de trabalho fato inerente à relação empregatícia, que a competência para julgamento dessas ações há de ser da justiça do trabalho, a qual cabe conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, e outras controvérsias decorrentes daquela relação. Asseverou-se que tal entendimento veio a ser aclarado com a nova redação dada ao art. 114 da CF, pela EC 45/2004, especialmente com a inclusão do inciso VI (...). Acrescentou-se, ainda, que o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, está enumerado no art. 7º da CF como autêntico direito trabalhista, cuja tutela,

Trata-se, também, de uma matéria que, anteriormente, era de competência da justiça federal comum e que passou a ser da Justiça do Trabalho.

Um dos desafios da interpretação do dispositivo é a verificação dos seus limites, para verificar se deve ser interpretado restritivamente (ou seja, sendo de competência apenas a consequência do que se condenar) ou se abrange a possibilidade de condenação e execução em todas as contribuições previdenciárias decorrentes da relação de trabalho.

Assim, a controvérsia reside em saber se cabe a execução dessas contribuições quando todas as outras parcelas trabalhistas foram corretamente adimplidas, ou seja, se um empregador pode ir a Juízo, única e exclusivamente, para pleitear o recolhimento das verbas previdenciárias decorrentes da relação de emprego.

Entendemos que sim, já havendo, inclusive, acórdãos do colendo Tribunal Superior do Trabalho neste sentido, mesmo antes da Emenda Constitucional 45/2004²³.

deve ser, por isso, da justiça especial. Fixou-se, como marco temporal da competência da justiça laboral, a edição da EC 45/2004, por razões de política judiciária.” (CC 7.204, Rel. Min. Carlos Britto, Informativo 394).

23. Tribunal Superior do Trabalho (07.01.2004): “TST define competência para desconto previdenciário. A Justiça do Trabalho é o órgão judicial encarregado de exigir o pagamento das contribuições previdenciárias quando o processo trabalhista acarreta o reconhecimento de vínculo de emprego. Essa posição foi adotada pela Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que acolheu, por maioria de votos, recurso do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A decisão, com base no voto do juiz convocado Alberto Bresciani, tem grande repercussão, pois abrange um tema com apenas um precedente no TST, em processo relatado pelo Ministro Carlos Alberto Reis de Paula. “O interesse público e o bom senso aconselharão aquele que bate às portas do Judiciário, via Justiça do Trabalho, tenha resolvidas todas as questões decorrentes de sua irrisignação, quando acolhida”, sustentou Alberto Bresciani. “O pagamento das contribuições sociais e o consequente reconhecimento previdenciário do tempo de serviço são de fundamental importância para quem, contrastando o propósito irregular do mau empregador, vê reconhecida a existência de contrato individual de trabalho”, acrescentou o relator. O segundo precedente do TST em que se afirma a competência da Justiça do Trabalho para executar descontos previdenciários decorreu de recurso interposto pelo INSS contra decisão anterior do Tribunal Regional do Trabalho do Mato Grosso do Sul (TRT-24ª Região). O órgão reconheceu a existência de vínculo de emprego na relação mantida entre um trabalhador e a Veigrande Veículos Ltda., mas não autorizou a apuração dos valores devidos ao INSS. A exemplo de outros Tribunais Regionais, o TRT-MS entendeu que o exame de uma ação meramente declaratória, ou seja, que tão somente reconhece a relação de emprego, não poderia levar o magistrado a promover de ofício (por iniciativa própria) o desconto do crédito previdenciário. “As contribuições sociais (como as devidas ao INSS) possuem natureza acessória, sendo executadas somente se subsistir algum crédito trabalhista de caráter salarial”, registrou a decisão regional. Inconformado, o INSS recorreu ao TST sob o argumento de ofensa ao artigo 114 da Constituição, onde se afirma 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”. O argumento da Autarquia foi aceito pelo relator do recurso, sob o entendimento de que “é patente que o art. 114, parágrafo 3º, da Constituição Federal alude, genericamente, não excluindo portanto aquelas de cunho declaratório”. Bresciani também destacou que a decisão regional não foi razoável pois, nessa situação jurídica, “as contribuições sociais serão qualificadas e quantificadas pela natureza da relação jurídica que as originou: o contrato individual de trabalho”. O relator citou, ainda, o Decreto nº 3.048/99 que regulamentou

4.9. Ações decorrentes da relação de trabalho (reespecificando a regra de competência material legal ou decorrente)

O último inciso do novo art. 114 da Constituição Federal estabelece ser da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, todas as demais controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

Nesse momento, fica no ar uma pergunta que não quer calar: se o inciso I estabelece ser da competência da Justiça do Trabalho todas as controvérsias oriundas de relação de trabalho, como se pode falar de uma competência material decorrente ou legal? Afinal de contas, se TODAS as controvérsias oriundas de relação de trabalho já o são, o que teria sobrado para ser incluído, na forma da lei?

Trata-se de um dilema, sem sombra de dúvida!

Dogmaticamente, porém, pode-se obter, facilmente, uma resposta adequada, transformando-se o aparente paradoxo em um simples sofisma.

E, para isso, basta não descurar da interpretação histórica da competência constitucional da Justiça do Trabalho!

De fato, se, tradicionalmente, eram os sujeitos da relação de emprego (mais especificamente a sua qualificação jurídica) quem delimitavam a regra básica de competência da Justiça do Trabalho, tal padrão não deve ser desprezado, *mutatis mutandi*, na nova sistemática constitucional.

a Lei Previdenciária dispendo que “se da decisão resultar reconhecimento de vínculo empregatício, deverão ser exigidas as contribuições, tanto do empregador como do reclamante (trabalhador), para todo o período reconhecido, ainda que o pagamento das remunerações a ele correspondentes não tenha sido reclamado na ação” (PROC. Nº TST-RR-1119/1999-002-24-40.0). Lamentavelmente, em 10/11/2005, O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho decidiu, por maioria de votos, que não cabe à Justiça do Trabalho a cobrança das contribuições devidas ao INSS sobre as ações declaratórias, nas quais é reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador. A execução do tributo pela JT ficará restrita às decisões em que há condenação da empresa ao pagamento de parcelas trabalhistas e sobre os valores resultantes de acordos entre as partes. Na sessão, os ministros do TST criticaram a postura adotada pela Previdência Social diante das decisões judiciais que declaram a relação de emprego. Os valores correspondentes ao reconhecimento do vínculo têm sido recolhidos a um fundo específico do INSS e não diretamente à conta do trabalhador na Previdência. O INSS, contudo, não admite a decisão judicial como prova de tempo de serviço do trabalhador, que termina com a aposentadoria postergada. A mudança de entendimento foi adotada após a revisão da Súmula nº 368 do TST, que interpreta o alcance do dispositivo constitucional que atribui à Justiça do Trabalho a competência para a execução das contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões. O tema foi objeto de um amplo estudo feito pelo ministro Simpliciano Fernandes, cujo posicionamento foi adotado pela maioria dos integrantes do TST. Com a decisão do Pleno, o inciso I da Súmula 368 passa a dispor que “a competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e sobre os valores objeto de acordo homologado que integrem o salário de contribuição”.

Assim, a regra básica da nova competência material trabalhista deve ser a da apreciação de todos os conflitos oriundos da relação de trabalho, ou seja, em que a demanda se refira necessariamente aos sujeitos da relação de trabalho, o que envolve, obviamente, a discussão sobre as condições em que esse trabalho é prestado, os danos pré e pós contratuais etc.

Já os conflitos decorrentes da relação de trabalho, em que os sujeitos envolvidos na lide não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador deste serviço, para serem da competência da Justiça do Trabalho, impescindem de norma legal estipuladora.

Vale registrar que tal norma infraconstitucional estará autorizada a retirar matéria que é de competência da justiça estadual (sempre residual), passando para a competência da Justiça do Trabalho.

Nessa linha, enquadram-se, por exemplo, as ações regressivas decorrentes do fenômeno trabalhista da sucessão de empregadores/continuidade da empresa, previsto nos arts. 10 e 448 da Consolidação das Leis do Trabalho, ou mesmo as lides trabalhistas envolvendo servidores públicos (estatutários, portanto) estaduais.

Matérias, porém, de competência atual da Justiça Federal exigirão, por sua vez, emendas constitucionais, para passarem a ser da atuação da Justiça do Trabalho. É o caso, a título exemplificativo, dos crimes contra a organização do trabalho; crimes contra a Administração da Justiça (do Trabalho); lides envolvendo servidores públicos federais, entre outros temas decorrentes de relações de trabalho, mas que demandam modificações futuras do art. 109 da Constituição Federal.

Em linha semelhante, vale lembrar o sempre lúcido pensamento de Reginaldo Melhado:

“O dilema do suposto conflito entre os incisos I e IX do art. 114 pode ser resolvido no próprio campo da argumentação dogmática. Note-se que, enquanto o inciso I do art. 114 menciona as ações *oriundas* da relação de trabalho, o inciso IX incorpora controvérsias *decorrentes* dela. Que diferença há entre os vocábulos *oriundo* e *decorrente*? Lexicologicamente, ‘*oriundo*’ tem o sentido de *originário*, *natural*. A raiz latina da palavra guarda alguma relação com ‘*oriente*’ (*oriens*, *orientis*), que designa a nascente do sol (orientes é o leste, a parte do céu onde nasce o Sol). O adjetivo ‘*decorrente*’ significa aquilo *que decorre, que se origina*. Vale dizer: no inciso I está a relação de trabalho ontologicamente considerada; ela própria em seu estado natural. O substrato é o próprio trabalho. Já no inciso IX há menção à controvérsia *decorrente* dela, numa relação mediata e indireta, que dependeria de lei formal para extensão de competência. Inscrevem-se nessas

situações, por exemplo, as ações previdenciárias (aquelas em que se discutem benefícios da Previdência Social) ou as ações incidentais na execução trabalhista, como os embargos de terceiro e os embargos à arrematação”²⁴.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são as nossas primeiras reflexões sobre a nova competência da Justiça do Trabalho.

A título de sistematização doutrinária desse rápido estudo, podemos assim compreender a nova competência trabalhista:

- a) o dispositivo normativo básico para verificar a competência material da Justiça do Trabalho é o art. 114 da Constituição Federal de 1988;
- b) do art. 114, I, extrai-se a regra básica de competência material, que é a atribuição para apreciar “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”;
 - b.1) tal regra básica abrange todos os litígios individuais ou coletivos entre sujeitos de uma relação de trabalho, nessa qualificação jurídica, o que envolve, obviamente, a título exemplificativo, a discussão sobre as condições em que esse trabalho é prestado, danos pré e pós contratuais etc.
- c) no inciso VI do art. 114, reafirma-se a competência do inciso I, explicitando-se que ela envolve, inclusive, “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”;
- d) nos demais incisos do art. 114, verificam-se outras regras de competência material, envolvendo não necessariamente os sujeitos diretos de uma relação de trabalho, a saber:
 - d.1) competência para “ações que envolvam exercício do direito de greve”;
 - d.2) competência para “ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores”;

24. MELHADO, Reginaldo. “Da Dicotomia ao Conceito Aberto: as Novas Competências da Justiça do Trabalho” in COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p. 314.

- d.3) competência para “*mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição*”;
- d.4) competência para “*conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista*”;
- d.5) competência para “*ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho*”;
- d.6) competência para “*execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir*”;
- e) o inciso IX do art. 114, ao explicitar ser da competência da Justiça do Trabalho “*outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei*”, não contradiz a regra geral do inciso I, mas, sim, ao contrário, a reafirma, ao admitir a existência de outras demandas decorrentes da relação de trabalho, em que os sujeitos não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador do serviço;
 - e.1) na nova regra de competência material legal ou decorrente, os demais conflitos decorrentes da relação de trabalho, em que os sujeitos envolvidos na lide não estejam na qualificação jurídica de trabalhador e tomador deste serviço, para serem da competência da Justiça do Trabalho, impescindem de norma legal estipuladora.

Arrematando, reconhecemos que vasto terreno ainda precisa ser desbravado para que se assentem os efetivos limites desta nova atuação.

Essa é apenas a nossa contribuição pessoal para um debate que ainda demorará um bom tempo para se pacificar.

Contudo, entre tantas dúvidas e incertezas, acreditamos que o único consenso a que se chegou, neste momento histórica, é a frase do bardo da modernidade Lulu Santos: “*Nada do que foi será, de novo do jeito que já foi um dia...*”

6. REFERÊNCIAS

CASTELO, Jorge Pinheiro, “*Dano Moral Trabalhista. Competência*” in “*Trabalho & Doutrina*”, nº 10, São Paulo, Editora Saraiva, setembro/1996.

- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. 2, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1965.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, & DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 9ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1993.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes, “Ampliação da competência da Justiça do Trabalho: Mudança que contraria o perfil conservador da Reforma do Judiciário” in COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005, p.92/115.
- COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coordenadores). *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. São Paulo: LTr, 2005
- DALAZEN, João Oreste, “Indenização Civil de Empregado e Empregador por Dano Patrimonial ou Moral” in “Revista de Direito do Trabalho”, nº 77, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, março/1992.
- DALAZEN, João Oreste, *Competência Material Trabalhista*, São Paulo, LTr Editora, 1994.
- FLORINDO, Valdir, *Dano Moral e o Direito do Trabalho*, 2ª ed., LTr Editora, São Paulo, 1996.
- GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III (*Responsabilidade Civil*), 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- LAMARCA, Antonio. O livro da competência. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.
- MALLET, Estêvão. “Apontamentos sobre a Competência da Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional Nº 45” in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, Vol. 71, n. 1 jan./abr./2005, p.198/216.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 16ª ed., São Paulo, Editora Saraiva, 1996.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “Interpretando o art. 114 da Constituição Federal de 1988” in “*Revista Ciência Jurídica do Trabalho*”, ano I, número 04, abril/1998, Nova Alvorada Edições Ltda/Edições Ciência Jurídica, Belo Horizonte/MG, págs. 09/17.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *O Dano Moral na Relação de Emprego*, São Paulo-SP, LTr Editora, 4ª edição, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º volume, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 1978.

Artigos do Corpo Discente

DOUTORADO

Maria Elisa Villas-Bôas
Ricardo Maurício Freire Soares
Sebástian Borges de Albuquerque Mello

MESTRADO

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo.
Daniel Nicory do Prado
Flora Augusta Varela Aranha
José Antônio Garrido
Kaline Ferreira Davi
Laura Vasconcelos Neves da Silva
Manoel Carlos de Almeida Neto
Milena Borges e Britto
Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho
Paula Sarno Braga
Priscila Cavalcante
Tangre Paranhos Leite Oliveira
Vinicius Cardona Franca

IV

A ATUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA NA MATERIALIZAÇÃO DE UM MÍNIMO EXISTENCIAL¹

Maria Elisa Villas-Bôas

A autora é Bacharela em Direito, Mestra e Doutoranda em Direito Público pela UFBA, Professora Universitária e Servidora Pública Federal.

RESUMO: O presente artigo procura analisar a participação da jurisprudência brasileira na definição e na implementação de um núcleo mínimo existencial de direitos fundamentais, que vise a assegurar um patamar básico de dignidade humana, nos termos do quanto disposto na Constituição vigente.

ABSTRACT: This article seeks to analyse the participation of brazilian jurisprudence in the definition and the implementation of an existen-

cial minimum nucleus of basic rights, to assure minimal conditions of dignity human being, according to our Constitution.

PALAVRAS-CHAVES: direitos fundamentais, mínimo existencial, jurisprudência, educação, saúde, moradia.

KEY WORDS: constitutional human rights, minimal rights for dignity, (existencial minimum), jurisprudence, education, health, housing.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da sindicabilidade judicial na matéria – 3. Mínimo existencial e as escolhas trágicas em saúde – 4. Mínimo existencial e direito à educação – 5. A idéia de patrimônio mínimo: 5.1. O direito à moradia – 6. Mínimo existencial e amparo social: assistencialismo paternalista ou defesa última à dignidade? – 7. Conclusão – 8. Fontes.

1. Este artigo, desenvolvido a partir de monografia de conclusão da disciplina Teoria da Constituição, cursada neste Programa, no semestre de 2006.2, sob a orientação dos Professores Dirley da Cunha Júnior, Heron Santana e Manoel Jorge e Silva Neto, dá seguimento ao estudo iniciado pela autora e publicado na Revista Jurídica da Secção Judiciária da Bahia, a.6, n.7, maio/2007, intitulado “*O Direito ao Mínimo Existencial no Contexto dos Direitos Fundamentais*”, ocasião em que se discute a existência de um direito fundamental ao mínimo existencial e as dificuldades na determinação de seu conteúdo e limites, sobretudo em face da idéia fundante – e reconhecidamente difícil de precisar – da dignidade humana. Concluiu-se, à época, pela inafastabilidade da exigência de proteção e de promoção do mínimo necessário à sobrevivência humana, num teor não apenas biológico, mas que indique e assegure um lastro básico de respeito em seu meio. Essas condições não seriam ilididas, sequer, por alegações não comprovadas perante o caso concreto, relativas à reserva do possível, vez que, em tese, sempre há a possibilidade de se utilizarem recursos destinados a objetivos menos essenciais, não se esgotando as reservas estatais perante um pleito individual de franco caráter existencial. A dúvida e a complexidade maiores se cingem, portanto, à definição do teor desse mínimo e a sua efetiva implementação prática. É o objeto do presente texto, voltado para a abordagem jurisprudencial da matéria, como ilustração concreta ao tema.

Vi ontem um bicho/Na imundície do pátio/Catando comida entre os detritos./Quando achava alguma coisa,/Não examinava nem cheirava:/Engolia com voracidade./O bicho não era um cão,/Não era um gato,/Não era um rato./O bicho, meu Deus, era um homem.(M. Bandeira)

1. INTRODUÇÃO

O direito ao mínimo existencial, conquanto reconhecido e louvado como árdua conquista rumo à proteção e à garantia efetivas da dignidade humana, encontra espinhosos obstáculos a sua implementação, seja de ordem prática seja, mesmo, de ordem conceitual.

Isso porque, conquanto de sede constitucional, dedutível a partir dos direitos fundamentais agasalhados na Carta Magna, bem assim dos escopos e princípios então esposados, não se vislumbra, contudo, na Codificação Maior, indicação explícita do teor *mínimo* de direitos a que indelevelmente associada a propalada dignidade da pessoa humana.

É reconhecido que, conquanto fundamentais, nem todos os direitos assim apontados constitucionalmente detêm o caráter de mínimo existencial, como, também, tomados individualmente, podem-se destacar diferentes níveis de implementação de um direito, levando à constatação de que, embora sua concretização máxima e a observância de todos os direitos seja o ideal, isso nem sempre corresponde à realidade. É mister, nesse caso, identificar-se o nível essencial de realização de que não se pode prescindir, sob pena de ameaçar, indiscutivelmente, a existência elementarmente condigna do indivíduo, situando-o em plano de respeito sub-humano em relação aos demais.

De outro lado, um conceito muito vasto de mínimo – como freqüentes vezes se tem observado – além de fugir à noção mesma da expressão, termina por torná-la recurso retórico inútil, vez que socialmente ineficaz. Não se trata de restringir a atuação positiva estatal – e a idéia de mínimo existencial surgiu com o Estado Providência, a despeito de não abranger, entendemos, apenas direitos sociais – exclusivamente a essa garantia basal, mas de reconhecer que, sem a promoção desse mínimo, escapa o Estado, em absoluto, de seus objetivos afirmados.

Ainda que não se tenha chegado a um consenso acerca de tal conteúdo mínimo – algo a que talvez nunca se chegue, de forma estanque, dada a mutabilidade cultural dos direitos e das necessidades – parece sensível que aspectos como vida, saúde, identidade, alimentação regular, vestuário básico, moradia, nível basal de educação, direitos trabalhistas essenciais à não escravização, bem como o acesso à justiça apto a garantir isso... são elementos inafastáveis ao conceito em análise.

Por fim, a proteção jurídica assegurada ao desamparado, mencionada no artigo 203 da Constituição federal de 1988, parece buscar assegurar, como recurso último, os bens da vida em questão àqueles que não tiverem, *per se*, como provê-los.

Analisada a jurisprudência pátria associada à matéria, é possível verificar que não discrepa muito desses elementos a abordagem dada ao tema nos casos concretos. Assim é que o presente estudo se dedica a situar a posição da jurisprudência nacional no tratamento do assunto, como relevante partícipe para a materialização do mínimo existencial, seja mediante a construção gradativa do conteúdo substancial do conceito, seja a partir do papel exercido pelo Judiciário na promoção da efetividade desses direitos. Para isso, avalia-se, de início, a possibilidade de ser a matéria sindicável judicialmente, face ao princípio da separação de poderes.

Passa-se, então, a cuidar de certos conteúdos mais constantes na jurisprudência relativa ao tema, notadamente os direitos à saúde, à educação, a um nível basal de propriedade assecuratório da sobrevivência (ocasião em que se analisa com mais minudência a questão do direito à moradia, que teve amplas menções jurisprudenciais, notadamente à época da Lei 8.009/90, que instituiu o bem de família legal, e a Emenda Constitucional n.º 26/2000, a qual fez inserir o direito à moradia no rol dos direitos sociais do art. 6.º da Constituição Federal de 1988) e ao amparo social (também previsto constitucionalmente e regulamentado pela Lei de Organização da Assistência Social, a despeito da opinião de muitos que consideram as medidas a ele associadas como mero assistencialismo demagógico).

Explica-se que a eleição de tais temas – que não esgotam o conteúdo mínimo existencial – deu-se em virtude da percepção, no curso das pesquisas feitas, de serem esses os temas que mais divergência jurisprudencial suscitaram, e que mais mencionavam a questão do mínimo existencial, entendendo-se pertinente, então, abordá-los individualmente.

2. DA SINDICABILIDADE JUDICIAL NA MATÉRIA

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. (J. Rawls²)

Antes de analisar a posição da jurisprudência nacional em relação ao conteúdo e à efetivação do direito ao mínimo existencial, é mister afirmar a possibilidade de ser tal matéria apreciada e aquilatada juridicamente.

2. RAWLS, Jonh. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.04.

Eis que, ante a alegação da reserva do possível e a menção à falta de previsão orçamentária para determinados fins e despesas, ou, ainda, ao argumento de que se cuidavam de normas programáticas, carentes de regulamentação legislativa a lhes possibilitar o cumprimento, não foram poucos os casos em que se buscou subtrair à apreciação do Judiciário a análise de pedidos lastrados em compromissos sociais constitucionalmente consagrados, ainda quando incidentes sobre evidente núcleo essencial de direitos fundamentais.

Aduzia-se, com isso, que a aferição judicial nessa hipótese ofenderia o princípio da separação de poderes, haja vista estar a invadir competência dos demais poderes, notadamente do Legislativo – democraticamente eleito – no que tange à escolha das políticas públicas.

Agrava tal argumento a menção a suposta ilegitimidade do Judiciário para fazê-lo, vez que sequer fora eleito pela vontade popular.

Nenhuma dessas alegações, contudo, tem procedência.

Constituindo o mínimo existencial direito público subjetivo³, é ele perfeitamente reclamável em juízo, caso descumprido por quem o devia prover, e sindicáveis as causas desse descumprimento. Isso porque foge ao espaço da discricionariedade do administrador o cumprimento de tal direito, a todos devido, por sua dignidade própria, reconhecida ao ser humano.

E, para tal aferição, é, sim, democraticamente legítimo o Judiciário, que age aqui dentro de sua competência constitucionalmente fixada, estando, por vezes até mais próximo do cidadão, para reclamação de seus direitos que o próprio titular de cargo eletivo, e sendo o processo jurisdicional dos mais participativos, haja vista a exigência de contraditório e de ampla defesa, bem assim o amplo acesso popular a ele assegurado⁴, de modo que o próprio acesso à justiça se bidimensiona em parte do conteúdo de um mínimo existencial de direitos, para

3. Nesse sentido, SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 144; KRELL, Andréas. Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 32, reconhecendo-o como “direito subjetivo individual, com lastro em decisão do STF (Agravo de Instrumento n. 238.328-0/RS, Rel. Min. Marco Aurélio de Mello, de 30.03.1999, confirmada no RE 267.612/RS, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJU de 23.08.2000. Idem em TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989, p. 46: “o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração”. Idem em BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 234.
4. Acerca da legitimidade democrática do Judiciário, cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: Podivm, 2006, p. 39-47; e BARCELLOS, Ana Paula, *ob. cit.*, p. 230 e ss.

alguns autores⁵, e, simultaneamente, em garantia para esse mínimo, ao instrumentalizar a consecução da efetivação do restante de seu conteúdo.

Cuida-se, em verdade, da vigilância esperada do Judiciário, em prol do cumprimento constitucional, como assegurador da supremacia constitucional e concretizador último de suas normas. A sindicabilidade das condutas estatais relativas ao implemento do mínimo existencial em nada discrepa, portanto, da separação de poderes, antes favorecendo o regime de *check and balances* que deve caracterizar essa divisão⁶.

Sobre o tema destaca-se, ainda, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45-9, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello,

5. Cf. BARCELLOS, Ana Paula, ob. cit. Acerca da assistência judiciária gratuita, a propiciar a amplitude de acesso (juntamente com a instituição da Defensoria Pública, entre outros mecanismos), a Lei 1.060/50 somente exige a auto-afirmação de pobreza, ou melhor, de que não se tem como arcar com as despesas judiciais sem sacrifício do próprio sustento e de sua família. Nesse sentido tem entendido também a jurisprudência pátria, admitindo, contudo, prova em contrário, como nos julgados a seguir: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO DE PREPARO. DESERÇÃO.1. O pedido de assistência judiciária há de ser deferido sempre que a parte o requerer, seja na petição inicial ou, incidentalmente, no curso do processo, bastando que o interessado dirija petição ao juiz competente e que inexistam demonstrações nos autos de que o autor pode arcar com os ônus processuais.2. O fato de contratar uma banca de advocacia para representar os interesses não implica a desnecessidade do benefício, que pode ser modificado a qualquer tempo, desde que fique demonstrado que o demandante tem condições efetivas de custear o processo sem prejuízo de seu sustento.3. Agravo provido para determinar o regular processamento do recurso de apelação.(AG 2002.01.00.030179-6/MG; AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA (426), QUINTA TURMA, DJ 10 /06 /2003, P.173); AGRAVO DE INSTRUMENTO – PROCESSUAL CIVIL – IMPUGNAÇÃO AO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – DECLARAÇÃO DE MISERABILIDADE – LEI 1.060/50 – COMPROVAÇÃO NOS AUTOS DA EXISTÊNCIA DO REQUISITO ESSENCIAL À CONCESSÃO – AGRAVO PROVIDO – PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE.1. Embora a Lei nº 1.060/50 admita a concessão da assistência judiciária mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que a parte requerente não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, é possível o indeferimento do benefício, quando houver, nos autos, elementos de prova que indiquem ter o requerente condições de suportar os ônus da sucumbência.2. A 1ª Seção desta Corte, todavia, firmou entendimento no sentido de que o benefício de assistência judiciária gratuita deve ser deferido ao requerente que possua rendimentos mensais até o valor correspondente a 10 (dez) salários mínimos, face a presunção de pobreza que milita em seu favor, nesta hipótese.3. Agravo de instrumento a que se dá provimento. (AG 2003.01.00.041868-6/BA; AGRAVO DE INSTRUMENTO, DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ AMILCAR MACHADO (365), PRIMEIRA TURMA, DJ 21/06/2004, P.29).
6. Em sentido contrário, decisão do Tribunal de São Paulo (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua, Ag. Instr. nº 42.530.5/4, j. 11.11.1997), em que dito: “*não se há de permitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevaquecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para sujeitar ao Judiciário exame das programações, planejamentos e atividades próprias do Executivo, substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu(...)*”

datada de 29.04.2004, e que restou assim ementada, não abrindo margem para dúvidas acerca da sindicabilidade das decisões relativas ao mínimo existencial:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Pode-se resumir, então, a discussão às conclusões de João José Sady⁷, de seguinte teor:

- a) as políticas públicas pela correção das desigualdades constituem um dever do Estado;
- b) estas políticas não se materializam da noite para o dia e se revestem de gradualidade, implicando, outrossim, em escolhas políticas, limitadas pela chamada reserva do possível, ou seja, a quantidade de meios existentes;
- c) o Estado tem o dever de prover ao mínimo existencial do cidadão e não pode argüir os limites do possível para sonegar tal prestação;
- d) o Poder Judiciário pode e deve intervir quando tais parâmetros não são atendidos.

O direito ao mínimo existencial é, portanto, dotado de validade *erga omnes*⁸ e judicialmente sindicável, para concretização do constitucional princípio da dignidade da pessoa humana.

7. SADY, João José. *Direitos Humanos: O Judiciário e o conflito entre Direitos Humanos e reserva do possível*. Disponível em <http://www.camara.rj.gov.br/vereador/comissoes/cdca/estudos/conflito.htm> Acesso em 27.out.2006.

8. Nesse sentido, entre outros, NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *A decisão judicial e os direitos fundamentais constitucionais da democracia*. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/mauronicolaujunior/decisaojudicial.htm> Acesso em 25.out.2006.

3. MÍNIMO EXISTENCIAL E AS ESCOLHAS TRÁGICAS EM SAÚDE

Possivelmente a mais freqüente aplicação jurisprudencial da noção de mínimo existencial se dirige a questões referentes ao direito à saúde e as chamadas escolhas trágicas referentes à alocação de recursos escassos, que, por vezes, terminam a ensejar verdadeira ameaça para a vida de alguém. Daí se reconhecer habitualmente à saúde e ao acesso aos meios necessários a sua obtenção e manutenção – incluído aqui o direito ao saneamento básico⁹ – o *status* de parte do conteúdo mínimo existencial.

Nesse sentido tem-se posicionado a jurisprudência pátria majoritária, sobretudo quando a decisão envolve risco imediato de morte ou agravamento do quadro do requerente.

Exemplo disso pode ser havido entre as várias decisões relativas ao fornecimento de medicações para acometidos pelo vírus HIV¹⁰, como no caso infra, já clássico:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF ARTS. 5º, CAPUT, E 196). O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de entender, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. (AGRRE n.º 271286-RS, Rel. Min. Celso de Mello, STF, DJ 24/11/00, p. 101) ¹¹

9. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *ob. cit.*, p. 179.

10. A respeito do fornecimento de medicações antiretrovirais para portadores de HIV, é de se assinalar o pioneirismo mundial do Brasil nesse setor, quando a Lei 9.313, de 1996, determinou o fornecimento gratuito das medicações aos acometidos, pelo Sistema Único de Saúde. Todavia, também aí já se teve discussão, pois o fornecimento determinado é de medicações-padrão, havendo de se questionar da possibilidade de reclamar o custeio de tratamentos potencialmente mais exitosos, ainda que em fase experimental. Faria isso parte do “mínimo”? É possível, de outro lado, cindir o direito à saúde?

11. No mesmo sentido: AGRAG n.º 238328-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, STF, DJ 18/02/00, p. 59, entre outros.

Não há, entretanto, ainda, uniformidade de entendimentos acerca de quais os critérios a nortear as decisões relativas a um mínimo existencial em saúde, é dizer, os limites do mínimo devido, haja vista que um mínimo de cuidados básicos a todos devidos pode não ser suficiente para o indivíduo, o qual pode demandar recursos de grande monta para cuidar de seu mal.

A esse respeito, Gustavo Amaral¹² destaca a disparidade de decisões versando sobre tratamento para a mesma patologia (distrofia muscular progressiva de Duchenne), em que uma delas – o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, relatado pelo Desembargador Sérgio Paladino – determinou *in limine* que o Estado de Santa Catarina arcasse com tratamento nos Estados Unidos ao custo de US\$ 163.000,00 (cento e sessenta e três mil dólares), embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento para a doença, de origem genética. Nessa ocasião asseverou-se que: “*ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário*”. O Supremo Tribunal Federal, em decisão do Ministro Celso de Mello, negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina.

Já o Estado de São Paulo, julgando caso semelhante, entendeu que:

O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, arts. 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc, mas que quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado, de forma gratuita, o custeio da terapia, mas dentro do sistema previdenciário¹³.

No intuito de evitar extremos, outras decisões procuram sopesar os valores em conflito, inclusive a reserva do possível¹⁴:

12. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001, p. 26.

13. TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Des. Rui Cascaldi, Agr. Instr. 48. 608-5/4, julgado em 11.02.1998, unânime.

14. Em sentido semelhante, o Agravo de Instrumento n.º 200435007176286, julgado pela 1ª Turma Recursal de Goiás, 14.09.2004, relatado pelo Juiz Euler de Almeida Silva Júnior: “*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO LIMINAR QUE COMINA OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO SUS. 1. A r. decisão recorrida analisou adequadamente a situação, cominou prestação compatível com a realidade econômica do país, com a observância do princípio da “reserva do possível” e da legislação de regência (art. 273 do CPC e art. 6º, I, “d” da Lei 8.080/90). 2. Do ponto*

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL
– DIREITO À SAÚDE – PORTADORES DA DOENÇA DE GAUCHER – MEDICAMENTO IMPORTADO – TRATAMENTO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO – INTERRUPTÃO – PRINCÍPIOS

DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CONFLITO – PONDERAÇÃO DE INTERESSES E RAZOABILIDADE – PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

I – O HEMORIO é o hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro para os portadores do Mal de Gaucher, fornecendo, aos pacientes cadastrados, o tratamento da doença, cujo único medicamento eficaz – CERZYME – de custo elevado, é produzido exclusivamente por um fabricante dos EUA e importado pela Secretaria de Estado de Saúde;

II – Não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. Inexistência de afronta à independência de poderes;

III – Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante a previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do tratamento de saúde aos portadores do Mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que a Administração Pública mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 02 meses de tratamento aos que dele necessitem;

IV – Recurso e remessa oficial desprovidos.

(TRF2, AC 302546 – RJ, QUARTA TURMA, Rel. JUIZ VALMIR PEÇANHA. DJU: 04/11/2003, p. 86)

de vista axiológico, o bem jurídico que se pretende resguardar com a decisão agravada é superior ao indicado pela parte agravante em seu recurso, assim como, sob o aspecto da reparabilidade, corre maior risco de perecimento o bem jurídico tutelado pela decisão agravada. 3. Recurso improvido". Idem, quanto à ponderação, embora priorizando a reserva, em: "ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DOENÇA CLASSIFICADA COMO RETINOSE PIGMENTAR. PRETENSÃO DE TRATAMENTO EM CUBA. CUSTEIO DAS DESPESAS PELA UNIÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. IMPROPRIEDADE DO MANDADO DE SEGURANÇA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM Apreciação DO MÉRITO. 1. A apreciação do pedido inicial envolve exame de fatos controvertidos: a) natureza e grau da doença; b) existência ou não de tratamento adequado no Brasil; c) eficácia do tratamento desenvolvido no exterior; d) desdobramentos posteriores do tratamento; e) montante de despesas; f) disponibilidades orçamentárias e reserva do possível. 2. Impropriedade do mandado de segurança. 3. Apelação improvida." (TRF – PRIMEIRA REGIÃO – AMS – APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – 200234000192143 – Processo: 200234000192143 / DF – QUINTA TURMA – REL. DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA – DJ DATA: 10/3/2005 PAGINA: 44).

Em decisões recentes, a Turma Recursal da Bahia tem tendido também à solução lastrada na ponderação, reconhecendo a fundamentalidade do direito à saúde, como mínimo existencial, porém avaliando outros aspectos relacionados ao pleito, tais como a comprovação da necessidade do mesmo. Afastou-se, ainda, a alegação sempre presente da reserva do possível, focando a análise na essencialidade ou não do pedido, com fulcro, sobretudo, nos laudos e justificativas médicos juntados. Assim, no sentido da concessão do pleito, destaca-se:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE IMUNOGLOBULINA A PACIENTE PORTADOR DE PARAPRESIA ESPÁSTICA TROPICAL POR HTLV I. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES PÚBLICOS FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL NA PROMOÇÃO DO DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA MANTIDA. MULTA DIÁRIA ARBITRADA EM VALOR EXCESSIVO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Inexiste ilegitimidade passiva da União para o fornecimento de medicamento, pois a Constituição Federal e a Lei nº 8.080, de 19.09.90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, estabelece a responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde.

2. Na avaliação dos interesses em conflito – quais sejam, o direito fundamental à saúde e a alegada lesão às finanças públicas, face aos gastos imprevistos – é perceptível de que a decisão recorrida não chega a afetar, de modo irrazoável, a distribuição de recursos públicos, mas promove, ao contrário, um mínimo existencial para a parte recorrida, necessário à preservação da sua saúde e dignidade como pessoa humana, princípio orientador do Estado e informador dos direitos fundamentais constitucionalmente salvaguardados.

3. Comprovada nos autos a existência da doença da parte recorrida e a necessidade da substância imunoglobulina, bem assim havendo o fundado receio de agravamento do dano a sua saúde, sem o fornecimento desse medicamento, deve ser mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela.

4. A multa diária arbitrada, entretanto, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) por dia, mostra-se de fato excessiva, face às circunstâncias do caso concreto, em que pequeno atraso no fornecimento, conquanto indesejável e indevido, não chega a comprometer a vida do paciente, de sorte que ganha vulto o risco de o valor fixado ensejar hipótese de enriquecimento ilícito, ao superar a função de *astreintes*, assecuratória do comando judicial, para configurar relevante pena em si mesma, anterior ao desfecho da lide. Valor que se reduz para R\$ 100,00 (cem reais) por dia.

5. Recurso parcialmente provido, no que tange ao valor da multa diária.

6. Sem honorários advocatícios, uma vez que a parte recorrida não foi assistida por advogado.

(JEF – 1.ª TURMA RECURSAL / BA. RECURSO INOMINADO Nº 2006.33.00.719480-8/BA. Rel. Juiz Pedro Braga Filho. Data da Decisão: 13/11/2006)¹⁵ (grifamos)

No sentido da denegação, por seu turno, ante a falta de evidência do caráter essencial da medida, a justificar sua concessão em caráter excepcional, arrola-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO CONTRA DECISÃO QUE DENEGOU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA REALIZAÇÃO DE EXAME (ELETRO-NEUROMIOGRAFIA). NECESSIDADE DO MESMO NÃO COMPROVADA NOS AUTOS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA MEDIDA (PERICULUM IN MORA). LIMINAR QUE TERIA EFEITO SATISFATIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Para a concessão de antecipação de tutela, é mister verificar a presença dos requisitos ensejadores da medida, quais sejam o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

2. No caso em tela, encontra-se vulnerado o requisito do *periculum in mora*, na medida em que o autor não logrou evidenciar nos autos a necessidade imprescindível de realização do exame ou a repercussão irreversível da não-realização do mesmo em seu estado de saúde, a justificar a necessidade da medida liminar pleiteada. Não há sequer a requisição médica em que se demonstre a indicação no referido exame.

3. Ausentes os requisitos para a antecipação de tutela, não se justifica a reforma da decisão vergastada, sobretudo em se tratando de liminar que esgotaria o pleito principal.

4. Recurso desprovido.

(JEF – 1.ª TURMA RECURSAL / BA. RECURSO INOMINADO Nº 2005.33.00.766190-4/BA. Rel. Juíza Rosana Noya Weibel Kaufmann. Data da Decisão: 23/02/2006).

De toda sorte, não há negar, do quanto visto, a tendência amplamente majoritária, observada na jurisprudência pátria, a reconhecer o direito à saúde como conteúdo necessário do mínimo existencial, procurando assiduamente promover sua concretização.

15. Em similar sentido: JEF – 1.ª TURMA RECURSAL / BA. RECURSO INOMINADO Nº 2005.33.00.766273-1/BA. Rel. Juiz Antônio Oswaldo Scarpa. Data da Decisão: 13/09/2006, em relação a paciente diabético. Trechos: “Com efeito, malgrado o aspecto de organização administrativa e financeira não possa deixar de ser levado em consideração, vez que dele depende o atendimento à saúde de toda a população, tampouco é possível colocá-lo, inexorável, em primeiro plano, olvidando-se que o fim primacial do Estado é a proteção de seus cidadãos, sobretudo quando o pedido de nenhum modo se revela exacerbado”; “Comprovada, assim, a existência da doença da recorrida e a imprescindibilidade do material e medicamentos requeridos, bem assim havendo o fundado receio de dano irreparável a sua saúde, sem o fornecimento desses recursos, deve ser mantida a decisão que antecipou os efeitos da tutela”.

4. MÍNIMO EXISTENCIAL E DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito à educação, previsto no art. 6.º, bem assim nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal abrange, em seu artigo 208, além do ensino fundamental, inclusive para os que não tiveram acesso a ele na idade própria, atenções outras, de forte caráter social, como o atendimento especializado a portadores de deficiência, previsão de creches e pré-escola às crianças de zero a seis anos (remetendo aqui, de logo, aos cuidados também fundamentais devidos à infância), acesso a níveis mais elevados de ensino, pesquisa e criação artística, segundo a capacidade de cada um (embora não se vislumbre habitualmente, na prática, esse adequado estímulo aos talentos naturais), oferta de ensino noturno, conforme as condições do educando, bem como o atendimento suplementar ao educando do ensino fundamental no que tange às condições adjacentes necessárias à educação, como material, transporte, alimentação e assistência à saúde¹⁶. A Constituição também prevê a aplicação de mínimos obrigatórios de investimento na área, nos termos do art. 212, pelos entes federativos.

Veja-se que tal direito restou até mais explícito, em sua fundamentalidade, no texto constitucional, do que a normatização relativa ao direito à saúde, considerando-se a previsão consignada (art. 208, § 1.º) de que “*o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo*”.

Com base nessa disposição, tem a jurisprudência se posicionado até mais pacificamente que no caso do direito anteriormente mencionado, no sentido de que deve o Estado promover o acesso à educação, notadamente à educação fundamental, seja mediante oferta direta, seja mediante custeio da manutenção do aluno em curso particular, quando não houver a disponibilidade do ensino público¹⁷.

Veja-se que o mínimo existencial em questão versaria, mais precisamente sobre a previsão do art. 208, I, relativo ao ensino fundamental, o que não torna inviável, contudo, a exigência dos demais aspectos do direito à educação, constitucionalmente previstos. A jurisprudência pátria, todavia, tem sido até mais empreendedora, direcionando-se no sentido da efetivação do direito à educação em seus diversos aspectos, como se depreende dos variados julgados relativos à obrigatoriedade da disponibilização de creche a menores de seis anos, conforme art. 208, IV¹⁸; além

16. KRELL, Andreas (*Direitos sociais e controle...*, p. 33) acrescenta: o pagamento condigno dos professores, qualificação, condições físicas adequadas dos prédios destinados a esse fim, com devida higiene etc...

17. Sobre os parâmetros para tal situação, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *ob. cit.*, p. 260-267, como também BARROSO, Luiz Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 4.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 149.

18. STF, RE-AgR 410715 / SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22/11/2005, DJ 03.02.2006, EMENT VOL-

de decisões outras relativas ao direito ao transporte escolar¹⁹; flexibilização das exigências em políticas de auxílio a estudantes carentes, mesmo em nível do ensino superior, a exemplo dos programas de financiamento estudantil²⁰; etc., delineando quadro mais favorável ao cumprimento desse direito, embora na prática se saiba das profundas carências educacionais da população brasileira.

5. A IDÉIA DE PATRIMÔNIO MÍNIMO

A noção de patrimônio mínimo remete à idéia de que existe um acervo mínimo de bens, uma “*esfera patrimonial básica*”, decorrente da própria existência humana digna – vez que para ela necessária – razão por que a ninguém é dado

- 02219-08 PP-01529, RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300; STF, RE 436996 / SP. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 26.10.2005, DJU 07/11/2005 PP-00037 RDDP n. 34, 2006, p. 188-193; STF, RE 472707 / SP – Rel. Min. Celso de Mello, j. em 14/03/2006, DJ 04/04/2006 PP-00110; RE 467255 / SP – Rel. Min. Celso de Mello, j. em 22.02.2006, DJ 14/03/2006 PP-00053 (Da lavra do mesmo Relator e com similar teor, encontram-se ainda várias outras decisões prolatadas em sede de recursos extraordinários, com menção ao julgamento da ADPF n. 45, supra mencionada, em que se arrola como parte do mínimo existencial a implementação à educação de um modo geral, afastando-se expressamente a reserva do possível na hipótese – Cf. textos anexos, dada sua grande extensão); STJ, Resp n. 575280/SP, 1.ª Turma. Rel. para acórdão: Min. Luiz Fux, DJ 25.10.2004, p. 228; TJRJ, 2.ª Câmara Cível, apelação Cível n. 2004.001.14448, Rel. Des. Sérgio Cavaliari Filho, j. em 04.08.2004; REsp 736.524/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.03.2006, DJ 03.04.2006 p. 256; STJ, EREsp 485.969/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23.08.2006, DJ 11.09.2006 p. 220.
19. TJRS, 3.ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70006966782, Rel. Des. Matilde Chabar Maia, j. em 10.02.2004; TJMG, 6.ª Câmara Cível, Apelação Cível n.1.0261.02.009268-8/001, Rel. Des. José Domingues Ferreira Esteves, j. em 25.05.2004.
20. Destacam-se, aqui, diversos julgados recentes da Turma Recursal da Bahia, tais como: “*PROCESSUAL CIVIL. RECURSO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU PLEITO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES). ADITAMENTO NECESSÁRIO À MATRÍCULA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. RECURSO PROVIDO. 1. É legítima a concessão de antecipação dos efeitos da tutela para determinar o aditamento do contrato de financiamento estudantil (FIES), a fim de que pudesse a parte recorrente matricular-se e freqüentar as aulas na faculdade, conquanto sem a presença de fiador, se, não tendo o mesmo sido exigido quando da contratação e/ou de anterior aditamento, com base em liminares concedidas em ações civis públicas, tendo-se conferido apenas quinze dias para sua apresentação, apesar de se tratar de função nem sempre fácil de se atribuir a alguém. 2. Caracterizado o risco de dano irreparável para o recorrente, pois o não aditamento do contrato de financiamento estudantil, sem a exigência do fiador, impediria a continuidade dos seus estudos. 3. Verificados os requisitos exigidos pelo art. 273, do CPC, deve a antecipação dos efeitos da tutela ser concedida. 4. Recurso provido. 5. Sem honorários advocatícios, por se tratar de recorrente vencedor” (JEF – 1.ª TURMA RECURSAL / BA. RECURSO INOMINADO Nº 2006.33.00.711130-1/BA. Rel. Juiz Pedro Braga Filho. Data da Decisão: 18/10/2006), em cujo teor se assinala: “*nos termos dos art. 205 e 208, V, da Constituição Federal, cabe ao Estado a plena realização do seu dever de garantir educação ao povo brasileiro, provendo o acesso até aos níveis mais elevados de ensino, não podendo o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (FIES), criado pela UNIÃO com recursos públicos, exigir garantias desnecessárias e inadequadas à sua destinação legal*”. Ainda sobre o tema do direito à educação na Constituição de 1988, cf. BOAVENTURA, Edivaldo. A Educação na Constituição Federal. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 8, jan/dez 2000, 432 páginas – Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2000, p.78-97.*

dele se assenhorar legitimamente²¹, bem como se há de assegurá-lo a todos, a fim de garantir a subsistência com dignidade.

Percebe-se, portanto, relevante aproximação com a idéia de mínimo existencial, querendo-nos parecer que a idéia de patrimônio mínimo está contida na de mínimo existencial, representando a face patrimonial deste.

A idéia de um patrimônio mínimo concatenado com a dignidade humana também está inelutavelmente ajustada ao princípio da função social da propriedade²², vez que a propriedade voltada para tal fim atende indubitavelmente a sua função social. Assim se tem entendido, *verbi gratia*, em relação à impenhorabilidade da pequena propriedade rural, constitucionalmente prevista no art. 5.º, XXVI, entendendo-se que tal gleba se destina à subsistência do proprietário e sua família²³.

O patrimônio mínimo atinge também os instrumentos laborais, conforme previsão legal (art. 942, Código de Processo Civil) e entendimento jurisprudencial²⁴, condizentes com a política de valorização do trabalho consagrada na Constituição de 1988, e com o “*processo de dignificação*”²⁵ que ele representa, além de meio de sustento do indivíduo e sua família, ostentando, portanto, inegável caráter alimentar²⁶.

-
21. FACHIN, Luiz E. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2.ed., 2006, p. 284.
22. Cf. DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho: Público y Privado*. Buenos Aires: Heliasta, [s.d]; SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. Direito Subjetivo e a Função Social da Propriedade. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 4, p. 177, e BARROSO FILHO, JOSÉ. Propriedade: a quem serves? In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, p. 287.
23. Nesse sentido, destaca Fachin (*ob. cit.*, p. 228) decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, AGI 1961 18376, 4.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Cezar Tasso Gomes, j. u. em 26.09.1996.
24. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIO-GERENTE. INSTRUMENTOS DE TRABALHOS. IMPENHORABILIDADE. – O SOCIO-GERENTE RESPONDE PELOS DEBITOS TRIBUTARIOS DA SOCIEDADE POR QUOTAS, EM CASO DE GESTÃO IRREGULAR, CONSIDERADA COMO TAL A FALTA DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS. – CONSTITUIDA NOVA EMPRESA, DE NATUREZA FAMILIAR, INTEGRADA POR MARIDO E ESPOSA, E DESCABIDA A PENHORA DOS MESMOS PARA A SATISFAÇÃO DE DEBITO DO MARIDO, NA CONDIÇÃO DE DEVEDOR POR SUBSTITUIÇÃO, EM LUGAR DA ANTERIOR EMPRESA DE QUE ERA GERENTE. – SÃO IMPENHORAVEIS OS BENS INSTRUMENTOS DE TRABALHO DE PEQUENA EMPRESA, DEVIDO AS PECULIARIDADES DO CASO, EM QUE A ALIENAÇÃO DOS MESMOS PODE LEVA-LA A ENCERRAR SUAS ATIVIDADES, AFIGURANDO-SE INCONVENIENTE O PROSSEGUIMENTO DE SUA EXECUÇÃO, PARA A COBRANÇA DE DEBITO TRIBUTARIO. – O INTERESSE COLETIVO QUE JUSTIFICA A EXIGENCIA DE TRIBUTOS CEDE ESPAÇO EM FACE DO INTERESSE INDIVIDUAL DE EXERCER ATIVIDADE PROFISSIONAL LICITA. – APELAÇÃO PROVIDA. (AC 91.01.02221-0/BA, Rel. Juiz Vicente Leal, Terceira Turma, DJ de 17/08/1992, p.24274). No sentido de que a interpretação há de ser restrita aos instrumentos indispensáveis, entre outros: Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap s/ Rev. 497.306, 1.ª Câmara, Rel. Juiz Renato Sartorelli, j. em 13.10.1997.
25. Na expressão de ROCHA, Carmen Lúcia A. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, jan./jun.2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 439-461, p. 443.
26. GOUVÊA, Marcos Maselli. (*O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm> Acessado em 25.out.2006) fala no mínimo existencial exatamente

5.1 O direito à moradia

A maior aplicação, todavia, da tese do patrimônio mínimo, em sua relação com um núcleo essencial de dignidade, tem sido em relação ao direito à moradia.

A expressão *moradia* foi inserida no artigo 6º (Capítulo II: Dos Direitos Sociais) da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 26/2000. Não é o mesmo que falar em um direito à casa própria, mas, sim, a um local que sirva de residência, salvaguardada a dignidade da pessoa humana²⁷.

Note-se, também, que, antes da Emenda n.º 26, o direito à moradia já era contemplado na Constituição, em sede do artigo 23, IX, segundo o qual compete, em caráter comum, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios “*promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento*”. A Emenda converteu o que era um poder-dever estatal em um direito subjetivo do cidadão. Perceba-se, ademais, o detalhe de que o saneamento básico, incluído pela maioria como parte do direito à saúde, é associado, pelo legislador constitucional, com as condições dignas de moradia.

A Constituição refere-se também, indiretamente, ao direito de moradia, quando declara que a casa é asilo inviolável (artigo 5º, XI), sede dos direitos à intimidade e à privacidade (artigo 5º, X), bem como ao salvaguardar a dignidade humana (artigo 1º, III), de que a moradia é uma condição indissociável.

Também o artigo 7º, IV, da Carta Magna, determina que o salário mínimo²⁸ deva ser capaz de atender as necessidades vitais do trabalhador e de sua família, com “*moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social*”, donde é possível depreender, mais uma vez, a implicação econômica da matéria.

Observa, ademais, José Afonso da Silva²⁹, que, assim como ocorre em relação ao mínimo existencial em geral, o direito de moradia guarda dois aspectos: um

como um rol de direitos de caráter alimentar.

27. ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO, *Bem de Família*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.109-110. Ver também JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 317.

28. Acerca do salário mínimo, notável parcela da corporificação mesma da idéia de mínimo existencial, tamanha é a discussão – inclusive no âmbito do controle de constitucionalidade – que requereria estudo próprio a abordá-la. Faz-se mister, todavia, em se tratando de trabalho de cotejo jurisprudencial, a remissão à Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.458-7, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, como relevante ilustração do tema. Também, sobre o tema, cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTR, 1999, p. 65, além da obra de CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de Constitucionalidade...*, p. 204-207.

29. SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 318.

positivo e um negativo. Este último consiste na idéia de que o cidadão não deve ser privado de sua moradia, nem impedido de conseguir uma. Para isso converge a instituição do bem de família, já previsto no Código Civil de 1916, e tornado *ex vi lege* pela Lei n. 8.009/90, ilustrando o respeito ao mínimo existencial, sob a forma do patrimônio mínimo. O aspecto positivo diz respeito ao direito a se obter uma moradia digna e adequada, no que deve trabalhar o Estado, como parte da promoção ao mínimo existencial, no combate à marginalização e à pobreza, em busca da igualdade, objetivos expressos em todo o corpo constitucional, além da indispensável promoção à dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência tem sido farta em decisões acerca do tema do direito à moradia, notadamente da impenhorabilidade do bem de família³⁰, aspecto em que comumente se remete à noção de mínimo existencial, a amparar a intangibilidade de imóvel que serve de único abrigo a um núcleo familiar. Nesse sentido, arrolam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. JULGAMENTO. IMPEDIMENTO DA CÂMARA JULGADORA. INEXISTÊNCIA. ILEGITIMIDADE ATIVA E INÉRCIA DO CREDOR. PRÉ-QUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS NS. 282 2 356-STF. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA SOBRE IMÓVEL RESIDENCIAL DO DEVEDOR E SUA FAMÍLIA. LEI 8.009/90. INCIDÊNCIA

30. Para estudo detalhado sobre a disciplina do bem de família, cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *ob. cit.* Acompanhando entendimento desse autor, Reinaldo de Souza Couto Filho (Considerações sobre a Impenhorabilidade do Bem de Família Legal em Relação às Dívidas Condominiais. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, p. 355), explica, sobre a origem do bem de família, ser o mesmo oriundo do direito americano, que estabeleceu o chamado *homestead* (em tradução literal, "local do lar"), significando um "pedaço de terra dado a um cidadão para que fosse a sua residência e que o solo fosse cultivado ou utilizado, de alguma forma, como meio básico da sua sobrevivência", congruente, portanto, com a idéia de mínimo existencial em análise. A Lei 8.009/90, todavia, excepcionou o fiador, como tendo seu imóvel passível de penhora, no que entendemos haver franca divergência com a noção de mínimo existencial e com o próprio e nobre escopo do reconhecimento ao bem de família, dentro desse contexto. Tanto é assim que se vem reconhecendo a instituição do bem de família inclusive para pessoas solteiras, face à percepção de sua conexão com a dignidade em seu núcleo mais essencial, que inclui o direito à moradia. Nesse diapasão, cf. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS GUARNECEDORES DA RESIDÊNCIA. IMPENHORABILIDADE LOCATÁRIA/EXECUTADA QUE MORA SOZINHA. ENTIDADE FAMILIAR. CARACTERIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LEI 8.009/90, ART. 1º E CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 226, § 4º. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1- O conceito de entidade familiar, deduzido dos arts. 1º da Lei 8.009/90 e 226, § 4º da CF/88, agasalha, segundo a aplicação da interpretação teleológica, a pessoa que, como na hipótese, é separada e vive sozinha, devendo o manto da impenhorabilidade, destarte, proteger os bens móveis guarnecedores de sua residência. 2- Recurso especial conhecido e provido." (STJ, 5ª turma, Resp. 205170, Rel. Gilson Dipp, decisão: 07/12/1999, DJ 07/02/2000, p. 173). Não é, infelizmente, entendimento pacífico. Também no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo, cf. MEIRELLES, Ana Cristina Pacheco Costa Nascimento. (Im)penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, n.º 10, jan/dez 2002 – Salvador: Curso de Pós Graduação em Direito da UFBA, 2002, p. 51-75. A autora questiona, à p. 60, se a dignidade do devedor fiador seria, acaso, distinta ou menor que a do fiador hipotecário.

SOBRE CONSTRIÇÃO EFETIVADA ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. [...] III – O Superior Tribunal de Justiça consolidou jurisprudência no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei 8.009/90 se estende à penhora efetivada anteriormente à sua vigência. IV – Configurada a constrição judicial sobre o imóvel onde habitam o devedor e seus familiares, deve ser ela afastada. V – Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido. (STJ. 4ª Turma, Resp 132131, Rel. Aldir Passarinho Júnior, decisão: 08/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 152)

PROCESSUAL CIVIL – CIVIL – CONSTITUCIONAL – AÇÃO DE EXECUÇÃO – PENHORA – FIADOR – DESCONSTITUIÇÃO DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL DOS BENS – IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI N.º 8.009/90, ACRESCIDO PELO ART. 82 DA LEI N.º 8.245/91 – NORMA NÃO RECEPCIONADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 26/2000 – ELEVAÇÃO DA MORADIA COMO DIREITO SOCIAL – AGRAVO IMPROVIDO – MAIORIA. A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL, EMANADA PELA EMENDA N.º 26/2000, MERECE A REFLEXÃO DADA PELO IL. MAGISTRADO A QUO, AO CONSIDERAR COMO NÃO RECEPCIONADOS OS PRECEITOS INFRACONSTITUCIONAIS QUE CUIDAM SOBRE A EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL RESIDENCIAL DO FIADOR E DOS BENS QUE GUARNECEM A CASA. COM EFEITO, AO ALÇAR A MORADIA A DIREITO SOCIAL DO CIDADÃO, CONSIDEROU O LEGISLADOR CONSTITUINTE AS ATUAIS CONDIÇÕES DE MORADIA DE MILHÕES DE BRASILEIROS, QUE VIVEM EM SITUAÇÃO DEPRIMENTE E QUE CONFIGURAM VERDADEIRA “CHAGA SOCIAL” PARA GRANDE PARTE DAS METRÓPOLES DO PAÍS. Decisão. NEGAR PROVIMENTO. MAIORIA. AI 20000020030532 AGI DF- Relator LECIR MANOEL DA LUZ- 4ª Turma Cível- 13/11/2000³¹.

31. Apesar da contundência do último julgado, com que concordamos, assinala-se, em sentido contrário, *exempli gratia*: EXECUÇÃO – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – SUB-ROGAÇÃO NO DIREITO DO CREDOR – IMPENHORABILIDADE DO BEM DO DEVEDOR AFASTADA – CABIMENTO – EXEGESE DO ARTIGO 3º, VII, DA LEI 8009/90 E ARTIGO 988, DO CÓDIGO CIVIL O fiador que paga a dívida locatícia do afiançado se sub-roga nos direitos do credor principal, mercê do que, na ação regressiva contra o afiançado, este não poderá invocar a impenhorabilidade do bem de família prevista na Lei 8009/90, uma vez que se trata de obrigação decorrente da fiança. Interpretação que ensejasse ao afiançado livrar-se do pagamento regressivo ao seu fiador, sob o escudo da impenhorabilidade do bem de família, afrontaria o conceito de justiça e vulneraria o princípio da razoabilidade". AI 701.575-00/1 – 5ª Câm. – Rel. Juiz PEREIRA CALÇAS – J. 27.6.2001; e, em mais um anacrônico entendimento sobre a ineficácia das normas programáticas: EXECUÇÃO – PENHORA – BEM DE FAMÍLIA – FIADOR – DIREITO DE MORADIA (ARTIGO 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EMENDA N.º 26 DE 14/02/2000) – REGULAMENTAÇÃO – AUSÊNCIA – CABIMENTO O direito de moradia introduzido no artigo 6º da Constituição Federal pela Emenda n.º 26 de 14 de fevereiro de 2000, porque não regulamentado na Constituição, como nela previsto ("na forma desta Constituição"), tem caráter exclusivamente programático, valendo como um norte para o poder público e o legislador infraconstitucional, mas não tendo eficácia plena enquanto não regulamentado, prevalecendo destarte as exceções previstas no artigo 3º da Lei n.º 8009/90, norma que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família". EI 587.652-02/0 – 4ª Câm. – Rel. Juiz AMARAL VIEIRA.

Também se observa, por vezes, a extensão do “mínimo” protegido a outros bens que guarnecem a residência, ensejando discussão: de um lado, o risco de ampliação excessiva da idéia auto-restritiva de “mínimo”; de outro, a elasticidade do conceito de dignidade, como freqüentemente comentado. A saída se dá, ao que parece, pela ponderação, vez que casos há em que, ainda que não se esteja a falar do mínimo existencial estrito (circunstância que não deixa de compreender, a nosso sentir, utensílios básicos de manutenção da casa, desde que não excessivamente luxuosos nem indicativos de má-fé³²), mostra-se razoável a proteção dos bens em questão, ante princípios outros constitucionalmente agasalhados, como a proporcionalidade. Nesse sentido destaca-se o *decisum* seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. LEI 8.009/90. BEM DE FAMÍLIA. HERMENÊUTICA. FREEZER, MÁQUINA DE LAVAR E SECAR ROUPAS E MICROONDAS. IMPENHORABILIDADE. TECLADO MUSICAL. ESCOPOS POLÍTICO E SOCIAL DO PROCESSO. HERMENÊUTICA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I – Não obstante noticiem os autos não ser ele utilizado como atividade profissional, mas apenas como instrumento de aprendizagem de uma das filhas do executado, parece-me mais razoável que, em uma sociedade marcadamente violenta como a atual, seja valorizada a conduta dos que se dedicam aos instrumentos musicais, sobretudo quando sem o objetivo do lucro, por tudo que a música representa, notadamente em um lar e na formação dos filhos, a dispensar maiores considerações. Ademais, não seria um mero teclado musical que iria contribuir para o equilíbrio das finanças de um banco. O processo, como cedoço, não tem escopo apenas jurídico, mas também político (no seu sentido mais alto) e social.

II – A Lei 8.009/90, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão-somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno.

32. Processual Civil. Embargos de Divergência. (art. 496, VIII, CPC -; art. 266, RISTJ). Bem de Família. Impenhorabilidade. Lei 8.009/90. 1. A impenhorabilidade proclamada pela Lei 8.009/90 objetiva proteger bens patrimoniais familiares essenciais à habitabilidade condigna. Essa inspiradora proteção social, com origem no *homestead* (E.U.A.), objetiva manter as guarnições da casa, protegendo o devedor das agruras de viver sem o mínimo de condições de comodidade. 2. Excluídos os veículos de transporte, objetos de arte e suntuosos, o "favor compreende o que usualmente se mantém em uma residência e não apenas o indispensável para fazê-la habitável. Devem, pois, em regra, ser reputados insusceptíveis de penhora aparelhos de televisão e de som". (REsp. 136.678/SP - Rel. Min. Eduardo Ribeiro). 3. Jurisprudência uniformizadora da Corte Especial (102.000/SP – Rel. Min. Humberto Gomes de Barros). 4. Embargos rejeitados. (REsp 110.436/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 06.12.1999, DJ 08.03.2000 p. 41). Em sentido semelhante, cf. RSTJ 96/439, 6ª turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, em 22.04.1997, em que dito: "a finalidade da lei é garantir o uso de bens considerados de uso generalizado na sociedade, especialmente, na classe social do executado".

III -Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5º, LICC, incumbe dar exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina.

(REsp 218.882/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 02.09.1999, DJ 25.10.1999 p. 92)

Alguns julgados fazem menção, ainda, a circunstâncias associadas à moradia, tais como o fornecimento de água e a energia elétrica, porém ainda sem consenso. Nesse talante, é interessante destacar o julgado infra, sobretudo em razão da ressalva pessoal feita pelo Relator, remetendo à questão do mínimo existencial.

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).

2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95.

3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais – água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção.

4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal.

5. Deveras, *in casu*, não se trata de uma empresa que reclama uma forma de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável, de sorte que a ótica tem que ser outra. O direito aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Imperioso, assim tenhamos, em primeiro lugar, distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta, quando a

empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa!

7. Ressalvadas, data maxima venia, opiniões cultíssimas em contrário e sensibilíssimas sob o ângulo humano, entendo que ‘interesse da coletividade’ a que se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos.

8. Por outro lado, é mister considerar que essas empresas consagram um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, por isso que é notório que essas pessoas jurídicas recebem mais do que experimentam inadimplementos.

9. Destacada a minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade e absolutamente favorável ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protelar a prestação da sua obrigação, submeto-me à jurisprudência da Seção.

10. Recurso especial improvido, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora. (RESP 623322/PR; RECURSO ESPECIAL 2004/0007203-0; Relator: Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 14/09/2004; Data da Publicação/Fonte: DJ 30.09.2004 p.00227)³³. (grifamos)

Firma-se, assim, o direito à moradia – ainda que em discussão a extensão de sua abrangência – como incontestado direito ao patrimônio mínimo e ao mínimo existencial.

6. MÍNIMO EXISTENCIAL E AMPARO SOCIAL: ASSISTENCIALISMO PATERNALISTA OU DEFESA ÚLTIMA À DIGNIDADE?

A despeito de considerado por vezes como assistencialismo paternalista e demagógico, o amparo social contido no artigo 203 da Constituição Federal, e, ainda mais precisamente, no inciso V³⁴ desse artigo, representa, na feliz metáfora

33. Pelo corte de fornecimento de água: MANDADO DE SEGURANÇA – CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA – INADIMPLEMENTO – LICITUDE. É lícito à concessionária – CAESB – interromper o fornecimento de água, se, após aviso prévio, o consumidor permanece inadimplente. Deu-se provimento à apelação, denegando-se o mandado de segurança. (2003.01.1.013197-0 APC DF; Registro do Acórdão Número: 198967; Data de Julgamento: 28/06/2004; Órgão Julgador: 2ª Turma Cível; Relator: SÉRGIO ROCHA; Publicação no DJU: 21/09/2004 Pág.: 114). Em sentido contrário, refutando o corte de energia elétrica, como ofensivo à dignidade humana, por configurar bem essencial, o Acórdão do STJ no agravo de instrumento n. 478.911-RJ, publicado no DJ 19.05.2003. Aduz-se, então, que a cobrança haveria de se dar por outras vias, que não pela suspensão do fornecimento.

34. Que garante um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover sua manutenção ou de tê-la provida por sua família.

citada por Ana Paula de Barcellos³⁵, “*uma rede de segurança, abaixo da qual ninguém deve temer cair*”.

A assistência social aos desamparados representaria, assim, o recurso último para a subsistência e dignidade daqueles a quem tudo o mais foi negado. Aqueles a quem não se proveu a tempo a igualdade de chances e que se encontram à mercê de “*indignidade indiscutível*”³⁶ e incontornável, seja por contarem já idade avançada para tentar revertê-la por seus próprios meios, seja por portarem deficiência que os impede de sustentar-se. Ou seja, reporta-se a pessoas que, por suas circunstâncias incontornáveis, acham-se em situação de desvantagem social que passa a ameaçar sua dignidade de forma tal que não têm como defender.

No dizer de Alexy³⁷, em referência a decisão do Tribunal Constitucional alemão,

Ciertamente, la asistencia social a los necesitados de ayuda es uno de los deberes obvios del Estado social. Necesariamente, esto incluye la asistencia social a los conciudadanos que, a raíz de dolencias físicas o mentales, están impedidos de desarrollarse personal y socialmente y no pueden asumir por sí mismos su subsistencia. En todo caso, la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia humana digna.

Também aqui se percebe, então, de certo modo, a tentativa de conferir um patrimônio mínimo, sob a forma de recursos imprescindíveis à sobrevivência mesma de quem, por alguma razão, encontra-se absolutamente desprovido de meios para manter-se.

Atente-se, ainda, que o amparo em questão vem, no texto constitucional pátrio, logo após comandos relativos à promoção e à integração ao mercado de trabalho e à habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência, bem assim de menção à promoção de sua integração à vida comunitária (art. 203, II e IV, CF/88), não se tratando, portanto, de mero paternalismo, mas de resposta à falha de todas as táticas empregadas³⁸.

35. BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos Princípios...*, p. 182, em citação a João Carlos Espada.

36. Idem, ibidem. Diz a autora que, mesmo àqueles a quem foi provida igualdade de oportunidades, mas que, não se havendo como prover a igualdade de resultados, esta terminou por falhar, a assistência ora comentada é derradeiro corolário da dignidade humana, que a ninguém se pode negar (sob pena de se estar a negar uma vida minimamente decente, deixando entregue à própria sorte quem já não tem como subsistir sozinho).

37. ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 422.

38. Recorda Ana Paula Barcellos (*A Eficácia Jurídica...*, p. 289) exatamente que esse valor é devido às pessoas desamparadas, de forma a fazer frente a suas necessidades mais emergenciais, porém sem desestimular o trabalho – nem a reabilitação e a integração social – recordando, a propósito, que é o trabalho também princípio fundamental do Estado brasileiro e – acrescentamos – também elemento de dignidade humana. Tanto é assim que o benefício em comento há de ser periodicamente avaliado, determinando-se sua

A norma constitucional também faz menção a regulamentação legal do benefício em questão, o que foi feito pela Lei de Organização da Assistência Social (Lei n.º 8.742/93).

O artigo 20 dessa Lei estabelece os requisitos para que seja deferido o benefício assistencial em questão. Diz o referido dispositivo:

Art. 20 – O benefício de prestação continuada é a garantia de 1(um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§1º – Para os efeitos do disposto no caput, entende-se como família o conjunto de pessoas elencadas no art. 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, desde que vivam sob o mesmo teto.

§2º – Para efeito de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho.

§3º – Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo

Acerca do primeiro requisito, as maiores divergências residem no grau de incapacidade a ensejar o benefício, haja vista que o dispositivo só fala em pessoa “*incapacitada para a vida independente e para o trabalho*”. A jurisprudência tem, todavia, flexibilizado a exigência de uma incapacidade absoluta para ambos os aspectos (vida independente e trabalho, simultaneamente), ao fundamento do próprio espírito da norma constitucional, de proteção básica à dignidade, como se depreende do julgado infra arrolado:

ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ART. 20 DA LEI Nº 8.742/93. REQUISITOS. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA A VIDA INDEPENDENTE. PERÍCIA QUE ATESTA IMPORTANTE DEFICIÊNCIA VISUAL. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. SENTENÇA REFORMADA.

1. O art. 20 da Lei nº 8.742/93 garante a percepção de um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso, que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

2. Os laudos da perícia médica judicial, às fls. 08 e 24, atestam a incapacidade da parte autora, para trabalhos que requeiram a visão, e severas limitações para

suspensão, caso o beneficiário já não preencha, afinal, os requisitos para seu recebimento, laborando-se, nesse ínterim, por sua adaptação.

a vida independente, por se enquadrar na definição legal de deficiente visual, apresentando cegueira total à direita e visão subnormal à esquerda.

3. Ainda que se tenha informado incapacidade parcial, vislumbra-se na hipótese situação que atende à intenção da norma previdenciária, estando patente a necessidade de amparo da requerente. Outrossim, não está o Juiz adstrito à conclusão do laudo pericial, face ao princípio do livre convencimento motivado.

4. Se há alguma esperança de recuperação de parte da visão da autora, tanto mais motivo para ampará-la quando de sua incapacidade atual, enquanto seu mal é reversível, sob pena de se ingressar em temerário círculo vicioso, em que se nega o benefício por se tratar de patologia tratável, para concedê-lo depois, quando, sem ter tido meios de tratar-se, torna-se a parte irrecuperável. Nada obsta que, obtida efetiva melhora, não mais se atendendo aos requisitos legais, suspenda-se o benefício, respeitados os princípios do contraditório e a ampla defesa.

5. No que toca ao requisito sócio-econômico, previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93, ficou demonstrada a hipossuficiência econômica, mediante relatório sócio-econômico, em que constatada renda familiar de cerca de R\$ 200,00, para sustentar três pessoas, evidenciando-se, ainda, o mau estado da habitação (fls. 41). Ademais, não se poderia exigir da parte autora a prova negativa de outras fontes de renda.

6. Sentença reformada. Recurso a que se dá provimento.

7. Sem honorários advocatícios, por se tratar de recorrente vencedor.

JEF – 1.^a TURMA RECURSAL / BA. RECURSO INOMINADO Nº 2005.33.00.765722-2/BA. Rel. Juiz Pompeu de Sousa Brasil. Data da Decisão: 29/06/2006³⁹.

39. Ponderação semelhante em: PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE LITISCONSORTE PASSIVO OBRIGATÓRIO PASSIVO. DESCABIMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. CAPACIDADE REDUZIDA PARA A VIDA INDEPENDENTE. MENS LEGIS. NÃO VINCULAÇÃO DO MAGISTRADO AO LAUDO PERICIAL. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REABILITAÇÃO IMPROVÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. 1. Não há que se falar em nulidade decorrente da ausência de litisconsórcio passivo necessário da União *in casu*, pois o artigo 29, parágrafo único, da Lei 8.742/93, incluído pela Lei 9.720/98, determinou que é o INSS o responsável pela gestão dos recursos, apenas repassados pela União, para fins de Previdência e Assistência Social. 2. Hipossuficiência econômica evidenciada pelas circunstâncias depreendidas dos autos, vez que a família, composta de cinco pessoas, sobrevive às expensas de irmã e curadora do requerente, que recebe benefício de R\$ 90,00 (noventa reais). Ademais, a denegação do pedido administrativo se fizera com fulcro na relativa incapacidade do autor, segundo informado pelo requerente e não comprovado em contrário pela autarquia ré, responsável pelo referido processo administrativo, fazendo supor preenchido o requisito econômico. 3. *Inobstante o laudo pericial tenha concluído que a doença da parte autora não a torna totalmente incapaz para a vida independente, não fica o juiz adstrito à conclusão pericial, podendo formar seu livre convencimento por outros elementos probatórios, em face do princípio do livre convencimento motivado.* 4. *Patente a necessidade da parte recorrida de cuidados especiais, uma vez que portadora de surdo-mudez total, não se fazendo compreender no meio social, tem mais de 60 anos, tornando altamente improvável qualquer hipótese de reabilitação, considerando-se, ainda, a irreversibilidade de sua deficiência auditiva. O fato de poder banhar-se e vestir-se sozinho não*

Em relação ao requisito tangente à hipossuficiência econômica, o limite explícito e objetivo da renda de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita* também tem fomentado discussões, tendo o Supremo Tribunal Federal⁴⁰, de um lado, considerado constitucional a exigência, enquanto o Superior Tribunal de Justiça⁴¹ tem admitido circunstâncias outras que permitam aferir a miserabilidade da família, tais como a prova testemunhal, a perícia social das condições da habitação etc. Não há, com isso, paradoxo, vez que nem sempre é possível mensurar exatamente os ganhos familiares, sobretudo quando – o que muitas vezes ocorre – inexistente vínculo empregatício, cuidando-se de trabalhador informal, de ganhos variados, mas sempre parcos.

Por fim, atenta à realidade dos fatos e ao mau uso feito, muitas vezes, de benefícios que tais, nem sempre geridos pelo próprio beneficiário, dada sua condição, ou, ainda, por ele mesmo mal-utilizado, levanta Ana Paula de Barcellos⁴² a sugestão de que tais recursos fossem fornecidos *in natura*, ou mediante “vales”, de que já é exemplo o vale-transporte (Lei 7.418/85). Não se localizou, todavia, guarida jurisprudencial a esses intentos, até por força, supõe-se, do próprio teor da norma constitucional, ao falar expressamente na garantia de um salário mínimo.

Conclui-se, assim, essa breve análise, recordando que a promoção do mínimo existencial, por todas as vias possíveis, é o que se espera do Estado, em sua condição de provedor e instrumento para o bem comum, o qual não pode prescindir do bem de cada um. Naturalmente a escassez é um fato que não pode ser olvidado, mas tampouco pode justificar a desídia estatal ante seus membros, sobretudo em

retira o caráter de incapacidade justificante da concessão da medida. Situação que atende à intenção da norma previdenciária. Nesse sentido também a manifestação do Ministério Público Federal. 5. Recurso desprovido. (JEF – 1.ª TURMA RECURSAL / BA. RECURSO INOMINADO Nº 2005.33.00.700537-0/BA. Rel. Juiz Wilson Alves de Souza. Data da Decisão: 30/05/2005) (grifamos). Também em: JEF – 1.ª TURMA RECURSAL / BA. RECURSO INOMINADO Nº 2005.33.00.764544-0/BA. Rel. Juíza Rosana Noya Weibel Kaufmann. Data da Decisão: 25/11/2005, onde dito: “Não fica o Juiz adstrito à conclusão pericial, podendo formar seu convencimento por outros elementos probatórios, em face do princípio do livre convencimento motivado. No caso em tela, resta patente que o Recorrente é incapaz de uma vida plenamente independente, obedecendo ao espírito da norma constitucional, que não exige dos beneficiários uma existência absolutamente vegetativa para caracterizar a necessidade assistencial”.

40. ADIn 1232, Galvão, DJ 01.06.2001.

41. Assim em: STJ, AG 311.369/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ 05.03.2001, p. 234; STJ Resp 222.778/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 29.11.1999, p. 190. A Súmula n.º 11 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudências estabelecia entendimento de que “a renda mensal *per capita* familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei n.º 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante”. Tal Súmula, todavia, foi cancelada. Vasta é também, na matéria, a jurisprudência das Turmas Recursais dos Juizados Federais, inclusive da Seccional da Bahia, disponível eletronicamente no site próprio, a saber: <<http://www.trf1.gov.br>>.

42. BARCELLOS, A *Eficácia Jurídica...*, p. 290-291.

se considerando que grande porção da situação de carência que afeta a sociedade – e alguns de seus membros ainda mais particularmente, a ponto de ameaçar sua própria dignidade como ser humano – é consequência, muitas vezes, da má gestão dos recursos e da infamante distribuição de renda, que nega a esses indivíduos as condições mais básicas de subsistência a si e a sua família.

E, ainda que menos gritante fosse a nossa discrepância econômica, caberia a responsabilidade social última pelas diferenças naturais que chegassem a ameaçar o núcleo essencial de dignidade de seus cidadãos, como em boa ocasião lecionado por John Rawls⁴³, que, conquanto liberalista, chegou à pertinente constatação de que *“a distribuição natural dos bens não é justa ou injusta; nem é injusto que os homens nasçam em algumas condições particulares dentro da sociedade. Estes são simplesmente fatos naturais. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições sociais tratam destes fatos”*.

6. CONCLUSÃO

Do quanto exposto conclui-se que a definição e implementação de um mínimo existencial de direitos é desafio que se tem constantemente proposto à jurisprudência pátria. Nesse sentido, e a partir das próprias construções jurisprudenciais, foi possível depreender alguns elementos constantes e inseparáveis da condição mesma de vulnerabilidade humana e, como tal, imprescindíveis à concretização e à manutenção de sua dignidade, tomada enquanto respeito que lhe é intrinsecamente devido. Foram eles a alimentação, o abrigo, a assistência básica à saúde, entre outros, que, conquanto não esgotem conteúdo tão discutível e mutável, receberam, quando submetidos à apreciação judicial, freqüente associação com a idéia de um núcleo mínimo de direitos fundamentais imprescindíveis, de sede constitucional.

Nessa linha, concluiu-se, ademais, pela afiguração do mínimo existencial como núcleo judicialmente sindicável, ratificando-se a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para aferir e determinar seu cumprimento.

Analisando-se, então, alguns dos direitos fundamentais associados ao mínimo existencial e que mais polêmica têm suscitado na Jurisprudência pátria, observou-se que o direito à saúde é dos que mais dúvida têm erigido, no que tange às ditas escolhas trágicas, já que, por vezes, o “mínimo” necessário pode estar bem além de meros cuidados básicos e pouco dispendiosos, sendo que a denegação do pedido

43. RAWLS, J. *ob. cit.*, p. 109.

pode ensejar a mutilação física ou funcional e mesmo a morte do indivíduo. A esse respeito, entendeu-se que, evidenciada a efetiva necessidade do tratamento, deve o Estado arcar com seu fornecimento, haja vista ser essa condição mesma para a subsistência do requerente, atendendo ao escopo constitucional.

Em relação ao direito à educação, menos divergência se encontrou na jurisprudência, que tendeu, pelo contrário, à ampliação do núcleo básico considerado essencial, se se considerar que a Constituição se reportou mais expressamente apenas à educação fundamental.

No tocante ao direito patrimonial mínimo, foi apresentado como um aspecto patrimonial do mínimo existencial que tem encontrado sua maior aplicação no âmbito do direito à moradia, considerado inegavelmente essencial. Por essa razão, inclusive, concordou-se com o posicionamento esposado em alguns julgados, verberando a inconstitucionalidade do dispositivo legal constante do art. 3.º, VII, da Lei 8.009, que permitiu a penhora de bem de família de fiador, enquanto afirma a impenhorabilidade do imóvel que sirva de morada ao próprio devedor e sua família, ensejando tratamento não isonômico e, sobretudo, ofensivo ao núcleo essencial de dignidade. Constatou-se, ademais, a tendência a ampliar o direito de moradia aos bens contidos na habitação, necessários à habitabilidade do imóvel.

Em relação, por fim, à assistência social, prevista no art. 203, V, da Constituição Federal, e regulamentado pela Lei 8.742, de 1993, entendeu-se que ela representa recurso último de defesa à dignidade, devendo ser analisados com parcimônia seus requisitos, para, de um lado, conciliá-los com o estímulo ao trabalho e à integração social, consagrados na Constituição, mas, de outro lado, não se terminar por ir de encontro ao próprio escopo constitucional de defesa a um mínimo vital de dignidade a todos os cidadãos, precipuamente aqueles que mais carecem do amparo estatal, em face de suas próprias limitações físicas ou sociais.

Ratifica-se, com isso, a posição do Judiciário como importante partícipe para a materialização do direito fundamental ao mínimo existencial, seja mediante o delineamento de seu conteúdo, seja como assegurador de sua efetivação, conforme se depreendeu das decisões arroladas. Observou-se, todavia, não estarem ainda pacificados os posicionamentos a respeito do tema, mesmo em relação à dimensão de direitos amplamente havidos como básicos, a exemplo do direito à saúde, requerendo amudamento e aprofundamento das discussões sobre o tema, a fim de lançar maior luz e uniformidade sobre os entendimentos possíveis.

O mínimo existencial, assim, a despeito de sua essencialidade, é ainda um desafio à real implementação, especialmente nos países em desenvolvimento. A colaboração do aparato judicial nesse processo é indispensável, contribuindo para

a maturação do conceito, mas, sobretudo, suprindo imperdoáveis omissões dos demais poderes na prestação e garantia dos direitos que o constituem.

7. FONTES

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad.: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais*. Disponível em http://www.abar.org.br/Artigo_aragao.pdf Acesso em 27out.06.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de Família*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BANDEIRA, Manoel. O bicho. In: BANDEIRA, Manoel. *Estrela da vida inteira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49-118.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____. (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 01-48.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 4.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 327-278.

BARROSO FILHO, José. Propriedade: a quem serves? In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, jan/dez 2001, 422 páginas – Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p.276-293.

- BOAVENTURA, Edivaldo. A Educação na Constituição Federal. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 8, jan/dez 2000, 432 páginas – Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2000, p.78-97.
- _____. A Monografia Jurídica. *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*. Salvador, ano 5, n. 7, p.13-44, jan./jun. 2002.
- _____. *Metodologia da Pesquisa*: Monografia, Dissertação, Tese. São Paulo: Atlas, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CALMON, Eliana. As Gerações dos Direitos e as Novas Tendências. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 151-159.
- CAMPANHOLE, Hilton; CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, [2003]
- CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COSTA, João Marinho da. O idoso e a falta de serviço público como causa ensejadora de responsabilidade civil do Estado. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, n.º 11, jan/dez 2004 – Salvador: EDUFBA, 2004, p. 187-208.
- COUTO FILHO, Reinaldo de Souza. Considerações sobre a Impenhorabilidade do Bem de Família Legal em Relação às Dívidas Condominiais. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 9, jan/dez 2001, 422 páginas – Salvador: Curso de Mestrado em Direito Econômico da UFBA, 2001, p.355-366.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A Disciplina Jurídico-Constitucional do Desenvolvimento Econômico e do Bem-Estar Social numa Ótica Globalizante. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 6, jan/dez 1998 – Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, p. 133-170.
- _____. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: JusPodivm, 2006.
- DUGUIT, León. *Las Transformaciones del Derecho: Público y Privado*. Buenos Aires: Heliasta, [s.d].
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2. ed., 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id2.htm> Acessado em 25.out.2006.
- KOTTOW, Miguel. Bioética e Política de Recursos em Saúde. In. GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio F. Ibiapina. *Bioética do século XXI*. Brasília: UnB, 2000, p. 67-75
- KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- _____. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa) In *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 36 n. 144 out./dez. 1999, p. 239-260.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- LEMONS, Bruno Espiñeira. Direitos Fundamentais: Efetivação sob o Enfoque da Consolidação Democrática e do Exercício da Cidadania. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 7, jan/dez 99 – Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1999, p. 427-444.
- MADRUGA, Sidney. *Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira*. Brasília: Jurídica, 2005.
- MAIA, Arthur Oliveira. *Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Propostas para o enfrentamento jurídico das escolhas trágicas*, Salvador, 2002, 125f. Dissertação (Mestrado em Direito. Área de concentração: Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
- MEIRELLES, Ana Cristina Pacheco Costa Nascimento. *As Normas Programáticas de Direito Social e o Direito Subjetivo*, Salvador, 2005, 2v, 681f. Dissertação (Mestrado em Direito. Área de concentração: Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
- _____. (Im)penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, n.º 10, jan/dez 2002 – Salvador: Curso de Pós Graduação em Direito da UFBA, 2002, p. 51-75.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- NERY, Nelson; MACHADO, Martha Toledo de. *O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Novo Código Civil à luz da Constituição Federal: princípio da especialidade e Direito Intertemporal*. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina>, acessado em 16.nov.2006
- NICOLAU JÚNIOR, Mauro. *A decisão judicial e os direitos fundamentais constitucionais da democracia*. Disponível em <http://www.advogado.adv.br/artigos/2006/mauronicolaujunior/decisaojudicial.htm> Acesso em 25.out.2006.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual da Monografia 2.ª ed.* São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Paris, 1978. In: FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentários ao Código de Ética Médica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, p. 287-290.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. In: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 5, jan./jun.2005. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 439-461.
- SANTOS, Rita de Cássia Simões Moreira. Direito Subjetivo e a Função Social da Propriedade. In: *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, n.º 4, jan1993-dez1995 – Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1995, p.177-186.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- _____. *Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. Disponível em http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingo_wlfgang_sarlett.pdf Acesso em 25.out.2006.
- SCARPA, Antônio Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário*, Salvador, 2005, 198f. Dissertação (Mestrado em Direito. Área de concentração: Direito Público) – Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O Princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTR, 1999.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto (org). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 285-326.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo:Saraiva, 2003.
- TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 177, p. 29-49, jul./set. 1989.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética: Temas atuais e seus aspectos jurídicos*. Brasília: Consulex, 2006.
- VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. O Direito ao Mínimo Existencial no Contexto dos Direitos Fundamentais. In: *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*. Justiça Federal – 40 anos, a.6, n.7, p. 202-225. Salvador: TRF-1.^a Região, mai/2007.

V

APONTAMENTOS PARA UMA INTERPRETAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA DO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ricardo Maurício Freire Soares

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

RESUMO: O presente trabalho se propõe a repensar a interpretação de uma das legislações mais avançadas do Direito Econômico nacional – a Lei nº 8.078/90. Rompendo com os postulados individualistas e liberais do direito privado moderno, o surgimento das leis consumeristas, como o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, simboliza a atualização do direito ocidental, na busca de uma maior isonomia fática entre fornecedores e consumidores. A efetividade da Lei nº 8.078/90 requer o exercício de práticas interpretativas progressistas, o que abre margem para a reformulação dos paradigmas hermenêuticos tradicionalmente oferecidos pela ciência jurídica, o que implica o uso dos princípios jurídicos, os quais, no âmbito das relações econômicas do mercado capitalista, adquirem enorme relevância ao concretizar e maximizar o espírito protetivo dessa codificação.

ABSTRACT: The recent work proposes the rethinking and interpretation of one of the more advanced legislations of National economics

Right – Law 8.078/90. Exclusive of the individualists and liberals postulated of the modern private Right, the beginning of the consumer's law, like the Brazilian Consumer Code of Defense, symbolizing the actualization of the occidental right in search of a greater civil freedom among the distributors and consumers. The effective Law 8.079/90 requires the exercise of progressive interpretative practices, which opens a range for reformulation of the paradigm interpretations traditionally offered by the judicial science. The problem should be associated to interpretive use of the judicial principals, which on the level of the economic relations of the capital market, acquiring great significance through concretizing and maximizing the protective spirit of this code.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação; lei; código de defesa do consumidor; relações econômicas.

KEYWORDS: Interpretation; law; code of consumer defense; economic relations.

SUMÁRIO: 1. A sociedade de consumo e o código brasileiro de defesa do consumidor – 2. A nova visão do contrato na sociedade de consumo – 3. O código brasileiro de defesa do consumidor como discurso principiológico – 4. O princípio constitucional de defesa do consumidor no sistema jurídico

brasileiro – 5. A principiologia consumerista como norte hermenêutico do código brasileiro de defesa do consumidor. 6. Notas conclusivas: a interpretação principiológica e a efetividade dos direitos do consumidor. 7. Referências.

1. A SOCIEDADE DE CONSUMO E O CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Os sistemas jurídicos costumam espelhar as transformações ocorridas no tecido das relações sociais. Verificou-se que a crise da modernidade rendeu ensejo para a configuração da sociedade de consumo, demandando o redimensionamento das instituições jurídicas. O surgimento do direito do consumidor decorre da manifestação dos desequilíbrios inerentes a este novo modelo de coexistência social.

Neste sentido, sustenta Ada Grinover (1998, p.6) que o homem do século XX vive em função de um modelo novo de associativismo: a sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *konsumgesellschaft*), caracterizada por um número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do marketing, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do direito do consumidor, como disciplina autônoma.

O aparecimento da sociedade de consumo engendrou, assim, uma nova concepção de relações jurídicas, baseada na desigualdade fática entre os sujeitos de direito. O ordenamento jurídico modulou o paradigma da ordem pública econômica, disciplinando o intervencionismo do Estado no campo das relações privadas. Depois de manifestar-se com grande nitidez nas relações entre empregadores e assalariados, esta busca por uma maior isonomia jurídico-social passou a concentrar-se nas interações entre consumidores e fornecedores de produtos ou serviços.

Tratando do tema, Adriana Vieira destaca que (2002, p.71) que as grandes descobertas que prestaram serviços à Revolução Industrial vieram modificar, de modo fundamental, as relações de consumo. A propriedade passa por uma transformação, pois a atividade começa a evoluir, tornando –se industrial, e se sobrepõe à produção artesanal. Foi nessa época, com o desenvolvimento e expansão do comércio, que começou a se manifestar o desequilíbrio nas relações de consumo, exacerbado no século atual em função do fenômeno da concentração de grandes capitais. Polarizou-se o conflito no setor das relações entre produtor e consumidor, atraindo a atenção do legislador, em nível internacional e nacional, para a edificação do regime próprio e sem prejuízo dos mecanismos normais de defesa dos contratantes.

A conseqüência desta mudança social foi sentida primeiramente nos países desenvolvidos. No ano de 1962, foi dirigida mensagem presidencial ao congresso norte-americano em que se anunciava um programa de reformas econômicas consoante os interesses dos consumidores. Também, durante a década de sessenta, difundiram-se na Europa associações de defesa do consumidor que ocasionaram a criação de entidades públicas voltadas para a tutela dos direitos do consumidor.

No sistema jurídico brasileiro, a Carta Magna de 1988 teve a primazia de contemplar os direitos do consumidor. No inciso XXII do art. 5º, dispôs o legislador constituinte que o Estado promoveria, na forma da lei, a defesa do consumidor. Não bastasse isso, a Constituição Federal consagrou, no art. 170, V, a defesa do consumidor como um princípio geral da ordem econômica. Ainda, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias determinou que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Assim sendo, foi promulgada a Lei n. 8.078/90, uma das mais avançadas legislações protetivas de consumo.

Neste diapasão, salienta Antônio Azevedo (1996, p.17) que a demora na atualização do Código Civil fez com que o Código de Defesa do Consumidor, de uma certa forma, viesse a preencher a vasta lacuna que, no campo do direito privado brasileiro, a doutrina e a jurisprudência percebiam há muito tempo. Na impossibilidade de encontrar, no velho Código Civil, base para o desenvolvimento teórico do que há de mais apto para transformar o sistema fechado em sistema aberto – por exemplo, a referência expressa a cláusulas gerais, como a da boa fé, e a princípios jurídicos, como o da exigência de igualdade real nos negócios jurídicos –, é no Código de Defesa do Consumidor que se pode encontrar um *Ersatz* do Código Civil que não veio ou, no mínimo, um ponto de apoio para alavancar a atualização principiológica do sistema jurídico brasileiro.

2. A NOVA VISÃO DO CONTRATO NA SOCIEDADE DE CONSUMO

A interpretação do significado de contrato, no ordenamento jurídico-consumista, vem sendo reformulada em conformidade com as transformações ocorridas na sociedade capitalista ocidental.

Como ensina Enzo Ropo (1988, p.24), uma vez que o contrato reflete, pela sua natureza, operações econômicas, é evidente que o seu papel no quadro do sistema resulta determinado pelo gênero e pela quantidade das operações econômicas a que é chamado a conferir dignidade legal, para além do modo como, entre si, se relacionam – numa palavra pelo modelo de organização econômica a cada momento prevalecente. Analogamente, se é verdade que a sua disciplina jurídica

– que resulta definida pelas leis e pelas regras jurisprudenciais – corresponde instrumentalmente à realização dos objetivos e interesses valorados consoante as opções políticas e, por isso mesmo, contingentes e historicamente mutáveis, daí resulta que o próprio modo de ser e de se conformar do contrato como instituto jurídico, não pode deixar de sofrer a influência decisiva do tipo de organização político-social a cada momento afirmada.

Com efeito, no contexto da modernidade, sob os influxos das revoluções burguesas, o jusnaturalismo lançou as bases para a clássica definição de contrato. A moderna exaltação à liberdade e à igualdade, traduzindo os direitos naturais do ser humano, acrescida do contratualismo como base fundante da organização política, implicou na afirmação do princípio da autonomia da vontade. Estava consolidado o dogma da livre manifestação do consentimento individual, pedra de toque do direito privado tradicional. O liberalismo dominante propugnava pela livre circulação da riqueza, despontando o contrato como o instrumento jurídico capaz de operacionalizar as transações econômicas. Tinha-se como verdadeira a crença de que as avenças contratuais potencializariam o equilíbrio harmônico dos interesses sociais, sem a necessidade do Estado promover ingerências no mercado, concebido como o espaço cativo das relações privadas.

A modernidade jurídica sedimentou também o primado da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*). Ora, se o ser humano, igual aos seus pares, seria livre para exprimir a sua vontade, a força matriz do consentimento teria que preponderar sobre as prescrições estatais. O contrato foi, então, vislumbrado como verdadeira lei entre as partes. As normas legais, assim, teriam mera função supletória, ante as manifestações volitivas. Com o agravamento dos problemas sociais do sistema capitalista, emergiu a reação aos postulados jurídicos da modernidade. Rompeu-se com a concepção individualista e liberal do direito das obrigações, introduzindo uma nova leitura hermenêutica do contrato.

O significado de igualdade jurídica foi repensado. Voltada à limitação do absolutismo monárquico, a igualdade atomística dos homens, consagrada nas modernas constituições e declarações de direitos, pecava pela total discrepância com a realidade cambiante. A previsão da isonomia, em termos puramente abstratos e formais, não se coadunava com as desigualdades produzidas pelo capitalismo liberal, seja nas relações entre os proprietários dos meios-de-produção e trabalhadores, seja nas interações entre fornecedores e consumidores de mercadorias e serviços.

A concentração do capital em grandes permitiu uma produção em massa, que não poderia jamais ser dirigida a pessoas individualizadas. Era preciso, através de mecanismos de publicidade e marketing, induzir o consumidor a necessidades

artificiais. Para cercear o acesso às informações de produtos e serviços – qualidade, quantidade, especificidade e preço – foi criado o contrato de adesão, com evidente prejuízo aos vulneráveis consumidores. Essa situação de flagrante desequilíbrio entre os agentes econômicos do mercado de consumo tornou imperiosa a pronta ingerência estatal, mormente pela via legislativa, de sorte a relativizar os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade do contrato e da igualdade formal.

Sobre esta reformulação principiológica, refere Georges Ripert (1937, pp. 313-314) que o declínio do contrato não provém unicamente da limitação cada vez mais estreita do seu domínio; tem outra causa: a negação audaciosa da força contratual. O contrato já não é considerado como o ato criador da obrigação e o vínculo obrigacional já não dá ao credor poder sobre o devedor. O reconhecimento da força contratual é, diz-se, uma concepção do individualismo jurídico, e a idéia dum direito subjetivo conferido ao credor é arcaica. O contrato cria simplesmente uma situação jurídica, que não poderá ser mais imutável que a situação legal. Esta situação jurídica gera conseqüências que o legislador determina soberanamente. O ato da vontade consiste unicamente em submeter-se à lei do contrato, mas não pertence às partes decidir para sempre, e em todos os casos, qual seja essa lei.

No vórtice destas transformações, já nos albores do século XX, o espaço social ocupado pelo Estado se expande. Verifica-se então um maior equilíbrio entre o Estado, agente de regulamentação social, e o mercado, espaço de produção e distribuição de riqueza. A consolidação do movimento operário, o fortalecimento dos sindicatos, o movimento consumerista e a crise estrutural do sistema financeiro capitalista alteram o perfil estatal. O Estado-mínimo do liberalismo burguês, mero ente ordenador das relações sociais, é substituído pelo Estado-providência, que passa a intervir na sociedade. Assume, pois, duas funções básicas: a promoção do progresso econômico e a tutela dos cidadãos mais desfavorecidos. No que se refere a esta última vertente, o Estado intervencionista, mediante prestações positivas, potencializa o exercício dos direitos fundamentais de segunda geração.

Descrevendo o intervencionismo do Estado, assinala Orlando Gomes (1986, p. 15) que, ao longo do processo de consolidação dessas transformações, legitimou-se a intervenção do Estado na vida econômica como a forma por excelência de obtê-las. Orientou-se, desse modo, para a limitação da propriedade privada e da liberdade de contratar. Passou-se a admitir que a propriedade tem função social e que a autonomia privada deve ser comprimida em todos os modos do seu exercício.

As legislações consumeristas surgem, portanto, na transição histórica do Estado-liberal para Estado-providência, organizado para desenvolver políticas

públicas de concretização da igualdade material. Deste modo, o intervencionismo estatal passa a objetivar a busca de uma isonomia fática, mediante o implemento de prestações positivas. Na sociedade de massas e de economia oligopolizada, a ingerência estatal, para a tutela do equilíbrio consumerista, tornou-se cada vez mais necessária, mormente nos contratos de adesão, ante o estreito campo negocial, a impessoalidade e a discrepância de poderes entre o fornecedor e o consumidor.

Impôs-se, assim, normas de ordem pública, de natureza cogente, para a promoção do chamado dirigismo contratual. O contrato, assim como a propriedade, foi limitado e eficazmente disciplinado, tendo em vista o reconhecimento da função social destes institutos. Esta nova concepção social de contrato não só valoriza o momento da cristalização do consenso, mas também os efeitos contratuais são levados em conta, atentando-se, igualmente, para a condição econômica das partes contratantes. O espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações – autonomia da vontade – é reduzido por normas imperativas, como as constantes da legislação consumerista. É uma nova concepção de contrato em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar um vetor hemenêutico que transcende os sujeitos de direito – o interesse público.

Atenta para este redimensionamento axiológico, elucida Judith Martins-Costa (1992,p.141) que, contemporaneamente, modificado tal panorama, a autonomia contratual não é mais vista como um fetiche impeditivo da função de adequação dos casos concretos aos princípios substanciais contidos na Constituição e às novas funções que lhe são reconhecidas. Por esta razão desloca-se o eixo da relação contratual da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança, diretriz indispensável para a concretização, entre outros, dos princípios de superioridade do interesse comum sobre o particular, da igualdade positiva e da boa-fé em sua feição objetiva.

Sendo assim, ao procurar o equilíbrio contratual, no âmbito sociedade de consumo, o Direito passa a destacar o papel da Lei como limitadora e legitimadora da autonomia da vontade. O contrato de consumo é, pois, iluminado por novos valores, admitindo-se a supremacia do interesse público, o respeito à vulnerabilidade, a transparência, a igualdade material, a boa-fé, a equidade e a confiança como diretrizes a serem realizadas no mercado de consumo.

3. O CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DISCURSO PRINCIPIOLÓGICO

As legislações contemporâneas que tutelam os direitos fundamentais costumam ser estruturadas através de proposições principiológicas, as quais sinalizam para

os valores e fins maiores a ser tutelados pela ordem jurídica. O microsistema do direito do consumidor, enquanto manifestação da cultura jurídica pátria, absorve, naturalmente, uma carga expressiva de valores. Estas estimativas comunitárias são cristalizadas em pautas de comportamento, exigindo uma interpretação capaz de atender a realização das finalidades deste ramo jurídico. A interpretação das normas consumeristas deve, igualmente, apresentar uma natureza teleológica, operacionalizando a busca de significados socialmente aceitos.

Sem o trabalho de mediação e de concretização, que se impõe ao intérprete-aplicador do direito, o direito do consumidor não logra realizar os seus valores fundantes, satisfazendo os anseios da sociedade. O sentido jurídico, sendo externo às normas jurídicas, em certa medida, embora não possa contrariar de todo o seu enunciado, exige a sensibilidade do intérprete para se revelar completamente. Com a positivação histórica dos direitos humanos, nas esferas constitucional e infraconstitucional, a interpretação dos direitos do consumidor se colocou como problema a partir do momento em que os diplomas legais deixaram de ser apenas catálogos de competências do Estado para se converterem em verdadeiras cartas de cidadania. Cuidaram os juristas de oferecer uma teoria hermenêutica que pudesse responder à necessidade de interpretar e aplicar princípios. A interpretação passou a ser entendida como uma hermenêutica de princípios, baseada em pautas axiológicas, para cuja efetividade se deve substituir a idéia retrospectiva de interpretação pela idéia prospectiva de concretização.

Destacaram-se, assim, pela ingente função fundamentadora e hermenêutica, os princípios consumeristas. Decerto, o art. 4º do CDC, ao prescrever o objetivo da Política Nacional de Relações de Consumo, afigura-se como referencial teleológico para a interpretação de todo o arcabouço normativo do Código de Defesa do Consumidor, visto que, mediante a compreensão dos princípios jurídicos catalogados no art.4º, o hermeneuta logra apreender os fins maiores que imantam a legislação consumerista. Por informar todo o conjunto normativo do CDC, os princípios consumeristas funcionam como reguladores teleológicos da atividade interpretativa, iluminando a aplicação das normas jurídicas estampadas neste diploma legal.

Não é outro o magistério de Luiz Rizzatto Nunes (2002, p.19), para quem os princípios são, dentre as formulações deonticas de todo o sistema ético-jurídico, os mais importantes a serem considerados, não só pelo aplicador do direito mas por todos aqueles que, de alguma forma, ao sistema jurídico se dirijam. E essa influência tem uma eficácia efetiva, real e concreta. Não faz parte apenas do plano abstrato do sistema. É de ser levada em conta na determinação do sentido de qualquer norma, como exigência de influência plena e direta. Vale dizer: o

princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que se encontra para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

Em se tratando dos princípios jurídicos do CDC, porque a sua estrutura normativo-material é necessariamente aberta e indeterminada, a atuação do intérprete é condição de possibilidade para se concretizar as finalidades indicadas e corporificadas pela legislação consumerista. Decerto, a incapacidade humana de prever o futuro é a base da indeterminação dos princípios jurídicos. Há situações de via deliberada de escape interpretativo, com o emprego de expressões linguísticas valorativas que podem ser interpretadas de diversos modos num contexto específico. Esta base principiológica torna flexível e dinâmica a interpretação dos direitos do consumidor.

Sendo assim, o significado normativo das legislações consumeristas, longe de ser um dado objetivamente dissociado do hermeneuta, emerge no âmbito da própria atividade interpretativa. Guiado pela principiológica, exerce o intérprete um relevante papel na reconstrução do sentido do microsistema do CDC, mormente no que se refere à necessária abertura aos valores sociais. A substituição da referência hermenêutica da *voluntas legislatoris*, por uma viva e objetiva *voluntas legis*, institucionalmente valorada, abre espaço para uma interpretação atual, porque orientada pelos princípios jurídicos.

Neste sentido, refere Eduardo de Enterría (1986, p.20) que “la autonomía de esa supuesta voluntad de la ley respecto de su autor y el hecho de su movilidad en el tiempo no podrían explicarse si la ley misma no fuese vista como expresión de algo substancial y más profundo, lo cual, por serlo, es capaz de someter y relativizar lo que no es más que una simple manifestación o formalización suya; aquí aparecen ya los famosos principios generales del derecho (sobre los que hemos de hablar luego), sin cuya realidad todo ese proceso esencial de la traducción de la ley en vida jurídica efectiva y su incesante movilidad no tendrían explicación posible; – sería, en rigor, una arbitrariedad de los intérpretes sin norte posible, la misma cabalmente que el legalismo quiso en su momento desalojar”.

4. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Com a inserção dos princípios nos textos constitucionais, operou-se uma revolução de juridicidade no constitucionalismo ocidental contemporâneo, visto que os princípios gerais do direito se transformaram em normas positivadas em Cartas Magnas. Sendo assim, as novas Constituições passaram a acentuar a

hegemonia axiológica dos princípios constitucionais sobre todas as normas do direito positivo. Hoje, não há mais como pensar numa hermenêutica jurídico-constitucional sem referir-se a princípios, como referências valorativas para a interpretação teleológica do direito.

Conforme adverte Glauco Magalhães Filho (2002, p.11), a nova hermenêutica constitucional volta-se para as normas com estrutura de princípios (Constituição Material). Ela aproxima dialeticamente interpretação da aplicação. Objetiva, acima de tudo, a concretização de valores, e não a imediata submissão de fatos a disposições normativas. Assim, enquanto a interpretação teleológica da hermenêutica clássica busca a fixação do sentido da norma pelo seu fim imediato, a interpretação conforme a Constituição remete a norma aos fins do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito, gerando uma sistematização (unidade) axiológica do ordenamento jurídico.

No âmbito do sistema constitucional contemporâneo, a positivação dos princípios ocorreu, em larga medida, na ordem econômica de cada Carta Magna, estabelecendo os marcos do intervencionismo estatal para a satisfação dos direitos fundamentais de segunda geração, tendente a instaurar um regime de democracia substancial, ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.

A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar em 1919. No Brasil, com o advento da Carta Magna de 1988, a ordem econômica passou a ser disciplinada nos arts. 170 a 192. A Constituição enunciou que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, tendo por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. No art.170, ocorreu a constitucionalização de inúmeros princípios, dentre eles, o primado da defesa do consumidor.

A este princípio da ordem econômica confere a Constituição Federal, desde logo, concreção nas regras constitucionais estampadas nos seus arts. 5º. XXXII – “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”-, 24, VIII – responsabilidade por dano ao consumidor -, 150, parágrafo 5º – “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços” -, e 48 da A.D.C.T – “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias, elaborará Código de Defesa do Consumidor”. Ademais, o parágrafo único, II, do art. 175, insere entre as matérias sobre as quais deverá dispor a lei que trate da concessão ou permissão de serviço público os direitos dos usuários.

Sobre seu substrato ideológico, sublinha Eros Grau (2003, pp. 216-217) que, a par de consubstanciar, a defesa do consumidor, um modismo modernizante do capitalismo – a ideologia do consumo contemporizada (a regra “acumulai, acumulai” impõe o ditame “consumi, consumi”, agora porém sob proteção jurídica de quem consome) – afeta todo o exercício de atividade econômica, inclusive tomada a expressão em sentido amplo, como se apura da leitura do parágrafo único, II do art. 175. O caráter constitucional conformador da ordem econômica, deste como dos demais princípios de que tenho cogitado, é inquestionável.

Trata-se de uma proposta de conciliação dialética entre diversos elementos sócio-ideológicos, ora apontando para o capitalismo e a configuração de um Estado liberal, ora indicando uma opção pelo socialismo e pela organização de um Estado intervencionista. Certo é que a previsão de alguns princípios, como o da defesa do consumidor, revelam um compromisso entre as forças políticas liberais e as reivindicações populares de justiça social no mercado de consumo, possibilitando que o capitalismo seja domado e humanizado.

Além desta conotação na Carta Magna, a defesa do consumidor constitui-se em um dos princípios a ser seguido para o desenvolvimento da atividade econômica, sendo um meio para se atingir o desiderato constitucional em que ela se fundamenta, que é a valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, para que possa assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Com efeito, a realização do princípio constitucional da defesa do consumidor não elide as demais normas principiológicas do art. 170 da CF/88, ainda que, aparentemente, polarizem um conflito inconciliável.

Neste sentido, ressalta Ricardo Camargo (1992, p.52) que não se pode perder de vista que o CDC tem seu fundamento de validade na Constituição Econômica, de sorte que sua aplicação não pode conduzir a uma nulificação dos demais princípios que a informam. Se a defesa do consumidor constitui um dos modos pelos quais a propriedade dos bens de produção cumpre a sua função social e poder econômico se põe em seus justos trilhos, não pode ela chegar ao cúmulo de comprometer a soberania nacional nem de tornar enunciados puramente ornamentais os concernentes à propriedade privada, à livre iniciativa e à livre concorrência. Afinal, são apenas aparentes as contradições da Constituição Econômica, já que nenhum de seus princípios se aplica sem restrições.

5. A PRINCIPIOLOGIA CONSUMERISTA COMO NORTE HERMENÊUTICO DO CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A elevação da defesa do consumidor à categoria de princípio constitucional demanda que as normas infraconstitucionais se apresentem como realizando algo,

da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, pois, os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada, impondo, em verdade, a otimização dos valores jurídicos.

O princípio constitucional da defesa do consumidor não se esgota na densificação promovida pelo legislador ao elaborar o CDC. Torna-se imperiosa a concretização da defesa do consumidor na miríade das relações sociais, o que exige o esforço do operador do direito na correta interpretação e aplicação do referido diploma legal, capilarizando o mandamento constitucional. Logo, também no plano infraconstitucional, serão relevantes os princípios jurídicos, mormente aqueles positivados na própria legislação consumerista, no desenvolvimento de suas funções fundamentadora e hermenêutica. Neste sentido, o CDC contempla, além das normas de conduta e de organização, uma terceira categoria normativa, denominada de normas-objetivo, que ostenta uma inegável tessitura principiológica.

Tratando do tema, sustenta Eros Grau (2002, p.35) que o direito passa a ser operacionalizado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada precisamente em textos normativos que consubstanciam normas-objetivo e que, mercê disto, passam a determinar os processos de interpretação do direito, reduzindo a amplitude da moldura do texto e dos fatos, de modo que nela não cabem soluções que não sejam absolutamente adequadas a tais norma-objetivo.

A norma que se depreende do art. 4º do CDC se enquadra nesta última tipologia, pois estabelece a responsabilidade dos poderes públicos e agentes econômicos na realização dos princípios consumeristas, configurando a verdadeira *ratio essendi* do diploma legal. Com efeito, o art. 4º condiciona a incidência e a aplicação das normas da lei a estes princípios/objetivos, que passam a ser finalidades jurídicas prioritárias. Por isso que é uma norma-objetivo. Dado ao caráter imperativo das regras do CDC, o art. 4º vincula o intérprete aos resultados pretendidos, o qual fica na contingência de aplicar o CDC teleologicamente, não por sua opção hermenêutica, mas pela própria determinação legal.

Neste sentido, assinala Newton de Lucca (1995, p. 42) que o art. 4º define uma série de princípios, e, como tais, orientam a interpretação dos demais dispositivos do Código no sentido de que eles sejam efetivamente preservados, não podendo uma simples regra jurídica sobrepor-se à idéia contida no princípio. O universo jurídico é composto por normas. Estas podem ser simples regras ou verdadeiros princípios. Estes últimos afastarão a aplicação das primeiras se tal procedimento contrariar o seu princípio fundamental.

Por essa razão, o legislador estabeleceu, no art. 4º do CDC, uma política nacional de consumo, adotando princípios específicos a serem seguidos pelo hermeneuta, tais como a transparência, a vulnerabilidade, a igualdade, a boa-fé objetiva, a repressão eficiente a abusos, a harmonia do mercado, a equidade e a confiança nas relações de consumo. A obediência a tais princípios é imperativa, pelo que as relações de consumo devem se desenvolver e serem interpretadas sem qualquer afastamento dos propósitos que os revestem e os caracterizam.

As dicções do art. 4º, da Lei n. 8078/90, não são programáticas, como alguns autores sustentam, a indicar os valores básicos que o Estado, entendendo relevantes, concretiza como metas a alcançar no tocante à relações de consumo. Não há outorga ao Estado de atividade discricionária pelo referido dispositivo, produzindo, ao revés, uma força cogente obrigatória não só para os órgãos estatais, mas também para os agentes econômicos que integram uma dada relação de consumo.

6. NOTAS CONCLUSIVAS: A INTERPRETAÇÃO PRINCIPOLÓGICA E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A eficácia social do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor se vincula diretamente às práticas interpretativas. A interpretação, como atividade mediadora entre o legislador e o mercado de consumo, exterioriza as mensagens normativas do CDC. Ao delimitar o significado de seus modelos normativos, o hermeneuta concretiza os valores e objetivos da legislação consumerista. Para que seja potencializada a índole protetiva do CDC, a compreensão interpretativa de seu arcabouço normativo requer o uso dos princípios jurídicos constitucionais e infraconstitucionais. A principiologia oferece ao intérprete os vetores axiológicos de orientação hermenêutica, embasando a interpretação teleológica da lei consumerista. Os princípios jurídicos, imbuídos que são de uma reserva ética, maximizam a tutela do consumidor, minimizando as desigualdades inerentes ao mercado capitalista.

A efetividade dos direitos do consumidor pode ser garantida pela própria textura aberta dos princípios jurídicos, característica não encontrada nas regras de direito. Com efeito, os princípios jurídicos ostentam uma estrutura dialógica, capaz de apreender as mudanças da realidade circundante, e uma permeabilidade aos conteúdos valorativos, o que melhor permite a realização da justiça. Esta abertura, também encontrada nos princípios consumeristas, faz com que o CDC cumpra o seu papel na disciplina da realidade social, sem amarrar os atores sociais aos modelos inflexíveis e definitivos das regras jurídicas.

Decerto, os princípios norteadores das relações de consumo, tais como a transparência, a vulnerabilidade, a igualdade, a boa-fé objetiva, a repressão efi-

ciente a abusos, a harmonia do mercado de consumo, a equidade e a confiança oferecem importante norte hermenêutico para a compreensão do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Logo, a interpretação principiológica do Código de Defesa do Consumidor enseja a construção de novos paradigmas de convivência sócio-econômica entre fornecedores e consumidores, descortinando um horizonte mais promissor para a realização da justiça no âmbito do mercado capitalista brasileiro.

7. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Cadernos da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 2, abr. 1996.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Interpretação e aplicação do código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.
- ENTERRÍA, Eduardo García. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Editorial Civital, 1986.
- GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação / aplicação do direito*. São Paulo, Malheiros, 2002.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.
- LUCCA, Newton de. *Direito do consumidor: aspectos práticos – perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, set./dez. 1992.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.3, set/dez, 1992.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIPERT, Georges. *O Regimen Democrático e o Direito Civil Moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VI

FRAUDE PARA RECEBIMENTO DO VALOR DO SEGURO EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE, LESIVIDADE E INTERVENÇÃO MÍNIMA

Sebastián Borges de Albuquerque Mello

Advogado, Mestre e Doutorando em Direito pela UFBA, Professor de Direito Penal da UFBA, Professor de Direito Penal da Universidade Federal da Bahia, da Universidade Salvador (UNIFACS).

RESUMO: O Código Penal de 1940 considera estelionato a conduta de quem ofende a própria integridade física, com o intuito de obter a indenização do seguro. A referida criminalização, em face do respeito aos princípios da intervenção mínima, lesividade, e, sobretudo, do respeito à dignidade da pessoa humana, não é compatível com a intervenção penal própria de um Estado Democrático de Direito.

RESUMEN: El Código Penal de 1940 trata como estafa la conducta de quien ofende la propia

integridad física, con el intuito de obtener la indemnización del seguro. La mencionada criminalización, en razón de la dignidad de la persona, es incompatible con una intervención penal propia de un Estado Democrático del Derecho.

PALAVRAS-CHAVE: Estelionato; seguro; dignidade humana; lesividade.

PALABRAS-LLAVE: Estafa; seguro; dignidad humana; lesividad.

SUMÁRIO: 1. Eficácia dos princípios penais – 2. Três palavras sobre humanidade, lesividade e fragmentariedade – 3. O art. 171, § 2º, V, do Código Penal analisado à luz dos princípios penais – 4. Referências.

1. EFICÁCIA DOS PRINCÍPIOS PENAIIS

Certa vez, um colega advogado afirmou categoricamente que os princípios são instrumentos utilizados pelas partes quando a lei não lhes favorece, pois, se favorecesse, não seria preciso recorrer a ditos princípios; bastaria recorrer à lei.

Tal assertiva, interpretada literalmente, poderia ser vista como uma visão positivista, de cega obediência a um texto legal, que reduz a força normativa dos princípios, mas, em certa medida, não deixa de ser verdadeira, pelo menos em parte, pois os princípios norteadores de qualquer subsistema constitucional, como

é o Direito Penal, carecem de concretização para serem aplicados em cada caso concreto. Como leciona Larenz, os princípios não são meras regras gerais, eles carecem, antes, e sem exceção, de ser concretizados¹.

Em outras palavras, se o princípio carece de concretização, não é ele aplicado de forma direta e imediata; ele se revela no texto das demais regras jurídicas, e se expressa por intermédio da lei. Um princípio, na verdade, é a concretização de um valor porque traz um indício de consequência jurídica, e não a consequência jurídica propriamente dita.²

Desta forma, há de se concordar com o fato de que, se a lei revela um princípio, não é preciso recorrer ao mesmo, pois a regra jurídica – contida na lei – termina por concretizar os valores subjacentes, sendo desnecessário recorrer ao juízo de abstração decorrente dos princípios, se o mesmo encontra densificado no texto positivado.

Todavia, como as regras legais são densificação dos valores contidos nos princípios que as inspiram, não se pode negar seu caráter finalístico condicionante, inclusive materialmente, no conteúdo das normas. Como afirma Humberto Ávila³, “os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante”.

E a realização desse fim, como diz Canotilho⁴, revela-se nos princípios através de funções de natureza negativa e positiva, limitando, de um lado, a introdução no sistema jurídico de regra jurídica cujo conteúdo confronte de forma incontornável com os princípios, e informando, impondo positivamente a atuação do legislador no momento legiferante em determinado sentido.

Esta dimensão negativa e positiva dos princípios, ora limitando, ora determinando, em confronto com diversos outros princípios e normas jurídicas resultarão, inexoravelmente, numa verdadeira função de hermenêutica, pois, conforme já tivemos oportunidade de comentar⁵, “é com base nos princípios que deve ser feita a

1. LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego, 3ª Ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.674
2. CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, 2. ed., trad. Antonio Menezes Cordeiro, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 128
3. ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios – da definição á aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.70
4. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª Ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 178
5. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Microsistemas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004, p. 103

interpretação das normas penais. Os princípios exercem esta função hermenêutica não só sistemática, de modo a conduzir à interpretação que melhor se aproxime da idéia de Direito, mas também prospectiva, em face de sua estrutura, que não contém uma consequência jurídica imediata, permitindo que seu conteúdo possa ser adotado numa interpretação evolutiva.”

Desta forma, um princípio não é mera tertúlia acadêmica nem refúgio de descontentes com a lei. É na verdade, a *prima ratio*, a primeira concretização normativa de um valor, é um fundamento das regras, com força prospectiva, revelando o conteúdo e o limite das demais normas, como seus alicerces.

Daí que prevalece a máxima de que as normas não se encontram soltas no ordenamento jurídico: a análise isolada de uma norma, despida de uma análise conjunta das regras com as quais a mesma se relaciona, bem como dos princípios fundamentadores e limitadores, significa fazer um recorte inaceitável na análise da situação posta em exame. A beleza de uma pessoa não se vê pela análise apenas do umbigo nem a qualidade de um time de futebol se observa apenas pela análise de um jogador. O direito no caso concreto não se revela apenas numa regra.

Diante de um caso, não se aplica uma regra, mas todo o ordenamento jurídico, valendo-se da máxima da *Gestalt*: não se vê partes isoladas, mas relações, uma parte na dependência de outra parte. As partes são inseparáveis do todo e são outra coisa que não elas mesmas, fora desse todo⁶.

Desse modo, não se pode descartar a eficácia inexorável dos princípios na análise da legislação e do caso concreto, tão importante para soluções de questões em que o desvalor da ação e do resultado são únicos e irrepetíveis, bem como o juízo de censura sobre o autor, amiúde não cabendo nas grades seletivas que os tipos penais encerram. Nessa ordem, a força normativa dos princípios irá conferir sentido a casos concretos que, embora idênticos do ponto de vista lógico-formal do tipo, são distintos do ponto de vista teleológico e axiológico, na ordem sistemática de uma ordem jurídica fundada em princípios gerais de Direito.

2. TRÊS PALAVRAS SOBRE HUMANIDADE, LESIVIDADE E FRAGMENTARIEDADE

Para análise da hipótese que propusemos comentar, cabe discorrer brevemente sobre três princípios fundamentais de Direito Penal: humanidade, lesividade e fragmentariedade.

6. BOCK, Ana Maria. Psicologia. Uma introdução ao estudo de psicologia. São Paulo: Saraiva, 1989. pág. 50-57.

O princípio penal da humanidade é uma densificação de um princípio fundamental de toda ordem jurídica – a dignidade da pessoa humana – cristalizado não só no preâmbulo da Carta Magna, como trazido como fundamento da nossa República Federativa. Nesta condição, a dignidade da pessoa humana confere unidade de sentido, valor e concordância com o sistema de direitos fundamentais. Salienta Jorge Miranda⁷ que “*os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas*”.

Falar da dignidade como fundamento, como ressalta Moraes⁸, significa, de um lado, estabelecer um direito individual protetivo em relação ao Estado e demais indivíduos (verdadeiros limites negativos), bem como o dever de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. Entendemos, porém, que tal direito vai além disso: passa, necessariamente, no sentido positivo, de assegurar condições mínimas de exercício de sua condição humana, e na vedação de medidas que pretendam limitar ou até mesmo retirar esse mínimo que é assegurado a todo ser humano.

No entanto, é relevante salientar que, no momento histórico em que a ordem jurídico-constitucional atribuiu a toda e qualquer pessoa uma esfera de liberdade individual contra ingerências ilegítimas do poder constituído, considerou o ser humano como titular de um mínimo de condição de existência, que se tornou verdadeiro limite e substrato, indisponível, inalienável e inderrogável, da intervenção penal.

Isso significa, como pondera Dieter Grimm⁹, que a dignidade da pessoa se universaliza em direitos fundamentais, os quais apartam-se das antigas formas jurídicas de proteção de direitos, porque seus titulares são todos os homens. Ao revés, as antigas liberdades jurídicas não se alicerçavam na condição humana, e sim num *status* socialmente determinado ou na inclusão em determinada corporação. A proteção dos indivíduos, portanto, nunca era feita de modo universal, eram direitos de caráter particular, mais semelhantes à idéia de privilégio do que de direitos fundamentais.

Na esfera penal, costuma-se tratar o princípio da humanidade como um limite negativo à imposição de determinados tipos de sanção penal, consideradas cruéis ou que privam o condenado do mínimo de dignidade humana. Mas não é só. O princípio da humanidade significa também imposição de limites em preceitos

7. MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 166-7

8. MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 11ª Ed., São Paulo: Atlas, 2002., p. 50/51

9. GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simon, Madrid, Trotta, 2006, p. 78.

penais incriminadores de condutas que são apenas e tão-somente reveladoras de uma condição humana indigna, ainda que no processo de criminalização primária, através da lei. A lei, criminalizando certas condutas, na verdade não criminaliza o desvalor da ação ou do resultado, mas criminaliza a condição de privação de indignidade revelada por trás desta conduta¹⁰.

O princípio penal da lesividade não pode deixar de ser relacionado com o da dignidade da pessoa humana. A máxima, como ensina Roxin, de que só pode ser castigado o comportamento que ofenda direitos de outras pessoas e não apenas comportamentos imorais ou pecaminosos é um desdobramento inevitável do princípio da legalidade, e também da humanidade, pois é em face do princípio da lesividade que podemos exercer livremente nosso direito de ser e de estar, sem que o Estado possa interferir nessas escolhas.

Ferrajoli sustenta o princípio da lesividade na necessidade das penas, que também desemboca na dignidade humana, ao afirmar que o princípio axiológico de separação entre direito e moral impõe, para a maior tutela da liberdade pessoal de consciência, de autonomia e de relatividade moral, a tolerância jurídica de toda conduta não lesiva a terceiros¹¹. Prieto Sanchis assevera que a separação entre pecado e delito implica que o Estado somente deve intervir quando se lesionam bens sociais, não podendo interferir em questões de fé e moral¹².

Deriva, em certa medida, do princípio da humanidade a idéia, concernente ao princípio da lesividade, de que a autolesão é impunível. Como se sabe, uma das concretizações do princípio da lesividade é a proibição de incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor. Tal postulado arrima-se na idéia de que *“nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”*.¹³

Este princípio, embora não explícito, pode se verificar pela densificação de princípios constitucionais. Como sustenta Smanio¹⁴, o direito à liberdade de ser

10. Neste sentido, como absolutamente violadores do princípio da humanidade, o art. 59 da Lei das contravenções penais, ou também o art. 247, IV do Código Penal
11. FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, Trad. Ana Paula Zomer e Outros, São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 374.
12. PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración: In: PECES-BARBAMARTINEZ, Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio e ASÍS ROIG, Rafael, *Historia de los derechos fundamentales, Tomo II – Siglo XVIII, volumen II – La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 144
13. ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito pena*. Rio de Janeiro, Revan, 2004., p. 226
14. SMANIO, Gianpaolo Poggio, *A tutela Penal Constitucional, Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 10, n.º 39, 2002, p. 143

e de pensar, a obrigatoriedade da tolerância ideológica, da igualdade, bem como o próprio princípio da dignidade da pessoa humana veda a consideração do fato criminoso como mero indício da personalidade ou da periculosidade do sujeito. Assim, a partir do momento em que é assegurado, a cada ser humano, o direito à liberdade, como princípio básico do Estado Democrático de Direito, não se pode incriminar condutas que representem mera expressão dessa liberdade, que não interfiram em qualquer bem jurídico alheio, por mais escandalosas ou desviadas que sejam.

E nesse sentido sustenta Paulo Queiroz¹⁵ ser razoável pretender, no âmbito extrapenal, que se previnam condutas lesivas de bens jurídico próprios; mas pretender coibi-las através da sanção penal é uma violência injustificável, primeiro, pela faculdade penal de dispor, por ato próprio, de qualquer bem jurídico que lhe pertença, desde que terceiros não sejam atingidos, e segundo, pela completa inutilidade da pena.

Por outro lado, o princípio da fragmentariedade, também chamado de intervenção mínima ou *ultima ratio*, implícito em nossa ordem jurídica mas evidentemente. Como sustenta Bittencourt¹⁶, “*se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais.*” Significa, como sabido, que a intervenção penal, por significar uma medida extrema, só pode ter incidência quando indispensável, ou seja, quando as medidas extrapenais forem insuficientes para solucionar o conflito.

Bustos Ramirez & Malarée bem assinalam que a definição de um conflito como delito indica por parte do Estado uma opção político-criminal entre as diferentes possibilidades que Ele tem para enfrentar esse processo interativo já definido socialmente como conflitivo ou desviado. Desta maneira, então, a única forma racional de justificar a intervenção do Estado nesta seara é a justificativa de que se trata de uma medida necessária, sob pena de constituir-se numa arbitrariedade¹⁷. Isso fundamenta a intervenção mínima.

Dáí surge a conclusão de que só devem ser tuteladas penalmente as mais graves lesões aos bens jurídicos mais importantes, com dimensão constitucional.

15. QUEIROZ, Paulo de Souza, *Do caráter Subsidiário do Direito Penal*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1998, p.109

16. BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Volume 1*, 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.11

17. BUSTOS RAMIREZ, Juan José y MALARÉE, Hernan Hormozábal, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid., Ed. Trotta, 2004, p. 31

Podendo o conflito ser satisfeito sem necessidade da intervenção penal, torna-se a mesma desnecessária.

Luiz Luisi¹⁸ reconhece que nas legislações constitucionais e penais contemporâneas o princípio não se encontra explicitado, porém, citando Everaldo Cunha Lima, entende que o referido princípio seria imanente, pois vinculado a outros postulados imanentes e com os fundamentos do Estado de Direito. Adiante, o mencionado autor considera que o referido princípio seria uma densificação dos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição), em conjunto com o art. 5º, *caput*, da Carta Magna, que consagra a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O princípio da humanidade é explícito; a lesividade e a intervenção mínima, implícitos, porém revelados em face dos demais princípios regentes na Constituição de 1988. Estes princípios penais, como os princípios de um modo geral, só encontram seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas¹⁹, sentido este que torna alguns dispositivos do Código Penal incompatíveis com o restante do subsistema, como é a hipótese da fraude para recebimento do valor do seguro.

3. O ART. 171, § 2º, V, DO CÓDIGO PENAL ANALISADO À LUZ DOS PRINCÍPIOS PENAIIS

Uma das formas equiparadas de estelionato, previstas no art. 171, § 2º, V, do Código Penal, é a fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro, fazendo incidir nas mesmas penas do estelionato quem “*destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as conseqüências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro*”.

É constante, nas salas de graduação, a pergunta se tal dispositivo representaria a incriminação da autolesão, ao que vem a resposta automática, não pensada, de que tal incriminação não viola tal princípio porque o bem jurídico de tal crime, na verdade, seria o patrimônio da seguradora, como entendimento pacífico da doutrina²⁰.

18. LUISI, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p.25

19. Canaris, cit., 92/93

20. cf. PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 2, 5ª Ed. São Paulo, RT, 2006, p.543, JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito Penal: Parte Especial*, vol. 2 24ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.443 e BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Volume 3*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.293

Em outras palavras, a lesão a um bem jurídico próprio (seja seu próprio patrimônio ou sua própria integridade física) seria incriminada porque afetaria a um bem jurídico de terceiro, através de um meio fraudulento, que induziria em erro a seguradora. Não se pretende discutir, aqui, a destruição ou ocultação de coisa própria, que trata apenas de questão patrimonial. No que concerne, porém, à lesão ao próprio corpo ou o agravamento do mal preexistente, ainda que praticada com único e exclusivo intuito de receber o valor da indenização pela autolesão, há uma flagrante incompatibilidade com os princípios penais fundamentais.

A fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro é uma modalidade equiparada de estelionato, cujo tipo objetivo, previsto no *caput* do art. 171, é composto pelo polinômio: a) vantagem ilícita; b) prejuízo alheio; c) indução ou manutenção de alguém em erro; d) fraude.

Trata-se de crime material, em que a obtenção da vantagem e o dano alheio são indispensáveis para a consumação do crime, regra que se repete para as demais formas equiparadas, desde a fraude na entrega de coisa até a emissão dolosa de cheque sem fundo, pois as figuras contidas no parágrafo 2º do art. 171 submetem-se à mesma principiologia do tipo fundamental, previsto no *caput*²¹.

No que tange, porém, à fraude para recebimento do seguro, a lei estabelece uma exceção. Com efeito, segundo doutrina pacífica²², neste caso o crime é formal, consumado com a mera ação física de lesar ou agravar o próprio corpo ou a saúde, independentemente da obtenção da vantagem financeira almejada.

Sendo crime formal, confere o legislador tratamento mais severo e gravoso a tal modalidade de estelionato, visivelmente desproporcional às demais modalidades de estelionato, previstas no *caput* e suas formas equiparadas.

Um pequeno exemplo demonstra tal incongruência: quem lesa o próprio corpo, com o objetivo de receber o valor do seguro, consome o crime independentemente da obtenção da vantagem, ao passo que um sujeito que simular uma lesão inexistente, com o fim de receber o mesmo prêmio, só irá consumir o crime quando receber o valor da indenização. Enfim, quando a lesão é real, o estelionato está consumado sem que o recebimento do valor do seguro integre o tipo. Quando a lesão é simulada, só vai haver consumação com o recebimento do valor do seguro.

21. Cf. PRADO, cit., p. 535

22. Noronha 405, Mirabete, 318, cf. PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 2, 5ª Ed. São Paulo, RT, 2006, p.545, JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito Penal: Parte Especial*, vol. 2 24ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p.445 e BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Volume 3*, São Paulo: Saraiva, 2003, p.294

Se ambos fracassarem no seu intento, quem se lesou responderá pelo crime consumado. Quem simulou a lesão, por tentativa.

Este fundamento, por si só, com base na proporcionalidade, demonstraria o disparate proporcionado pelo tratamento jurídico-penal de tal ilícito. Mas não há de se falar aqui apenas de proporcionalidade. Há flagrante violação aos demais princípios penais, como se verá.

Um contrato de seguro, na forma do art. 757 do Código Civil, é aquele pelo qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predefinidos.”

O artigo 761 do Código Civil, por sua vez, estabelece que “nulo será o contrato para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário ou do representante de um ou de outro”.

Vê-se, portanto, que a lei não assegura direito ao pagamento do valor do seguro quando o sinistro for provocado por ato doloso do segurado. E um seguro de acidentes pessoais, por exemplo, não cobre lesões corporais leves, e sim modalidades de lesões corporais graves e gravíssimas, escalonadas, atribuindo-se um valor a cada tipo de lesão, isentando as seguradoras de qualquer responsabilidade quando a lesão for provocada dolosamente pelo segurado.

Nesta ótica, a fraude para recebimento do seguro – quando se trata de lesão à própria integridade física – não se justifica, em face do princípio da intervenção mínima. Com efeito, o Direito Civil já exime o segurador de pagar o valor contido na apólice quando o dano for causado por ato doloso do segurado. E há acerto nessa medida, em face do caráter aleatório que caracteriza o contrato de seguro, fundado no risco. Assim não fosse, o corpo seria uma mercadoria para a qual o seguro paga um preço, seja qual fosse a causa do sinistro, e este não é o objeto nem a causa do contrato de seguro. Como salienta Noronha²³, as empresas de seguro privado e os institutos de previdência social são obrigados a ter um capital, “possuir um patrimônio próprio, com o qual fazem face às responsabilidades assumidas e que por isso deve ser defendido”.

Mas, ao lesar o próprio corpo, o segurado já não seria suficientemente penalizado pelo não pagamento do valor do seguro, aliado às conseqüências da lesão em si mesmo causada? Se a intervenção penal apenas deve ocorrer quando não

23. P.400

houver outro modo satisfatório de resolver o conflito, como se entender necessária tal medida em relação ao segurado, já castigado, no próprio corpo, pela sua fraude?

A gravidade e intensidade da intervenção penal na vida do cidadão não se justificam quando o sujeito que lesa a si mesmo se vê fracassado no recebimento de sua recompensa – o valor segurado. As marcas, quase sempre indeléveis, do dano causado à própria saúde ou integridade física trarão, a cada instante, lembranças ao indivíduo do seu infortúnio. Sua necessidade financeira não atendida, e o corpo, agora, menos saudável do que antes, farão com que a situação do sujeito seja consideravelmente pior depois da fraude, do que antes da mesma. E o corpo e a saúde não são bens eternamente renováveis; certamente o indivíduo não tentará mutilar-se novamente, ciente do fracasso anterior. Não há pena que represente prevenção especial melhor do que aquela previamente incidente sobre o próprio corpo do segurado, que trará sempre consigo as marcas do seu ilícito.

Mas poder-se-ia argumentar, igualmente, pela prevenção geral. Não obstante as objeções já conhecidas a este tipo de finalidade da pena²⁴, a intimidação (prevenção negativa) já ocorre pela notícia do infortúnio do fraudador, penalizado pela lesão da sua integridade física, sem a cobertura do seguro realizado, já por si só capaz de produzir mais efeito dissuasivo do que a pena em si, que representa um castigo em excesso. A confirmação da ordem institucional e dos valores positivados (prevenção positiva) também não justifica a aplicação da pena, pois não se pode dizer que um caso concreto inexitoso não seja por si só suficiente para manter a confiança institucional no ordenamento jurídico.

Nem mesmo uma visão retribucionista consegue justificar a necessidade da intervenção criminal a quem causou um mal a si mesmo maior do que o que o Estado iria causar com a pena. Desta forma, o conflito resta suficientemente resolvido pelas esferas extrapenais de intervenção, bastando o não pagamento pela vítima (seguradora) para que se exclua por completo a necessidade da pena. No aspecto, vale citar a lição de Ferrajoli²⁵:

“Se o Direito Penal responde tão somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua ‘absoluta necessidade’ são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo Direito Penal”.

24. No aspecto, Roxin, problemas fundamentais, p. 23 e 24

25. p.373

No caso, as reações social e jurídica (na esfera do Código Civil e dos Contratos) dispensam a intervenção penal, que apenas e tão-somente causará mais dor ao condenado, sem que haja qualquer interesse na exacerbação de seu castigo pessoal.

Por outro lado, em face do princípio da lesividade, não se pode entender compatível com a sanção penal a fraude para recebimento do seguro, na forma com a qual é colocada. Na verdade, antecipar a consumação do crime, mesmo que não haja lesão ao patrimônio da seguradora, representa, de forma travestida, a incriminação da autolesão, pois, do cotejo com a probabilidade de lesão ao patrimônio da seguradora, e a certeza da lesão à integridade física do fraudador, o maior dano quem sofre é o autor do fato, e não a vítima.

Invoca-se o princípio da lesividade, não para alegar que se cogita de uma conduta interna, nem que se trata de um estado ou condição existencial, nem mesmo de uma conduta que não excede o âmbito do próprio autor. Na verdade, há uma recorrência à lesividade porque, não logrando o autor do fato êxito no seu intento, o patrimônio da seguradora já está suficientemente protegido e resguardado, pois sequer haverá lesão, apenas um perigo não concretizado.

Ademais, as conseqüências do ilícito são, independentemente da pena, mais gravosas para o infrator do que para a vítima.

Por fim, não se compatibiliza tal incriminação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Como dissemos linhas atrás, a humanidade penal não é apenas um limite negativo à imposição de certos tipos de pena, mas também uma vedação a incriminação que revele, por si só, uma condição desumana ou indigna. A dignidade, não resta dúvida, é bem indisponível.

Imaginemos então a situação de alguém que lesa o próprio corpo por dinheiro. O que levaria alguém a tomar tal atitude? Ganância, usura, ambição, amor ao dinheiro fácil? Certo que não. A autolesão, ainda que para receber dinheiro, não é um ato de cobiça, mas de desespero, porque vai de encontro à própria natureza humana e ao instinto de preservação. Quem comete tal ato certamente é motivado por uma necessidade premente e urgente de dinheiro, a tal ponto que o mesmo é capaz de mutilar-se para tanto.

Ninguém, nenhuma pessoa deseja, como ideal de felicidade, ter partes do seu corpo mutiladas ou doenças agravadas, com comprometimentos sérios e até permanentes à saúde, mesmo que isso represente um acréscimo financeiro. Na lesão dolosa ao próprio corpo, o segurado, ainda que ganhe dinheiro, sai perdendo, pois dinheiro é bem fungível, e sua integridade física amiúde fica definitivamente comprometida.

Não tendo o segurado de onde obter recursos, apela para o que lhe é mais íntimo e pessoal: sua integridade física, e, com ela, sua dignidade, pois ele coisifica a si mesmo, na esperança de obter algum proveito econômico. Não é a cupidez que impulsiona um ato que atinge, muitas vezes em caráter permanente, a saúde do “ofensor”, mas sim a ausência de perspectivas, uma situação econômica crítica, a ponto de tornar seu próprio corpo uma fonte de recurso.

Causado o mal a si mesmo, aciona a seguradora, que, descobrindo a fraude, nega-se a pagar o valor estipulado na apólice. O sujeito, então, depara-se com a lesão causada ou agravada, com a saúde debilitada, talvez de forma permanente, e se vê castigado, não pelo fracasso do seu meio fraudulento, mas pelas conseqüências infrutíferas do seu ato de desespero, que acarretará, inevitavelmente, no arrependimento.

O dinheiro não pagará o dedo, a mão, a visão, a audição, a saúde e a integridade física, ainda que o segurado quisesse trocá-los por dinheiro da seguradora. O sujeito, agora com a saúde agravada e sem o valor decorrente da apólice, sai da história perdendo, pior do que entrara.

O mal à sua saúde já foi causado, e ele não recebeu o valor do seguro. O sujeito se vê, sem dinheiro e sem saúde. As conseqüências da lesão já não são suficientes para tornar a sanção penal desnecessária? Necessário um castigo a mais? O legislador de 1940 entendeu que sim. O Direito Penal “premia” tal sujeito, que, na última esperança de obter recursos, lesa sua integridade física, com pena idêntica à do estelionato, sem necessidade de causação de prejuízo alheio.

Tal dispositivo viola o princípio da humanidade. Ele revela apenas o caráter seletivo do sistema, incriminando uma conduta que expõe, revela, manifesta a clara situação de indignidade que vive alguém desesperado em busca de recursos financeiros, ainda que às custas do próprio corpo. É a coisificação do homem, o desrespeito à mínima condição humana, em que o homem deixa de ser um fim em si mesmo. Viola o princípio da lesividade, pois há a incriminação da autolesão. Viola o princípio da intervenção mínima, em face da absoluta desnecessidade da intervenção penal.

Assim, ainda que os princípios, por serem carentes de densificação, sejam de aplicação subsidiária, do ponto de vista axiológico eles prevalecem sim sobre as normas, dada a sua generalidade, a sua possibilidade de comportar uma série indefinida de aplicações e o seu caráter de fundamentalidade. Por conseqüência, há de ser declarada a manifesta inconstitucionalidade do art. 171, § 2º, inciso V, do Código Penal.

4. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios – da definição á aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.70
- BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Volume 1*, 8ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2003,
- BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Tratado de Direito Penal – Volume 3*, São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOCK, Ana Maria. *Psicologias. Uma introdução ao estudo de psicologia*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan José y MALARÉE, Hernan Hormozábal, *Nuevo sistema de derecho penal*, Madrid., Ed. Trotta, 2004
- 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*, 5ª Ed., Coimbra, Livraria Almedina, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, Trad. Ana Paula Zomer e Outros, São Paulo: Madri, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simon, Madrid, Trotta, 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista de, *Direito Penal: Parte Especial*, vol. 2 24ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Trad. José Lamego, 3ª Ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LUISI, Luiz, *Os Princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque, *Direito Penal: Sistemas, Códigos e Micro-sistemas*. Curitiba: Ed. Juruá, 2004
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional Tomo IV: Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora. 1998.
- MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 11ª Ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, V. 2, 5ª Ed. São Paulo, RT, 2006.

PRIETO SANCHÍS, Luis. La filosofía penal de la Ilustración: In: PECES-BARBAMARTINEZ, Gregorio, FERNANDEZ GARCÍA, Eusebio e ASÍS ROIG, Rafael, *Historia de los derechos fundamentales, Tomo II – Siglo XVIII, volumen II – La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza, *Do caráter Subsidiário do Direito Penal*, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1998.

SMANIO, Gianpaolo Poggio, *A tutela Penal Constitucional*, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, ano 10, n.º 39, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Direito Penal Brasileiro- I, Teoria Geral do Direito pena*. Rio de Janeiro, Revan, 2004.

VII

ENSAIO SOBRE UMA TEORIA GERAL DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: À LUZ DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA

Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo.

Mestrando em Direito Público na linha de *Limites à Validade do Discurso Jurídico* junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduado em Ciências Criminais junto à Fundação Faculdade de Direito vinculada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Penal e Processo penal da Universidade Católica do Salvador, Professor de Direito Penal da Faculdade Baiana de Ciências, Professor de Direito Processual Penal da Escola dos Magistrados da Bahia e Professor de Direito Penal da Faculdade Batista Brasileira. Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada.

RESUMO: O presente trabalho busca explicitar os aspectos gerais e mais abrangentes atinentes aos atos de comunicação, procurando oferecer parâmetros para uma teoria geral dos atos de comunicação, fixando características em comum entre as diversas modalidades de atos dessa natureza. Sendo assim, fixa-se os pressupostos e requisitos dos atos de comunicação, bem como os seus fundamentos e finalidades. No momento seguinte, então, é feita uma breve abordagem da Teoria da Ação Comunicativa proposta por Habermas, com o escopo de que esta sirva de espeque para a construção da teoria geral do atos de comunicação no processo penal. Por fim, os atos de comunicação são analisados à luz da Política Criminal, da Criminologia e da Constituição, com o intuito de que sejam estabelecidas algumas conclusões sobre esses.

RÉSUMÉ: Firstly, this essay looks forward to indicate general aspects about communication acts

and to establish parameters for a general theory of communication acts, through the identification of common characteristics among this kind of act. After that, there is a brief approach of the Communication Action Theory proposed by Habermas, which were used as a support for the construction of a general theory of the communication acts in penal process. Finally, communication acts were analyzed under de light of Criminal Policy, Criminology and Constitution, what made possible the establishment of some conclusions about the theme.

PALAVRAS-CHAVES: 1. Ensaio de uma Teoria dos Atos de Comunicação; 2. Teoria da Ação Comunicativa; 3. Aspectos Político-Criminais e Criminológicos.

KEY-WORDS: 1. Essay of a Communication Acts Theory; 2. Communication Action Theory; 3. Political-Criminal Aspects and Criminology.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Dos pressupostos e dos requisitos dos atos de comunicação – 3. Das finalidades e dos fundamentos dos atos de comunicação – 4. Do destinatário do ato de comunicação – 5. Da Teoria da Ação Comunicativa Habermasina – 6. A Política Criminal, a Criminologia e a Constituição.

1. INTRODUÇÃO

A citação, a intimação e a notificação são atos de comunicação no processo penal¹. E isso, certamente, não representa para o leitor mais informado acerca do tema qualquer novidade. Pois bem. Sendo assim, para que possamos analisar, ainda que em linhas gerais esses atos de comunicação, impõe-se de imediato o dever de entendê-los como tais, ou seja, de entendê-los como atos de uma comunicação que venha a ocorrer dentro do processo.

Nessa nossa breve introdução em torno dos atos de comunicação, esclarecemos, desde já, ao leitor, que não temos em mira os atos de cientificação que venham a ser realizados antes de se poder afirmar categoricamente que existe processo. Vale dizer, temos em mente apenas os atos de comunicação ocorrentes dentro do processo, dito de outra maneira, já tendo se constituído perfeitamente o processo.

Feita tal observação, pensamos que a citação, a intimação e a notificação, para que sejam entendidas como atos de comunicação precisam obedecer ao que chamamos de *núcleo essencial do ato de comunicação*. Mas o que seria o núcleo essencial do ato de comunicação? A nosso ver, seria o núcleo em comum que todo ato de comunicação deve possuir. Esse núcleo é constituído pelos seguintes elementos: a) emissor; b) receptor; c) informação; e d) instrumento utilizado para comunicação.

O emissor é sempre, a nosso ver, o Estado-Juiz. O receptor é o réu, o autor, a testemunha, o perito, o intérprete e qualquer outra pessoa que interesse ao processo. A informação é o conteúdo que se quer comunicar por meio da citação, da notificação ou da intimação. Tal informação pode ser alusiva a fato novo, a fato pretérito ou, ainda, a fato futuro do processo. O instrumento utilizado para comunicação pode ser o correio, o mandado a ser cumprido pelo Oficial de Justiça, o telefone, o fax, o e-mail, o edital ou qualquer outro meio hábil, a depender de qual seja o ato de comunicação que esteja sendo considerado.

1. Consideramos a citação, a intimação e a notificação como atos de comunicação, vez que tais atos têm em comum a transmissão de uma informação. Pois bem, é tomando por base a finalidade de tais atos que foi elaborada nessa oportunidade um esboço de uma teoria geral dos atos de comunicação.

Ante o exposto, percebe-se que assim como qualquer ato de comunicação, a citação, a intimação e a notificação devem apresentar tais características.

2. DOS PRESSUPOSTOS E DOS REQUISITOS DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO

Tecidas essas considerações preliminares, cabe agora passarmos ao exame dos pressupostos e requisitos dos atos de comunicação. Diga-se, desde já, que tanto as observações feitas na abordagem introdutória como os esclarecimentos sobre os quais ora iremos discorrer, dizem respeito a uma teoria dos atos de comunicação, que poderemos, por assim chamar, de teoria geral da comunicação ou dos atos de comunicação. Dito de outra forma, os pilares que ora trazemos a público são aplicáveis, consideradas as peculiaridades de cada ato, à citação, à notificação e à intimação. Portanto, não deve incorrer o operador e o estudioso do direito em tal falha, ou seja, no equívoco de imaginar que essas explicações guardam pertinência apenas à intimação e à notificação, sem se referir à citação. Enfatize-se, por uma vez mais, que tais noções são, por conseguinte, de índole genérica e abrangente.

Nesse momento o leitor, poderia estar se indagando: qual a distinção entre pressuposto e requisito? E somada a tal pergunta, acrescentaríamos duas outras mais: qual a distinção entre pressuposto, requisito e condição? Tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste? Passemos, então, a um esboço de resposta à cada uma dessas perguntas.

No que tange ao pressuposto, ao requisito e à condição, pensamos que a distinção entre tais elementos esteja no *momento em que se observa o ato jurídico*, isto é, encontre-se no momento de realização do ato jurídico. Se é certo que o ato de comunicação é um ato processual, força é convir que todo ato processual é um ato jurídico e, como tal, submete-se, dadas as devidas proporções, à teoria geral dos atos jurídicos. Sendo assim, pensamos que pressuposto são todos os elementos que devam existir previamente (no pretérito) à realização do ato processual (ato jurídico).

Por outro lado, os requisitos são todos os elementos que devam estar presentes (no momento presente) no instante em que o ato processual está sendo consumado. Por sua vez, a condição, como já antecipa o Código Civil (CC, artigo 121 – “Considera-se condição (...) evento **futuro** e incerto”) são todas as circunstâncias que possam vir a ocorrer no futuro. Nesse passo, convém assinalar que o direito civil nos ensina que pode haver duas espécies de condição, quais sejam, a resolutiva e a suspensiva.

Desta forma, portanto, nota-se que o ato jurídico pode ser analisado em três momentos distintos, quais sejam, pretérito, presente e futuro. Vale dizer o ato jurídico deve ser percebido no seu antes, no seu durante e no seu depois. Logo, se isso se observa quanto a ele, o mesmo deve ocorrer quanto ao ato processual, como ato jurídico que é.

Cientes de que tal proposta de distinção de tais expressões pode merecer diversas críticas da doutrina, advertimos ao leitor que a distinção que ora estabelecemos, como todo argumento jurídico, tem cunho subjetivo e valorativo e que, por isso, não pode ser tomado de forma inquestionável. Dessa maneira, toda crítica é produtiva e encontra, a nosso ver, papel relevante na produção do conhecimento hermenêutico jurídico.

Respondidas as duas primeiras indagações, cabe a nós agora enfrentar a última: tomado em consideração o ato de comunicação, quais são os requisitos e os pressupostos deste?

A nosso ver, os pressupostos do ato de comunicação (citação, intimação e notificação) são: a) a previsão legal do ato de comunicação; b) a relação jurídica processual em desenvolvimento. De outro lado, os requisitos são: a) o Estado-Juiz (emissor da mensagem); b) o receptor (réu, autor, perito, testemunha etc.) da mensagem; c) o conteúdo da mensagem, ou seja, o ato processual que foi realizado ou que será realizado; e d) o instrumento processual utilizado para fazer a comunicação, isto é, se foi carta precatória, ou carta rogatória, ou AR, ou e-mail etc.

Mas, ao final de tais explicações, poderia restar ainda a seguinte dúvida: qual a finalidade do ato de comunicação? E mais que isso, qual o fundamento do ato de comunicação?

3. DAS FINALIDADES E DOS FUNDAMENTOS DOS ATOS DE COMUNICAÇÃO

A finalidade do ato de comunicação é transmitir uma mensagem com sucesso. Em outras palavras, o escopo de qualquer ato de comunicação é dar publicidade de um evento que aconteceu ou que está por acontecer a uma determinada pessoa que faça parte (entendido no seu sentido amplo) do processo. Isto é, a finalidade direta do ato de comunicação é a publicidade interna ao processo. Mas essa seria apenas uma finalidade imediata. Uma outra finalidade do mesmo ato é a que podemos denominar de mediata ou indireta. Nesse sentido, o ato de comunicação tem por objetivo deixar registrado e certificado dentro dos autos do processo que tal mensagem foi transmitida, de maneira efetiva ou fictícia, ao destinatário previsto em lei. Ou seja, a finalidade indireta do ato de comunicação é dar conhecimento

às demais pessoas estranhas à relação processual da mensagem que se quis comunicar. Nesse sentido, o ato de comunicação é também uma prestação de contas à sociedade, o que, na verdade, todo processo é, na medida em que serve aos ditames da Democracia. Por isso, a finalidade indireta do ato de comunicação é a publicidade externa ao processo.

Quanto aos fundamentos dos atos de comunicação, pensamos que estes sejam os seguintes: a) o princípio da publicidade, b) o princípio da ampla defesa, c) o princípio do devido processo legal, d) o princípio do contraditório, e) o princípio da motivação das decisões e f) o princípio democrático².

Tratam-se de princípios largamente estudados na doutrina³, mas que merecem nessa oportunidade serem explicitados e aprofundados tendo por escopo destacar a relevância do papel desempenhado pelos atos de comunicação no processo penal contemporâneo, promovendo-se, assim, uma refundação de tais atos à luz do princípio democrático.

Quanto ao princípio da publicidade, este é o fundamento mais emergente dos atos de comunicação, vez que mesmo num primeiro olhar mais aligeirado sobre os mesmos, já se percebe sua nota marcante. Note-se que tal princípio é também o primeiro a conferir a importância crescente que tais atos vêm ganhando na sociedade contemporânea. O princípio da publicidade é, a um só tempo, fundamento e finalidade do ato de comunicação. Finalidade, como destacado linhas atrás, se considerado enquanto finalidade imediata e mediata. Fundamento, se tomado como expressão de legitimidade do processo. Em outras palavras, a publicidade serve de fundamento ao ato de comunicação, pois maximiza a legitimidade desse e, por via de consequência, do próprio processo.

No que pertine ao princípio da ampla defesa, esse se presta a fundamento do ato de comunicação, vez que garante ao réu uma comunicação clara, determinada e objetiva da imputação que lhe é feita, de sorte a proporcionar-lhe a efetiva garantia de defesa, seja essa técnica, seja por meio da autodefesa.

No que concerne ao princípio do devido processo legal⁴, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido pela doutrina sob dois

2. Sobre a importância do princípio democrático, consultar FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002, p.74-75.
3. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, 5ª edição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pp.30-40; 127-148; 165-166; e 172-177.
4. Cumpre assinalar que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara processual penal, vez que não há crime nem pena, sem que haja processo. Logo, não se deve compreender tal princípio sob os mesmos moldes que esse é estudado pela doutrina processual civil.

aspectos, a saber: processual (*procedural due process*) e material (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido processual e devido processo legal em sentido material. Naquele sentido, o devido processo legal é compreendido como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido quando vier a ser processado, ou seja, o direito a conhecer com antecedência os atos processuais a que será submetido pelo Estado, em outras palavras, o direito a não ser surpreendido. Tomado no seu sentido material, este princípio tem seus limites territoriais expandidos, passando a conter dentro de si outros princípios, como, por exemplo, o princípio da isonomia entre as partes. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como a garantia a um processo justo.

Pois bem. Tecidas tais considerações, cabe assinalar, então, que o princípio do devido processo legal é também fundamento dos atos de comunicação, à medida que exige que esses sejam praticados de acordo com as regras previamente estabelecidas na lei processual e sejam exercitados da maneira mais justa. Entendemos aqui como exercício da maneira justa, o esforço que deve ser empreendido para garantir que o ato de comunicação seja real, evitando-se, ao máximo, a realização do mesmo pela via fictícia.

No que tange ao princípio do contraditório, entendendo-se esse como corolário do princípio da isonomia das partes e, por conseguinte, como garantia de paridade de armas a essas, tomamos esse como outro fundamento dos atos de comunicação, em razão de que tais atos devem ser compreendidos como expressão efetiva da igualdade de oportunidades durante o trâmite do processo. Os atos de comunicação oportunizam o exercício do dissenso pelas partes, para que ao final do processo possa se construir um consenso.

Por suas vez, o princípio da motivação⁵ das decisões presta-se a fundamento dos atos de comunicação, pois esses devem decorrer de uma decisão judicial, produzindo e reproduzindo a mesma. Esclarecendo melhor, os atos de comunicação só existem enquanto eles mesmos, quando se apresentam como fruto de uma decisão judicial fundamentada. Se entendermos que o processo é um instrumento estigmatizante⁶, que se presta a rotular os sujeitos por eles envolvidos, perceberemos que os atos de comunicação são também, em certa medida, a

5. Note-se que o princípio da motivação está fundado em motivos fáticos e jurídicos e que tal princípio, juntamente com o princípio da publicidade, são os limites mais evidentes contra a prática de atos arbitrários e abusivos.

6. Convém salientar que o processo, além de ser um instrumento estigmatizante, pode ser também elemento propulsor de uma criminalização secundária, à medida que, em vez de prevenir a prática de delitos, preste-se a produzir os mesmos. Sendo assim, o ato de comunicação, mais especificamente, a citação, deve

primeira expressão dessa estigmatização⁷, pois é a partir desse momento que o sujeito passivo processual passa a ser rotulado pelo contexto social. Sendo assim, a decisão de determinar um ato de comunicação, deve ser necessariamente uma decisão judicial, vez que deve ser uma decisão fundamentada, ponderada e equilibrada.

Por outro lado, é o ato de comunicação que produz e reproduz a decisão que por meio dele é expressa. Produz, enquanto elemento integrante e constituinte do ato de decisão, ou seja, enquanto constitutivo da manifestação de poder, tendo-se em foco o Estado-Juiz. E reproduz, na medida em que é compreendido por aquele a que se destina, reverberando na conduta futura (após a realização do ato de comunicação) do sujeito-destinatário

Por fim, o ato de comunicação encontra seu fundamento último e mais relevante no princípio democrático, vez que, observado por esse prisma, tal ato confere legitimidade a decisão que vier a ser proferida. Entende-se por legitimidade a circunstância de que a decisão que será imposta às partes é produto da participação ativa que estas desempenham na relação processual. Nesse sentido, a decisão judicial é fruto do dissenso inicial entre as partes, voltado à busca de um consenso. E, na construção desse consenso, é de grande importância o papel dos atos de comunicação, à medida que relaciona e problematiza a pretensão do sujeito emissor e a resistência do sujeito destinatário.

4. DO DESTINATÁRIO DO ATO DE COMUNICAÇÃO

O destinatário do ato de comunicação variará de acordo com a espécie de ato praticado. Isto porque, enquanto a citação só pode se dar, em regra, na pessoa do réu, sendo esse, por conseguinte, o seu sujeito destinatário por excelência, o mesmo não ocorre quanto aos demais atos de comunicação.

A intimação e a notificação são atos de comunicação bastante semelhantes quanto ao sujeito destinatário. Em razão de tal circunstância, fez-se aqui a opção

ser devidamente motivado e proporcional, pois deve o juiz também ter em consideração ao determinar a citação que esta é estigmatizante e, em alguns casos, causa de criminalização secundária. Ressalte-se, por oportuno, que a relação jurídica processual somente se aperfeiçoa com a realização da citação válida do réu.

7. Ao colocarmos em voga a estigmatização provocada pelo processo, bem como pelo ato de comunicação, em si, queremos também deixar aberta a possibilidade de se discutir a responsabilização civil do Estado-Juiz pelo ato de comunicação praticado com erro ou dolo e que venha a causar prejuízo ao sujeito-destinatário do ato de comunicação, seja no que toca aos lucros cessantes, seja no que concerne aos danos emergentes (materiais e/ou morais). Entrementes, ciente de que o tema é movediço, preferimos não fazer, por ora, qualquer assertiva mais incisa acerca do assunto, seja sustentando a possibilidade de indenização, seja repelindo qualquer idéia nesse sentido.

de cuidar do sujeito destinatário de tais atos de comunicação a partir de uma única perspectiva. Logo, onde se mencionar a expressão notificação, as considerações feitas acerca desse ato serão válidas e aplicáveis à intimação.

Quanto ao sujeito destinatário da notificação (e/ou intimação), convém formular, de imediato, a seguinte indagação: a notificação (e/ou intimação) só de destina às testemunhas e aos réus?

A resposta a tal pergunta é: não. Em todas as oportunidades em que a autoridade determinar que seja alguém comunicado de que deve fazer ou deixar de fazer algo, resultando a desobediência na cominação de uma sanção, então, se pode falar, de maneira técnica, em notificação.

Releva notar que está excluído dessa conceituação o chamamento inicial, que se faz por meio de citação. Dessa maneira, notificam-se as testemunhas para que venham depor...Caso as **testemunhas** não atendam à convocação, sujeitar-se-ão às sanções estabelecidas nos artigos 218 e 219 do CPP. Notifica-se o **réu** para presenciar a oitiva das testemunhas. E se desatender ao comunicado? Nesse caso, o processo continuará à sua revelia, de acordo com o artigo 367 do CPP. Notifica-se o **expert** a está presente diante da autoridade ou em lugar determinado. A violação submetê-lo-á à cominação prevista no parágrafo único do artigo 277. Igual atitude será adotada contra o **intérprete**, quando notificado, por força do que pontifica o artigo 281 do *codex*. A **vítima** é notificada para se fazer presente diante da autoridade para dar declaração, uma vez que sua inobservância redundará na adoção do que dispõe o parágrafo único do artigo 201. Os **jurados** são notificados a comparecer à sessão do Tribunal do Júri. Na hipótese de desatendimento, a eles serão aplicadas as sanções inscritas no artigo 443. Qualquer que seja o ato do processo, deverá ser o **assistente de acusação** notificado posto que sua desobediência provocará a cominação imposta no parágrafo segundo do artigo 271. Notificado ainda deverá ser o **querelante**, quando disser respeito a ato processual a que deva comparecer, vez que a sua ausência resultará em perempção, de acordo com o inciso III do artigo 60. Note-se que o **membro do Ministério Público** e o **Defensor** são também notificados, e o seu desatendimento pode levar o magistrado, na primeira situação, a prestar tal notícia ao Procurador Geral de Justiça e, na segunda, a cominar a regra disposta no artigo 265 do *codex*.

Convém assinalar, por conseguinte, que o único sujeito processual a quem à notificação não se dirige é ao juiz, posto que este é sempre o emissor da mensagem (do comando) a ser comunicada, não podendo, portanto, ser jamais o seu receptor. Contudo, quando fazemos tal assertiva estamos tendo em mente uma

relação jurídica simples dialética, vez que se ao lado desta relação surge uma nova relação, tornando-se uma relação complexa, como, por exemplo, na exceção de suspeição, o juiz também poderá ser destinatário de uma notificação.

Feitas tais considerações, tratemos, agora, de forma breve, da Teoria da Ação Comunicativa, concebida por Jürgen Habermas, de sorte a aprofundarmos a discussão acerca do ato de comunicação em si.

5. DA TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASINA

Antes de explicarmos detidamente a Teoria da Ação Comunicativa de Habermas⁸, tentaremos nessas primeiras linhas elaborar uma síntese apertada do pensamento desse importante filósofo alemão.

Habermas, descendente legítimo da Escola de Frankfurt, desenvolve a chamada Teoria da Ação Comunicativa. Sua proposta visa ser um instrumento de superação da razão iluminista (razão instrumental) a qual, segundo jusfilósofo alemão, é transformada num novo mito e que encobre a dominação burguesa. Sendo assim, tal autor propõe o cultivo a lógica da troca de idéias e informações entre os sujeitos históricos, estabelecendo o diálogo⁹ como forma de produção de conhecimento.

Estabelecido o diálogo como forma de produção de conhecimento, Habermas, então, num momento seguinte, propõe duas abordagens teóricas possíveis à sociedade: a) o Sistema, e b) o Mundo da Vida.

O Sistema refere-se à “Reprodução Material” norteada pela lógica instrumental (adequação dos meios aos fins). O Mundo da Vida, por sua vez, refere-se à “Reprodução Simbólica”, a qual é uma *rede de significados* que compõem determinada *visão de mundo*. Tais significados estão vinculados aos fatos objetivos, às normas sociais e aos conteúdos subjetivos.

Segundo Habermas, durante a Modernidade¹⁰, se assistiu à colonização do mundo da vida pelo sistema, bem como a uma crescente instrumentalização do conhecimento, o que se evidencia no surgimento do direito positivo e na circunstância de restringir o debate normativo aos técnicos e especialistas.

8. HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

9. Pensamos que uma das formas de se viabilizar tal diálogo dentro do processo se dá por meio da realização dos atos de comunicação.

10. HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Diante desse quadro, então, Habermas elabora sua filosofia voltando-se para o estudo da Ética e do Conhecimento. Note-se, a propósito, que sua tese para explicar a Produção de Saber Humano recorre, de certa forma, ao evolucionismo de Charles Darwin, isto porque a falibilidade possibilita desenvolver capacidades mais complexas de conhecer a realidade (evolucionismo, assim, através dos erros).

Habermas defende uma ética universalista, deontológica, formalista e cognitivista. Segundo o autor, os princípios éticos não devem ter conteúdo. Através das discussões (discurso¹¹), da participação nas decisões públicas, deve-se possibilitar a avaliação dos conteúdos normativos demandados naturalmente pelo mundo da vida.

Percebe-se, assim, que a teoria de Habermas é uma Teoria Discursiva em prol da Integração Social e que tem como conseqüência a Democracia e a Cidadania. Tomada por base a sua teoria, a resolução dos conflitos vigentes na sociedade deve ser resultado do consentimento de todos concernidos. Desta forma, a Justiça, de acordo com o pensamento de Habermas, é a possibilidade que o destinatário do comando normativo deve ter de influir na elaboração da norma. Logo, só há justiça por meio da democracia, por meio do *agir comunicativo*¹², que se ramifica por meio do *discurso*.

Esclarecidos, preliminarmente, alguns aspectos acerca do pensamento habermasiano. Passemos, então, a tratar das três idéias fundamentais desenvolvidas por esse respeitado filósofo alemão, a saber: a) a esfera pública, b) a reconciliação da hermenêutica com o positivismo e c) a teoria da ação comunicativa.

A esfera pública é o espaço no qual as pessoas discutem sobre a vida, mas que não se confunde com as esferas da vida doméstica, da igreja ou do governo. Nesse espaço, as idéias seriam examinadas, discutidas e argumentadas.

Convém salientar, a propósito, que, segundo Habermas, o espaço da esfera pública¹³ tem diminuído sob a influência das grandes corporações e do poder da mídia. A redução da esfera pública é, para Habermas, uma estratégia de divisão e de conquista.

Quanto à reconciliação da hermenêutica e do positivismo, a sociedade e as ciências culturais humanas são domínios estruturados ao redor de símbolos. Os símbolos são objetos de interpretação e, por isso, qualquer metodologia que negligencie a hermenêutica está destinada ao fracasso. Sendo assim, existe um

11. O discurso como problematização do diálogo.

12. HABERMAS, Jürgen. *Racionalidade e Comunicação*. São Paulo: Edições 70, 2000.

13. Segundo Habermas, a internet é a mais nova esfera pública.

terceiro nível de lógica: o de poder e dominação que são explicados por uma teoria crítica.

No que diz respeito à Teoria da Ação Comunicativa, Habermas, então, afirma que a linguagem é a base de sua filosofia. A linguagem é tomada como “ato de fala”¹⁴, consideradas as suas entonações e com uma função pragmática. Em outras palavras, a teoria de Habermas acerca da linguagem é performática¹⁵.

A linguagem, segundo Habermas, é justificada em quatro níveis de validade: a) o que é dito é compreensível (utilização de regras semânticas inteligíveis), b) que o conteúdo do que é dito é verdadeiro, c) que o emissor justifica-se por certas normas que são invocadas no uso do idioma, e d) que o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor (comunicação não distorcida). Percebe-se, assim, que a teoria da ação comunicativa questiona a definição de verdade¹⁶ como valor de caráter universal.

Feitos tais esclarecimentos, tentaremos, agora, explicar com um pouco mais de profundidade a teoria discursiva de Jürgen Habermas.

A Teoria do Agir Comunicativo¹⁷ analisa as instituições jurídicas e propõe um modelo onde se interpenetram Justiça, Razão Comunicativa e Modernidade. Nesse sentido, o Direito¹⁸ é *facticidade* quando se realiza os desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. Por outro lado, o Direito é *validade* quando suas normas se fundam em *argumentos racionais ou aceitáveis* por seus destinatários.

A tensão existe, portanto, na relação entre *elementos sancionatórios* e *elementos de autolegislação*. A sanção (facticidade) restringe o nível de *dissenso*; o dissenso é superado quando as normas jurídicas são emanações do povo (validade).

14. O escopo do ato de fala é o convencimento do outro, que tem como pressuposto a pretensão de validade do falante e do receptor, de sorte a produzir o consenso.

15. Nesse passo, é importante destacar que há diversas “teorias da linguagem”, podendo se falar, de forma sintética, em três variantes: a) teoria performática (Habermas) – linguagem como “ato de fala”; b) teorias existencialistas (Heidegger e Gadamer) – a linguagem é uma relação existencial entre o homem e si mesmo e o objeto e si mesmo, tomados como fenômenos históricos; c) Teoria Sintática-Semântica (Paulo de Barros de Carvalho, entre outros) – a linguagem como sintaxe (o estudo da relação entre um vocábulo e os demais vocábulos na composição de uma oração) e como semântica (o estudo da relação entre o vocábulo e o objeto da informação).

16. Habermas sustenta que toda verdade é uma verdade consensual. A verdade consensual é aquela que absolve o *dissenso*.

17. HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2002.

18. Habermas não admite uma resposta única e estática para o fenômeno do Direito, vez que entende este como um fenômeno dinâmico e em constante metamorfose.

A tensão se verifica entre *coerção* do Direito – que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia de *autolegislação* – ou seja, da suposição de autonomia política dos cidadãos associados, o que resgata a pretensão da legitimidade das próprias regras, isto é, racionalmente aceitáveis.

Habermas defende, assim, o abandono de uma razão prática e a assunção de uma razão comunicativa. A razão comunicativa, ao contrário da razão prática, não oferece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa. A razão comunicativa afasta-se da tradição prescritiva da razão prática.

Convém assinalar, então, que Habermas quer situar a legitimidade do Direito não no plano metafísico, mas no *plano discursivo procedimental*¹⁹.

Releva notar, por oportuno, que Habermas através da teoria do agir comunicativo, na qual a *linguagem* supera a dimensão sintática e semântica, constituindo o *médium* de *integração social*, ou seja, o mecanismo pelo qual os agentes sociais se interagem e fundamentam racionalmente as pretensões de validade discursivas aceitas por todos.

Visto desta forma, segundo a filosofia habermasiana, o ordenamento jurídico emana das diretrizes dos discursos públicos e da vontade democrática²⁰ dos cidadãos institucionalizados juridicamente. É nesse contexto, então, que Habermas defende, portanto, a substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo, que através de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, sustentada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por *procedimentos discursivos*²¹, chegam à norma.

Desta maneira, a fundamentação do Direito²², a sua medida de Legitimidade, é definida pela *razão do melhor argumento*. O Direito, segundo Habermas, deve ser a emanção da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais. Sendo assim, nas sociedades contemporâneas pós-metafísicas torna-se inviável a fundamentação do direito numa suposta ordem natural, numa dimensão ética ou numa moral metafísica.

Portanto, o princípio do discurso, após assumir forma jurídica, transforma-se em princípio da democracia. Logo, é através de uma concepção discursiva e

19. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia II*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 2001.

20. Para Habermas, ao contrário de Hannah Arendt, a democracia tem como ponto de partida o dissenso e, como ponto final, a construção do consenso.

21. O discurso, segundo Habermas, reduz a arbitrariedade e o subjetivismo das decisões.

22. Habermas entende o Direito como fenômeno de auto-compreensão das sociedades modernas.

procedimental que se pode construir uma presunção de legitimidade e racionalidade de conteúdo de uma norma.

Diante do exposto, pensamos que os atos de comunicação no processo penal devem ser entendidos, dadas às devidas proporções, como “atos de fala”, ou seja, a partir de uma compreensão performática da linguagem. Nesse sentido, tais atos devem ser compreendidos como instrumentos de construção de uma verdade consensual que restará manifestada, ao final de um processo comunicativo-dialético, no ato de decisão e manifestação de poder que é a sentença. Verdade consensual esta, que, a nosso ver, é aquela que absolve o *dissenso*, afastando-se, desta forma, qualquer referência ao decadente dogma da verdade real.

Note-se que ao consideramos os atos de comunicação no processo penal à luz da teoria do agir comunicativo, acreditamos que tais atos devem, também, está submetidos aos quatro níveis de validade da linguagem mencionados por Habermas, os quais são, novamente, aqui reproduzidos: a) o que é dito é compreensível (utilização de regras semânticas inteligíveis), b) que o conteúdo do que é dito é verdadeiro, c) que o emissor justifica-se por certas normas que são invocadas no uso do idioma, e d) que o emissor é sincero no que diz, não tentando enganar o receptor (comunicação não distorcida).

Sendo assim, os atos de comunicação conferem legitimidade à decisão obtida por meio do processo, à medida que tal decisão é fruto do melhor argumento (argumento é racional e aceitável) e é construída a partir do *dissenso* e em busca do *consenso*.

Tecidos alguns esclarecimentos sobre a teoria da ação comunicativa e estabelecida uma vinculação entre esta e os atos de comunicação no processo penal, analisemos, agora, tais atos sob as perspectivas da Política Criminal, da Criminologia e da Constituição.

6. A POLÍTICA CRIMINAL, A CRIMINOLOGIA E A CONSTITUIÇÃO

Os atos de comunicação, assim como o processo penal, devem ser analisados também sob o prisma da política criminal e da criminologia²³. Ou seja, a doutrina moderna, a nosso ver, não pode mais continuar a tratá-los apenas sob o aspecto dogmático, mas também deve compreendê-los como instrumentos de uma política criminal escolhida pelo Estado, a qual produz as mais variadas conseqüências criminológicas.

23. Sobre a Criminologia, consultar GARCIA PABLOS, Antônio & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2003.

É importante que se perceba o conteúdo político criminal que se encontra encoberto pelas normas prescritas pelo código de processo penal. Tal conteúdo se manifesta sob diversos aspectos, vejamos alguns: a) a proibição ou a permissão da citação por hora certa no processo penal; b) o maior ou menor elenco de hipóteses que autorizam a citação por edital; c) a própria existência da citação por edital no processo penal moderno; d) a opção por determinar a suspensão do processo no caso descrito pela norma do artigo 366 do CPP, não se permitindo, em princípio, o julgamento do réu à revelia; e) a maior ou menor limitação na utilização de novos mecanismos tecnológicos (e-mail, telegrama, telefone etc.) para a realização dos atos de comunicação; f) o pequeno número de normas dispensadas pelo código de processo penal ao tratar da intimação e da notificação; g) a despreocupação técnica do código de processo penal ao empregar como sinônimos as expressões notificação e intimação; h) a omissão do legislador em não ter delimitado, expressamente, um prazo máximo para suspensão do processo e da prescrição, dentre outros aspectos.

Descoberto o *véu das reais intenções* do legislador, é deveras salutar, no momento seguinte, que o intérprete também perceba as conseqüências de ordem criminológica²⁴ que tais opções implicam ou podem implicar. Pontuemos, então, algumas delas: a) a estigmatização do réu com a determinação do ato de citação; b) a criminalização secundária que a citação e o processo penal, como um todo, podem ocasionar; c) o caráter simbólico dos atos de comunicação; d) o aspecto preventivo-retributivo do ato de citação e do processo penal; e) os prejuízos experimentados pela pessoa equivocadamente citada, ou pelo réu que respondeu ao processo e, ao final, foi julgado inocente. Estas são algumas das repercussões criminológicas que, a nosso ver, podem ser destacadas.

Ademais, note-se, ainda, que tais atos de comunicação devem ser, agora, (re) interpretados sob o comando da Constituição Democrática de 1988, não podendo mais serem analisados, exclusivamente, à luz da legislação infraconstitucional. Tal assertiva implica, a nosso ver, nas seguintes conseqüências: a) os atos de comunicação devem ser tomados como garantias individuais do cidadão frente ao Estado, b) devem ser analisados à luz dos princípios constitucionais, c) devem ter o seu alcance delimitado pelos valores constitucionais; d) devem ter os seus contornos definidos por um processo legislativo democrático, além de outras conseqüências aqui não mencionadas.

24. FIGUEIREDO DIAS, Jorge & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

VIII

PANORAMA DOS ESTUDOS SOBRE “DIREITO E LITERATURA” NO BRASIL

Daniel Nicory do Prado

Advogado, servidor do Ministério Público Federal, mestrando em Direito Público da Universidade Federal da Bahia, membro suplente do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia.

RESUMO: O presente trabalho visou a traçar um panorama dos estudos sobre “Direito e Literatura” no Brasil, sem a pretensão de apresentar uma relação exaustiva da produção acadêmica sobre o tema. Para tanto, foi necessário: revisar os níveis de inter-relação entre Direito e Literatura, propondo uma classificação dos mesmos; apresentar um longínquo precursor desse campo de estudos, aparentemente desconhecido pelos pesquisadores contemporâneos; mapear os principais grupos de pesquisa do país; e refletir sobre alguns temas recorrentes nos trabalhos publicados recentemente.

ABSTRACT: This paper consisted in an overview on “Law and Literature” studies in Brazil, in which: the main forms of interaction between Law and Literature were revised and classified; a long-time and probably unknown predecessor was presented; the most important research groups on the country were identified; and some recurrent subjects, on contemporary publications, were analyzed.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Literatura; Grupos de Pesquisa; Shakespeare; Machado de Assis.

KEYWORDS: Law and Literature; Research Groups; Shakespeare; Machado de Assis.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Níveis de inter-relação entre Direito e Literatura – 3. Panorama dos estudos sobre “Direito e Literatura” no Brasil: 3.1. Os “pioneiros”; 3.2. Os grupos de pesquisa sobre “Direito e Literatura”; 3.3. O grupo de trabalho sobre “Direito e Literatura” do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI); 3.4. Alguns temas recorrentes: 3.4.1. “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare; 3.4.2. A obra de Machado de Assis – 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de apresentar sucintamente o estado da arte, nas universidades brasileiras, dos estudos sobre “Direito e Literatura”. Longe de pretender uma relação exaustiva, que seria impossível mesmo para pesquisadores muito mais experientes, este escrito se concentrará numa exposição resumida dos níveis de inter-relação entre Direito e Literatura, dos principais grupos de pesquisa do país e de alguns temas recorrentes nos estudos publicados recentemente.

2. NÍVEIS DE INTER-RELAÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA

A apresentação do campo “Direito e Literatura”, no Brasil, ainda não pode prescindir de um importante recurso didático: a propositura de uma classificação dos níveis de inter-relação entre os dois fenômenos.

Acompanhando o fértil movimento estadunidense *Law and Literature*, tem-se a dicotomia *Law in Literature* (Direito na Literatura) e *Law as Literature* (Direito como Literatura). O primeiro nível de inter-relação diz respeito às abordagens literárias do fenômeno jurídico, no sentido mais amplo possível: nos textos literários, de ficção ou não-ficção, da dramaturgia, das canções, ou da literatura propriamente dita, podem ser encontradas referências abundantes aos principais problemas da teoria e da filosofia do Direito. O segundo está relacionado com a aproximação entre os métodos hermenêuticos aplicáveis aos textos jurídicos e os cabíveis para os textos literários, que, embora não seja consensualmente aceita¹, vem inspirando estudos cada vez mais aprofundados, em especial diante da indeterminação normativa, resultado indesejável das teorias positivistas, que se mostraram insuficientes para solucionar alguns problemas concretos que demandam uma resposta jurídica².

Grosso modo, pode-se dizer que estudar o “Direito na Literatura” tem uma finalidade pedagógica: ao apresentar ao estudante a visão dos grandes literatos sobre os problemas jurídicos, o docente contribui para a formação de uma opinião menos tecnicista, mais sensível às necessidades reais dos indivíduos que exigem, numa determinada situação, o intermédio do Direito, ou, pelo menos, tenta despertar uma inquietação e uma curiosidade mais filosóficas no aluno sobre as questões jurídicas, e a aceitação menos passiva dos conteúdos transmitidos pela dogmática³.

Para tanto, costuma-se recorrer aos clássicos, dado o seu profundo enraizamento na comunidade que os eternizou, que possibilita, mesmo àqueles que nunca leram uma linha de tais obras, o conhecimento, em linhas gerais, de sua trama⁴. A

1. POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 528

2. FREITAS, Raquel Barradas de. *Direito, Linguagem e Literatura: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações*. 2002. *Working Paper* (Programa de Doutorado e Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/235.pdf>> Acesso em: 03 jun. 2007.

3. OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *O estudo do Direito através da Literatura*. Tubarão: Editorial Studium, 2005.

4. Para definir um termo tão polissêmico e que, ao mesmo tempo, desperta em cada leitor um significado tão imediato e decisivo, recorre-se à definição, sem nenhuma pretensão científica, de Jorge Luis Borges: “Clássico é aquele livro que uma nação, ou um grupo de nações, ou o longo tempo decidiram ler como se

tragédia grega, em especial a trilogia do Édipo (**Édipo Rei**⁵, **Édipo em Colono**⁶ e **Antígona**⁷), de Sófocles, e a obra dramática de William Shakespeare, sobretudo a peça **O Mercador de Veneza**⁸, são referências recorrentes, por tratarem dos conflitos entre o direito positivo e a justiça, sem dúvida uma das grandes questões, sempre atuais, da Filosofia do Direito.

Por outro lado, quando se investiga o "Direito como Literatura", é comum que se tenha uma finalidade prática: ao conhecer melhor o funcionamento dos métodos hermenêuticos consagrados pela crítica literária, o jurista pretende compreender os seus próprios métodos, e encontrar soluções mais apropriadas, em especial nas situações limite, para as quais a teoria jurídica não dá respostas satisfatórias, normalmente diante da polissemia da linguagem normativa⁹.

Uma das mais conhecidas concepções do "Direito como Literatura", no Brasil, é a laboriosa metáfora de Ronald Dworkin, para quem o Direito é um "romance em cadeia", em que cada decisão judicial é um novo capítulo, escrito por um novo (ou pelo mesmo) autor, que certamente precisa levar em conta a trajetória até então percorrida, mas tem certa autonomia para ditar o próximo passo, que, por sua vez, condicionará, mas não vinculará, os autores das próximas páginas¹⁰.

Curiosamente, o que há de mais literário nesta definição é o emprego de uma metáfora como recurso teórico para explicar o modo de ser do Direito, que poderia ter sido esclarecido, talvez com mais sucesso e precisão, por exemplo, com a postulação de Gregório Robles, para quem, em sua "Teoria Comunicacional",

em suas páginas tudo fosse deliberado, fatal, profundo como o cosmos e passível de interpretações sem fim." BORGES, Jorge Luis. Sobre os Clássicos. Tradução de Sérgio Molina. In: _____. *Obras Completas*. v. 2. São Paulo: Globo, 1999. p. 168; Complementando-as, vejam-se as proposições de Italo Calvino: "6. Um clássico é um livro que nunca terminou de dizer aquilo que tinha para dizer (...) 7. Os clássicos são aqueles livros que chegam até nós trazendo consigo as marcas das leituras que precederam a nossa e atrás de si os traços que deixaram na cultura ou nas culturas que atravessaram (ou mais simplesmente na linguagem ou nos costumes)". CALVINO, Italo. *Por que ler os Clássicos*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 11.

5. SOPHOCLES. *Oedipus the King*. Translated by Edward Hayes Plumptre. Disponível em: <http://en.wikisource.org/wiki/Oedipus_the_King> Acesso em: 05 jan. 2008.
6. Idem. *Oedipus at Colonus*. Translated by F. Storr, BA. Disponível em: <http://en.wikisource.org/wiki/Oedipus_at_Colonus> Acesso em: 05 jan. 2008.
7. Idem. *Antigone*. Translated by R. C. Jebb. Disponível em: <<http://en.wikisource.org/wiki/Antigone>> Acesso em: 05 jan. 2008.
8. SHAKESPEARE, William. *The Merchant of Venice*. Disponível em: <http://en.wikisource.org/wiki/The_Merchant_of_Venice> Acesso em: 05 jan. 2008.
9. FREITAS. Op. Cit.
10. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 87-103.

o Direito, tal como a Literatura, é “texto”¹¹ e, a partir daí, introduzir as noções de “intertextualidade”, de “tradição” e de “história efetual”, trabalhadas pela Lingüística e pela Hermenêutica¹².

A essa classificação bipartida alguns autores acrescentam o “Direito da Literatura”, ou seja, o conjunto das disciplinas que tratam da regulação jurídica da expressão artística: direitos autorais e liberdade de expressão são suas categorias fundamentais¹³. Tal nível, quando se serve apenas dos recursos da dogmática, é o que aproxima os dois campos com menor profundidade.

Sem a menor pretensão de originalidade, propõe-se uma classificação distinta, que entenda as relações entre Direito e Literatura como via de mão dupla, não apenas como interações vistas a partir do Direito.

Com isso, o que se faz, em grande parte, é apenas uma reformulação do que já foi dito com bastante sucesso pelas classificações consagradas: o primeiro nível de inter-relação, do “Direito na Literatura”, passaria a ser acompanhado por seu reverso, a “Literatura no Direito”, assim entendida a regulação jurídica da literatura, antes batizada de “Direito da Literatura”; ao segundo nível, do “Direito como Literatura”, acrescenta-se a “Literatura como Direito”, e aqui é importante afastar a ambigüidade: Direito no sentido de “fenômeno jurídico”, de “ordenamento jurídico”, de “regulação jurídica”, grafado com letra maiúscula: traduzindo para o Inglês, “*Law*”; e não, como uma leitura apressada poderia sugerir, com o significado de “direito individual”, “direito subjetivo”, “situação subjetiva de vantagem”, grafado em letra minúscula, cuja tradução para o Inglês seria “*right*”.

Em que consistiria esse inusitado espaço da “Literatura como Direito”? Nele, situar-se-iam as discussões sobre a função normativa dos textos literários, em especial dos textos sagrados, ou, para evitar a polêmica religiosa, as reflexões sobre a força normativa dos mitos de fundação do Direito, da sociedade e do Estado, destacando-se, na tradição ocidental, o **Contrato Social**, de Jean-Jacques Rousseau,

11. ROBLES, Gregorio. *O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

12. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.

13. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1438, 9 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9995>>. Acesso em: 05 jan. 2008; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Philia*, autocracia e legitimidade da ordem jurídica. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 135.

e o **Leviatã**, de Thomas Hobbes. A depender da concepção de sociedade e de Estado que uma determinada instituição política adote, mais hobbesiana ou mais rousseauiana, mesmo inconscientemente, a resolução de um mesmo problema jurídico pode ser totalmente diferente, baseada mais na força ou na aceitação¹⁴.

3. PANORAMA DOS ESTUDOS DE "DIREITO E LITERATURA" NO BRASIL

3.1. Os "pioneiros"

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy defendeu a dissertação de mestrado **Literatura e Direito. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato**, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, no ano 2000¹⁵. Ao publicá-la, em 2002, pela editora Juruá, o próprio autor considerou-se o "pioneiro do movimento 'Direito e Literatura' no Brasil"¹⁶.

Luís Carlos Cancellier de Olivo, em nota explicativa a seu **O Estudo do Direito através da Literatura**, que reúne textos escritos em 2003 e já referencia a obra de Godoy, diz-se desenvolvendo uma "nova área de estudos, qual seja, o direito e a literatura"¹⁷.

Espreitando as listas de referências das obras em questão, pode-se perceber o seguinte: embora os autores rendam certa homenagem ao professor argentino Luis Alberto Warat, que, radicado no Brasil, os antecedeu em pelo menos quinze anos na atenção dispensada às relações entre Direito, Linguagem e Literatura, ambos parecem desconhecer completamente a obra **Machado de Assis e o problema penal**, de Aloísio de Carvalho Filho¹⁸, publicada em Salvador em 1959, que, embora não tenha, aparentemente, estimulado uma geração de seguidores, merece ser mencionada pelo pioneirismo.

A notoriedade e o fácil acesso às obras de Godoy e Olivo, comparados ao aparente anonimato de Carvalho Filho, exigem que se dedique uma especial atenção

14. PRICE, Jorge E. Douglas. El puente de Macedonio. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 51-69.

15. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Literatura e Direito. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato*. Resumo. In: COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES) – Ministério da Educação, Brasil. *Banco de Teses*. Disponível em: <<http://servicos.capes.gov.br/capesdw/resumo.html?idtese=200065933005010019P5>> Acesso em: 05 jan. 2008.

16. Idem. Sem Título. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/livros/literatura.html>> Acesso em: 05 jan. 2008.

17. OLIVO, Op. Cit. p. 9.

18. CARVALHO FILHO, Aloísio de. *Machado de Assis e o problema penal*. Salvador: UFBA, 1959.

a este último, na tentativa de compreender como ele pôde antecipar, em quase cinquenta anos, no Brasil, uma discussão que está na ordem do dia. Tal surpresa, inclusive, impõe a reflexão ou, ao menos, a dúvida: quantos outros Carvalhos Filho estarão escondidos pelas bibliotecas do país, omitidos pelo tempo e pela descontinuidade, inacessíveis aos novos e inquietos pesquisadores do “Direito e Literatura”?

Em verdade, **Machado de Assis e o Problema Penal** é a reunião de quatro artigos sobre o célebre autor de **Dom Casmurro** e das **Memórias Póstumas de Brás Cubas**, entre outros, tido por muitos como o maior dos escritores brasileiros. A coletânea é acompanhada por um quinto trabalho, que destoa dos demais, sobre os “Aspectos penais da obra de Dostoievski”.

Os dois primeiros artigos – “Machado de Assis e o Problema Penal” e “Crime e Criminosos na obra de Machado de Assis” – foram publicados por ocasião do centenário do nascimento do escritor, em 1939, e tiveram, à época, repercussão nacional¹⁹; o terceiro – “Augusto Meyer e Capitu” – soa mais como a análise da recepção crítica da obra machadiana; o quarto – “Idéias penais de Machado de Assis” – por fim, escrito no ano de publicação da obra, leva em conta as reflexões precedentes e parece satisfatório como síntese.

Os quatro textos são inequívocos estudos do primeiro nível de inter-relação mencionado (o “Direito na Literatura”) e não destoariam de nenhuma das coletâneas mais recentes sobre o tema, exceto pelas referências, que em nada se aproximam dos marcos teóricos atuais, nem mesmo dos ditos “pais fundadores” (John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller) desse campo de estudos, apontados corajosamente por Arnaldo Godoy²⁰, e que, por serem contemporâneos do autor baiano, poderiam ter sido acessados. O único precursor, confessado por Carvalho Filho, é Mariano Ruiz Funes, cujo estudo **Ideas Penales de Anatole France**, publicado em 1926, serviu de inspiração para suas investigações machadianas²¹.

A tese central de Carvalho Filho é a de que Machado de Assis foi influenciado decisivamente pelo positivismo criminológico, pela descrição lombrosiana do criminoso nato, sintetizada pela afirmação do Conselheiro Aires, personagem de **Esau e Jacó**, segundo o qual: “Não é a ocasião que faz o ladrão; o provérbio está

19. CARVALHO FILHO. Op. Cit. p. 59.

20. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1438, 9 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9995>>. Acesso em: 05 jan. 2008

21. CARVALHO FILHO. Op. Cit. p. 8.

errado. A forma exata deve ser esta: A ocasião faz o furto; o ladrão nasce feito.”²² Segundo o autor baiano, é possível encontrar a mesmíssima subversão do provérbio na primeira edição francesa da obra de Garófalo, de 1887.

Os dois primeiros artigos, já mencionados, tratam de algumas “ocasiões”, que fizeram os “furtos” das obras machadianas, tanto os célebres, como os obscuros e, em todos eles, as circunstâncias teriam encontrado terreno propício, nas personagens, para a sementeira do crime.

O quarto artigo, mais amadurecido, aponta um Machado de Assis menos maniqueísta, em que o “germe criminoso” está presente em todos os indivíduos, mas também a virtude, em maior ou menor medida, os acompanha, e normalmente é possível, a quem for acometido por “maus pensamentos”, refrear os ímpetos criminosos, subsistir na mera especulação, e manter-se externamente um cidadão honrado. Para Carvalho Filho, os contos e romances de Machado seriam perfeitos para ilustrar, na teoria do crime, a afirmação de que a mera cogitação é indiferente ao Direito Penal, e de que uma conduta desviante só pode ser reprimida a partir do início dos atos executórios²³.

Mesmo tendo estudado fundamentalmente o “Direito na Literatura”, Carvalho Filho antecipou, visionário, embora com um tom aristocrático, outros níveis de inter-relação entre as áreas do conhecimento:

Inútil, por certo, seria esperarmos da literatura de ficção conhecimentos ou afirmações em objeto cuja genuína elucidação pertence à ciência. Mas não se contenta a literatura de aproveitar o que a ciência lhe ensina ou sugere, e não raro desvenda, não raro confirma, não raro antecipa, com a vantagem de se tornar compreensível da grande massa dos leigos, pôsto que mais corrente e translúcida a sua linguagem.²⁴

Com essa reflexão, Carvalho Filho impôs-se como o improvável pioneiro do movimento “Direito e Literatura” no Brasil. Não se tem, no presente trabalho, a pretensão de afirmá-lo peremptoriamente como tal, mas antes o objetivo de estimular a busca de outros precursores, esquecidos em outras bibliotecas universitárias, cujo estudo sistemático permitiria uma percepção mais plural desse (não

22. MACHADO DE ASSIS. *Esau e Jacó*. Rio de Janeiro: Garnier, 1904. p. 235. *apud* CARVALHO FILHO. Op. Cit. p. 15.

23. CARVALHO FILHO. Op. Cit. p. 58-59: “O que falta a essa gente, para incidir no campo penal, é, precisamente, a ação. De resto, ninguém há livre de ter o que se chama, em linguagem vulgar, más idéias (...). Os sentimentos inibitórios, contudo, agem sem demora, e detêm o pensamento mau, que, em consequência, não encontra outro caminho senão desaparecer. (...) É que, no plano jurídico, exprime o entendimento universal de que o código dos crimes e das penas enquadrada em preceitos cominatórios uma série de ilicitudes, todavia impuníveis desde que não manifestadas por conduta exterior e anti-social.”

24. CARVALHO FILHO. Op. Cit. p. 66.

ção) novo campo de estudos, menos influenciada pelo importantíssimo, porém finito, movimento estadunidense *Law and Literature*.

3.2. Os grupos de pesquisa sobre “Direito e Literatura”

Os três principais grupos de pesquisa registrados no Diretório do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), sobre “Direito e Literatura”, estão na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMINAS), na Universidade Federal do Paraná (UFPR), e na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), e são liderados, respectivamente, por Marcelo Campos Galuppo, Katya Kozicki e Vera Karam de Chueiri, e Luis Carlos Cancellier de Olivo²⁵.

O grupo da PUCMINAS foi formado em 2006 e tem produção científica mais robusta, publicada com frequência na **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, cuja edição de número 19, do primeiro semestre de 2007, foi dedicada inteiramente ao tema. Considerando a referida edição especial da revista, pode-se observar que os trabalhos abarcam tanto o “Direito na Literatura”, quanto o “Direito como Literatura”, embora haja uma predominância dos estudos sobre o primeiro nível de inter-relação.

O grupo da UFPR, chamado “Teoria do Direito e Democracia e Literatura”, também foi instalado em 2006, e teve como principal realização, até o momento, a publicação da obra coletiva **Estudos em direito, política e literatura**²⁶. Uma das líderes do grupo, ainda, publicou um artigo na referida edição especial da **Revista da Faculdade Mineira de Direito**²⁷.

Quanto ao grupo da UFSC, criado em 2007, não foi possível obter maiores informações, fazendo supor que está em consolidação, embora conte com a valerosa experiência de seu líder, já referido entre os pioneiros do movimento “Direito e Literatura” no Brasil.

Pelo que se pôde verificar, Arnaldo Godoy atua em relativo isolamento, sem compartilhar experiências com os grupos de pesquisa da PUCMINAS e da UFPR

25. CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ). Diretório de Grupos de Pesquisa no Brasil. *Resultado da busca textual de grupos certificados na base atual para “Direito e Literatura”*. Disponível em: <<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/resultbusca.jsp?campo=grupo&uf=branco&instituicao=branco&grandearea=branco&area=branco®ini=0&setor=branco&texto=Direito+e+Literatura&tipo=ALL>> Acesso em: 07 jan. 2008.

26. Idem. *Grupo de Pesquisa Teoria do Direito e Democracia e Literatura*. Disponível em: <<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=0103601X06K24E>> Acesso em: 07 jan. 2007.

27. CHUEIRI, Vera Karam de. Kafka, Shakespeare e Graciliano: tramando o direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 119-133.

que – a julgar pela completa ausência de referências à sua obra na revista dedicada inteiramente ao campo “Direito e Literatura” -, sequer a levam em consideração, mesmo tendo sido publicada pela mesma editora dos **Estudos em direito, política e literatura**, da UFPR, o que é lamentável, pois qualquer forma de cooperação seria muitíssimo proveitosa.

3.3. O grupo de trabalho sobre “Direito e Literatura” do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI)

Pela primeira vez na curta mas já fecunda história dos eventos científicos do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), foi organizado um Grupo de Trabalho sobre “Direito e Literatura”, durante o XVI Congresso Nacional da instituição, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 15 e 17 de Novembro de 2007²⁸.

Nele, 12 (doze) trabalhos de professores, doutorandos, mestrandos e até de um graduando, de várias partes do país, foram apresentados. Tanto por sediar o evento como por possuir um grupo de pesquisa sobre o tema, a PUCMINAS apresentou 4 (quatro) trabalhos que, acompanhados de 1 (um) artigo da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e 1 (um) da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC), totalizaram seis apresentações de autores mineiros. A Universidade Federal da Bahia (UFBA) apresentou dois trabalhos²⁹, sendo a instituição de ensino superior com a maior participação dentre as que não possuem nenhum grupo específico sobre o tema. A UFPR e o Centro Universitário de Maringá (CESUMAR) apresentaram 1 (um) artigo cada, totalizando duas participações paranaenses. Por fim, a Universidade Estadual do Amazonas (UEA) e a Universidade Estadual Paulista (UNESP) fecharam o grupo, cada uma com 1 (um) trabalho.

Mesmo considerando que a sede do evento facilitou a presença dos mineiros, pode-se constatar que a produção científica sobre o tema, no Brasil, está concentrada nos estados em que se situam os grupos de pesquisa, ainda que alguns trabalhos tenham vindo de outras instituições: oito das doze comunicações

28. CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI). *Trabalhos aprovados para o XVI Congresso Nacional do CONPEDI*. Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/bh/aprovados.php>> Acesso em: 08 jan. 2008.

29. PRADO, Daniel Nicory do. *Literatura e apologia ao crime: uma abordagem hermenêutica*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 16. 2007, Belo Horizonte; CAVALCANTE, Priscila da Mata. *Limites à interpretação: interpretações intolerantes e intoleráveis*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 16. 2007, Belo Horizonte.

aprovadas pelo XVI Congresso Nacional do CONPEDI são de tais estados (Minas Gerais e Paraná).

Quanto ao conteúdo, pode-se dizer, grosso modo, que 7 (sete) trabalhos trataram do “Direito na Literatura”, 2 (dois) da “Literatura no Direito”, e 3 (três) do “Direito como Literatura”.

3.4. Alguns temas recorrentes

Tendo em vista o panorama traçado acima, é possível identificar alguns temas recorrentes nos estudos sobre “Direito e Literatura” desenvolvidos no Brasil.

3.4.1. “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare

Generalizações e superlativos são sempre temerários, mas um que se pode arriscar, sem muito receio, é o seguinte: a peça **O Mercador de Veneza**, de William Shakespeare, é a obra de ficção que recebeu maior atenção, até o momento, dos estudiosos de “Direito e Literatura” no Brasil. Uma prova eloqüente é o fato de os líderes dos três principais grupos de pesquisa sobre o tema terem buscado, na peça, relevantes contribuições para a teoria jurídica³⁰.

O que teria tornado a obra shakespeariana tão importante? Em apertadíssima síntese, **O Mercador de Veneza** conta a estória de Antônio, comerciante cristão, que pede um empréstimo a Shylock, agiota judeu, pactuando, como multa pelo inadimplemento, a retirada de uma libra de carne de seu peito, a cargo do credor.

O mercador cristão sofre alguns revezes (que não são pertinentes para o presente trabalho) e, por isso, não consegue honrar a obrigação assumida. Impassível, Shylock pleiteia, em juízo, a execução do contrato. Bassanio, amigo de Antônio, oferece-se para saldar a dívida, mas Shylock está irredutível e exige o cumprimento da cláusula penal, mesmo quando lhe é oferecido o dobro do valor de seu crédito.

A autoridade judiciária, um Duque, convoca um famoso jurisconsulto para resolver a questão, que, impedido de comparecer, manda um jovem em seu lugar, cuja identidade é relevante para outros aspectos da trama, mas não será aqui revelada.

30. GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico. Um exemplo a partir da literatura. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 111-116; CHUEIRI. Op. Cit. p. 121-123; OLIVO. Op. Cit. p. 47-58.

Diante das partes e do duque, o jovem jurista interpreta o contrato, concluindo que nenhuma das leis de Veneza impede que um pacto dessa natureza seja celebrado e, tendo sido livre a vontade das partes, nada pode fazer para modificá-lo. No entanto, conclui também, a partir do contrato, que Shylock deveria retirar exatamente uma libra de carne, nem um pouco a mais, nem um pouco a menos, e que não poderia verter uma só gota do sangue de Antônio, por não haver previsão contratual expressa para tanto. Caso se excedesse na execução da cláusula penal, Shylock teria todos os bens confiscados pelo Estado de Veneza, por ter atentado contra a vida de um cidadão³¹.

Existem diversas leituras possíveis para a obra. Olivo dedica quase todo o seu **Estudo do Direito através da Literatura** à obra shakespeariana, e se debruça, durante doze páginas, sobre **O mercador de Veneza**, em especial sobre a acalorada interpretação dada por Rudolph Von Ihering, em **A Luta pelo Direito**. Sucintamente, pode-se dizer que uma primeira leitura da obra leva à seguinte impressão: no caso, foi preciso fazer um malabarismo, interpretar o direito positivo (no caso, uma cláusula contratual) de forma absurda, traiçoeira, para evitar que a morte do devedor fosse o resultado de sua inadimplência.

Ihering, no entanto, rejeitou essa interpretação, argumentando: “É verdade que a fraude foi cometida por motivos humanitários? Mas deixará a injustiça de ser injustiça quando inspirada num móvel humanitário? E, se é que os fins justificam os meios, por que esse princípio não foi aplicado na própria sentença, mas só após ela?”³² ..

O jurista alemão não defendeu a justiça da cláusula penal que “protegia” o crédito de Shylock; ao contrário, apenas sustentou que a disposição deveria ter sido declarada nula por contrariar a moral, mas, uma vez tida como válida, Shylock teria direito ao sangue que existe em qualquer carne e, se lhe cabia uma libra de carne, poderia retirar um pouco menos, para não se exceder na execução e, assim, evitar a pena de confisco³³.

Com isso, Ihering quis demonstrar que a manobra, ao invés de perseguir a justiça, como tantas interpretações sugeriram, teria como finalidade, de fato, a perseguição e humilhação do agiota judeu, em benefício do mercador cristão, num contexto histórico altamente anti-semita³⁴.

31. SHAKESPEARE. Op. Cit.

32. VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo direito*. Prefácio de Aurélio Wander Bastos. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998 p. 48 apud OLIVO. Op. Cit. p. 52.

33. OLIVO. Op. Cit. p. 52.

34. VON IHERING. Op. Cit. p. 75 apud OLIVO. Op. Cit. p. 50.

O anti-semitismo na obra de Shakespeare é estudado especificamente por Juarez Monteiro de Oliveira Júnior, para quem **O Mercador de Veneza** mais do que meramente retratou o ódio cristão aos judeus, tendo contribuído para a perpetuação do preconceito, muito embora o autor afirme não pretender investigar se Shakespeare era anti-semita³⁵. Para Oliveira Júnior, embora o dramaturgo inglês, como de costume, tenha sido enormemente habilidoso, para construir personagens verossímeis e ironizar o anti-semitismo dos próprios espectadores do teatro elisabetano, mesmo assim seriam predominantes, na construção de Shylock, a avareza, a ganância e a insensibilidade preconceituosamente atribuídas aos judeus:

A peça reforça as características estereotipadas de Shylock na medida em que todos o retratam como “o judeu”. Antônio refere-se a Shylock como “o judeu”. Da mesma forma o fazem Bassânio, Graziano, Lanceloto e Lorenzo. E ainda o Dogde e Pórcia. É dessa forma que o vilão Shylock deixa de ser Shylock: ele é agora a representação de todos os judeus. A repetição de “o judeu” serve para abarcar todos os indivíduos numa só massa, sem nome, sem individualidade. A deformação do caráter de um passa a ser de todos. O crime de um é o crime de todos.³⁶

Vera Karam de Chueiri preferiu comentar o dilema que surge quando o respeito aos princípios da força obrigatória e da imutabilidade dos contratos implica a violação aos sentimentos de justiça e solidariedade. O conflito entre segurança e justiça, em **O Mercador de Veneza**, no entanto, não surge descontextualizado, mas no bojo de uma relação jurídica em que as partes não compartilham dos mesmos valores nem da mesma posição social (um é cristão, o outro judeu, um é mercador, o outro agiota, um é cidadão, o outro estrangeiro)³⁷. A tormentosa relação com o “outro”, com o “diferente”, quando se leva em consideração o contexto histórico da obra e a lucidez de Shakespeare, autoriza um questionamento: se o devedor fosse Shylock, agiota judeu, ameaçado de morte, será que ele seria merecedor de tanta misericórdia e favorecido por tamanho malabarismo jurídico como foi Antônio, o mercador cristão de Veneza?

Por seu turno, Marcelo Campos Galuppo encontrou na peça o exemplo de uma das matrizes do pensamento jurídico ocidental: o liberalismo, em oposição ao comunitarismo que, a seu juízo, teria sido bem retratado em **Antígona**, a já mencionada terceira parte da trilogia do Édipo, de Sófocles. Segundo Galuppo,

35. OLIVEIRA JÚNIOR, Juarez Monteiro de. Shakespeare, demasiado humano: a caracterização do personagem judeu em O mercador de Veneza. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 79.

36. *Ibidem*. p. 83.

37. CHUEIRI. Op. Cit. p. 122-123.

enquanto a discussão na tragédia grega gira em torno da justiça, na obra shakespeariana o problema central é o direito positivo. Além disso:

Ainda que Shylock recorra ao argumento retórico da segurança jurídica, que aproveita a toda Veneza, sabemos que esse argumento é apenas retórico: de fato, Shylock não busca justiça, mas vingança pessoal. Em **O mercador de Veneza**, o que observamos é a luta de dois indivíduos, Shylock e Antônio, sob o império da lei elaborada pelos próprios cidadãos venezianos. Aqui, prevalecem os indivíduos sobre a sociedade por eles formada: inicialmente, parece que Shylock prevalece. Posteriormente, Antônio prevalece de modo definitivo.³⁸

Por fim, Galuppo enxerga na peça uma grande lição sobre a técnica da interpretação literal. Diz o autor que, recorrendo ao mesmo argumento, personagens diferentes chegam a posições bastante divergentes, revelando que não existe neutralidade no Direito, nem em seus métodos: o próprio Shylock, "vítima" da interpretação literal dada à cláusula da "libra de carne", faz uso da técnica, para se considerar desobrigado de contratar um médico para socorrer Antônio, após a execução do contrato, dizendo que a medida humanitária não estaria escrita no instrumento.³⁹

3.4.2. A obra de Machado de Assis

Entre os literatos brasileiros, Machado de Assis tem merecido destacada atenção, o que reforça a tese da preferência pelos clássicos nas investigações sobre o "Direito na Literatura". Além do estudo pioneiro de Aloísio de Carvalho Filho, sobre as idéias penais do prosador carioca, já abordado no item 2.1, os principais textos da obra machadiana foram objeto da análise de pesquisadores contemporâneos, entre eles o **Dom Casmurro**⁴⁰, as **Memórias póstumas de Brás Cubas**⁴¹ e **O Alienista**⁴².

Em pelo menos duas das três obras mencionadas, Machado de Assis traz inquietantes colocações sobre o problema da verdade. Afinal, Capitu traiu ou

38. GALUPPO. Op. Cit. p. 116.

39. Ibidem. p. 115.

40. GOULART, Adeumaro Taranto. A Capitu de Dom Casmurro: vítima ou ré de um libelo? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 13-30

41. RODRIGUES, Eder Bonfim. A literatura e o desocultamento da identidade constitucional brasileira em Memórias póstumas de Brás Cubas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 41-49.

42. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e Literatura: Machado de Assis, o Alienista e a Revolta dos Canjicas*. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/direito/DL1alienista.htm>> Acesso em: 09 jan. 2008

não o marido? Afinal, quem era louco e quem era são em Itaguaí? Note-se que as evidências que fundamentam as hipóteses de Bentinho, quanto ao adultério, e do Dr. Simão Bacamarte, quanto à sanidade dos itaguaienses, são escassas ou, pelo menos, dúbias, vagas, e podem ser interpretadas de muitas outras formas pelos leitores, pelas outras personagens e, até mesmo, pelos próprios protagonistas, a depender das circunstâncias.

Bentinho persiste acreditando que foi traído, mas a habilidade machadiana foi suficiente para que o leitor, mesmo diante de uma narração em primeira pessoa, desconfie das convicções de quem conta a estória; Dr. Simão Bacamarte, ao contrário, muda continuamente de idéia diante dos mesmos fatos, das mesmas pessoas, de suas teorias, de si próprio, e acaba tendo a mais surpreendente das conclusões.

Em sua leitura de **O Alienista**, Godoy aponta um Machado de Assis crítico e irônico diante do totalitarismo da ciência moderna, consolidado no Século XIX, entre outras correntes, pelo positivismo. Como exemplos, aponta a obsessão taxionômica do Dr. Simão Bacamarte, comparando-a à dos juristas, e o dogma da neutralidade axiológica da ciência, representado na insensibilidade do alienista aos clamores sociais, diante das internações em massa promovidas na Casa Verde, o manicômio de Itaguaí. Em resposta, Bacamarte dizia prestar contas apenas à verdade e aos mestres, sem ingerências políticas.

Essa análise da obra machadiana difere bastante daquela realizada por Carvalho Filho, que identificou, nas idéias penais do escritor carioca, uma forte influência do positivismo criminológico, já mencionada neste artigo. Longe de querer concluir uma incompatibilidade entre as teses, pode-se conciliá-las entendendo que Machado de Assis era lúcido o bastante para compreender as limitações de uma ciência, ainda que a aceitasse como “fonte da verdade”. Na pior das hipóteses, pode-se dizer, acompanhando Calvino e Borges, que isso apenas demonstra que a obra machadiana é um clássico da literatura brasileira, pois permite múltiplas leituras, contraditórias até, mas todas concorrentemente possíveis, e sempre sugestivas de novos desdobramentos.

4. CONCLUSÃO

Os estudos sobre as relações entre “Direito e Literatura” no Brasil estão em estado de efervescência, com grupos de pesquisa bastante produtivos, embora ainda pouco numerosos e remotamente conhecidos. Toda a produção contemporânea sobre o tema é tributária, em maior ou menor medida, ao movimento estadunidense *Law and Literature*.

No entanto, pode-se identificar um longínquo precedente na obra **Machado de Assis e o Problema Penal**, de Aloísio de Carvalho Filho, aparentemente desconhecida pelos estudiosos contemporâneos, e que não indicou possuir nenhuma ligação com as correspondentes reflexões realizadas nos Estados Unidos, nem mesmo com os chamados "pais fundadores" do movimento.

Tal constatação demonstra a necessidade de se investigar mais a fundo a existência de outros precursores, como Carvalho Filho, que possam estar esquecidos nas bibliotecas universitárias, sem alcance nacional. Desvendar eventuais pioneiros será uma forma importante de compreender os estudos sobre "Direito e Literatura" de forma mais plural e menos vinculada à doutrina estrangeira, cuja recepção é necessária, porém insuficiente.

As relações entre Direito e Literatura se dão em diversos níveis. Propôs-se aqui, sem pretensão de originalidade, e já partindo, em muitos casos, de outras definições mais conhecidas e consagradas, a seguinte classificação:

"Direito na Literatura", que trata das abordagens e apropriações literárias sobre o fenômeno jurídico (obras de ficção ou não-ficção que têm como temas a justiça, a violência, a burocracia estatal, a segurança jurídica, entre outros);

"Literatura no Direito", que trata da regulação jurídica da literatura (direitos autorais, liberdade de expressão, direitos culturais, etc.);

"Direito como Literatura", que aponta as aproximações hermenêuticas e teóricas entre ambos (a narração e a descrição como modos de ser do Direito e da Literatura, a tese da "única interpretação correta" e as suas conseqüências para a crítica literária e para a teoria jurídica, entre outras);

"Literatura como Direito", que trata da força normativa dos textos literários e das conseqüências jurídicas da aceitação dos mitos de fundação do Direito, da sociedade e do Estado.

A produção contemporânea sobre Direito e Literatura, apesar de concentrada nos estados que abrigam grupos de pesquisa específicos sobre o tema (Minas Gerais, Paraná e Santa Catarina), pode ser encontrada em todas as regiões do país, a julgar pelos trabalhos apresentados no XVI Congresso Nacional do CONPEDI, entre eles dois artigos produzidos na Universidade Federal da Bahia e um na Universidade Estadual do Amazonas.

Pode-se constatar que, na produção nacional sobre o tema, embora haja exemplos de todos os níveis de inter-relação mencionados acima, predominam

as reflexões sobre o “Direito na Literatura” e, nelas, dá-se uma atenção especial aos clássicos, seja da literatura brasileira, seja da literatura universal.

Por fim, este trabalho não carrega a pretensão de ser um panorama definitivo sobre o estado da arte do movimento “Direito e Literatura” no Brasil, mas apenas pretende trazer uma contribuição para o debate e para a maior integração e convergência dos estudos já realizados, diante da aparente inexistência de um levantamento como o que se está a publicar.

5. REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. *Philia*, autocracia e legitimidade da ordem jurídica. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 135-147
- BORGES, Jorge Luis. Sobre os Clássicos. Tradução de Sérgio Molina. In: _____. *Obras Completas*. v. 2. São Paulo: Globo, 1999. p. 167-171.
- CALVINO, Italo. *Por que ler os Clássicos*. Tradução de Nilson Moulin. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- CARVALHO FILHO, Aloísio de. *Machado de Assis e o problema penal*. Salvador: UFBA, 1959
- CAVALCANTE, Priscila da Mata. *Limites à interpretação: interpretações intolerantes e intoleráveis*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 16. 2007, Belo Horizonte
- CHUEIRI, Vera Karam de. Kafka, Shakespeare e Graciliano: tramando o direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 119-133.
- CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ). Diretório de Grupos de Pesquisa no Brasil. *Grupo de Pesquisa Teoria do Direito e Democracia e Literatura*. Disponível em: <<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhegrupo.jsp?grupo=0103601X06K24E>> Acesso em: 07 jan. 2007.
- _____. *Resultado da busca textual de grupos certificados na base atual para “Direito e Literatura”*. Disponível em: <<http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/resultbusca.jsp?campo=grupo&uf=branco&instituicao=branco&grandearea=branco&area=branco®ini=0&setor=branco&texto=Direito+e+Literatura&tipo=ALL>> Acesso em: 07 jan. 2008.
- CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO (CONPEDI). *Trabalhos aprovados para o XVI Congresso Nacional do CONPEDI*.

Disponível em: <<http://conpedi.org/manaus/bh/aprovados.php>> Acesso em: 08 jan. 2008.

FREITAS, Raquel Barradas de. *Direito, Linguagem e Literatura*: reflexões sobre o sentido e alcance das inter-relações. 2002. *Working Paper* (Programa de Doutorado e Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/235.pdf>> Acesso em: 03 jun. 2007

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico. Um exemplo a partir da literatura. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 105-117.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1438, 9 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9995>>. Acesso em: 05 jan. 2008

_____. *Direito e Literatura*: Machado de Assis, o Alienista e a Revolta dos Canjicas. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/direito/DL1alienista.htm>> Acesso em: 09 jan. 2008.

_____. Literatura e Direito. Anatomia de um desencanto: desilusão jurídica em Monteiro Lobato. Resumo. In: COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR (CAPES) – Ministério da Educação, Brasil. *Banco de Teses*. Disponível em: <<http://servicos.capes.gov.br/capesdw/resumo.html?idtese=200065933005010019P5>> Acesso em: 05 jan. 2008.

_____. Sem Título. Disponível em: <<http://www.arnaldogodoy.adv.br/livros/literatura.html>> Acesso em: 05 jan. 2008.

GOULART, Adeumaro Taranto. A Capitu de Dom Casmurro: vítima ou ré de um libelo? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 13-30

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 87-103.

OLIVEIRA JÚNIOR, Juarez Monteiro de. Shakespeare, demasiado humano: a caracterização do personagem judeu em O mercador de Veneza. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 79-85.

- OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. *O estudo do Direito através da Literatura*. Tubarão: Editorial Studium, 2005.
- POSNER, Richard. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- PRADO, Daniel Nicory do. *Literatura e apologia ao crime: uma abordagem hermenêutica*. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. 16. 2007, Belo Horizonte.
- PRICE, Jorge E. Douglas. El puente de Macedonio. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 51-69.
- ROBLES, Gregorio. *O Direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do Direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- RODRIGUES, Eder Bonfim. A literatura e o desocultamento da identidade constitucional brasileira em Memórias póstumas de Brás Cubas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. v. 10, n. 19 (jan/jun 2007). Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2007. p. 41-49.
- SHAKESPEARE, William. *The Merchant of Venice*. Disponível em: <http://en.wikisource.org/wiki/The_Merchant_of_Venice> Acesso em: 05 jan. 2008
- SOPHOCLES. *Antigone*. Translated by R. C. Jebb. Disponível em: <<http://en.wikisource.org/wiki/Antigone>> Acesso em: 05 jan. 2008.
- _____. *Oedipus at Colonus*. Translated by F. Storr, BA. Disponível em: <http://en.wikisource.org/wiki/Oedipus_at_Colonus> Acesso em: 05 jan. 2008.
- _____. *Oedipus the King*. Translated by Edward Hayes Plumptre. Disponível em: <http://en.wikisource.org/wiki/Oedipus_the_King> Acesso em: 05 jan. 2008.

IX

DEMOCRACIA E A MÁXIMA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: (RE) PENSANDO CONCEITOS

Flora Augusta Varela Aranha

Advogada. Professora da UFBA. Mestranda em Direito Público pela UFBA. E-mail: flora.augusta@gmail.com

RESUMO: Este artigo trata da efetivação dos direitos fundamentais, relacionando-os ao princípio democrático, como fundamento de legitimidade das leis em um Estado de Direito e que ao mesmo tempo orienta a concretização máxima destes direitos. Há uma crítica aos ensinamentos da doutrina clássica acerca da eficácia das normas constitucionais, expondo um novo enfoque interpretativo, analisando, neste contexto, os postulados da teoria da separação dos poderes.

ABSTRACT: This article at the outset deals with the concretion of the basic rights, relating

them democratic, as bedding of legitimacy of the laws in a Rule of law and that at the same time it guides the maximum concretion of these rights. It has a critical one to the teachings of the classic doctrine concerning the effectiveness of the constitutional ruleses, displaying a new approach hermeneutics, analyzing, in this context, the postulates of the theory of the separation of being able them.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Ciência Política. Hermenêutica Constitucional.

KEYWORDS: Constitutional law. Science politics. Constitutional hermeneutics.

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares sobre a eficácia das normas constitucionais: 1.1. Os direitos fundamentais e a omissão inconstitucional; 1.2. Um novo olhar sobre a doutrina da separação dos poderes – 2. A máxima realização dos direitos fundamentais e o princípio democrático – 3. A democracia como regente da efetivação dos direitos fundamentais – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

“A Modernidade que continua deve ser continuada com vontade política e com consciência. E para essa forma de auto-influxo democrático é decisiva a instituição de procedimentos de formação discursiva da opinião e da vontade.”
(Jürgen Habermas, A constelação pós-nacional)

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Ao tratar da máxima efetivação dos direitos fundamentais, relacionando-a a realização de um Estado Democrático de Direito, convém tratar, inicialmente, sobre os ensinamentos da doutrina clássica acerca da eficácia das normas constitucionais.

Eficácia é sinônimo de realizabilidade, possibilidade de uma norma gerar efeitos na realidade social, previstos quando da sua elaboração. No plano do ser, é concebida no sentido de *eficácia social, efetividade*: uma norma é efetiva quando cumpre os seus efeitos conforme a finalidade para a qual foi criada, quando alcança o desiderato do legislador no plano fático, qual seja o de absorção e obediência, por parte dos membros da sociedade, dos preceitos nela descritos.

E, no plano do dever ser, a norma se revela eficaz quando projetada para a aplicação; é a *qualidade* que possui o preceito lógico normativo de se atrelar aos fatos da vida¹.

José Afonso da Silva, no tocante a este assunto, entende que eficácia “é o fato de que a norma é efetivamente aplicada e seguida; a circunstância de que uma conduta humana conforme a norma se verifica na ordem dos fatos.”²

Para Manoel Jorge e Silva Neto, “norma eficaz, por conseguinte, é aquela que se encontra apta ao desencadeamento dos efeitos que lhe são ínsitos, próprios. Tais efeitos podem estar relacionados com uma efetiva conduta praticada no meio social de acordo com o comando imposto pelo enunciado normativo, quando, então, estaremos diante da eficácia social, ou, diversamente, podem se traduzir na aptidão da norma de gerar, de forma mais ou menos intensa, conseqüências de natureza jurídica, regulando as condutas nela prescritas, quando, então, cogitaremos da eficácia jurídica.”³

Conquanto todas as normas constitucionais sejam dotadas da mesma força normativa⁴, estando, na escala hierárquica do ordenamento positivo, erigidas ao

1. “A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de produzir, ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso.

A eficácia diz respeito, portanto, ao fato de saber se os destinatários da norma ajustam, ou não, seu comportamento em maior ou menor grau, às prescrições normativas, ou seja, se cumprem, ou não, os comandos jurídicos, se os aplicam ou não. (...)

A eficácia de uma norma, por sua vez, indica, em sentido técnico, que ela tem possibilidade de ser aplicada, de exercer, ou produzir, seus próprios efeitos jurídicos, porque se cumpriram as condições para isto exigidas (eficácia jurídica). DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

2. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

3. NETO, Manoel Jorge e Silva. *Curso de Direito Constitucional*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2006.

4. Trazendo à baila o pensamento de Francisco Campos, José Afonso da Silva reforça a idéia de que todas as normas que compõem o texto constitucional são igualmente dotadas da mesma força normativa: “Sendo, pois, [prossigue Francisco Campos] todas elas de ordem constitucional, terão, igualmente, a mesma força, que lhes provém não de sua matéria, mas do caráter do instrumento a que aderem, não podendo conceber

patamar de lei maior, José Afonso da Silva, inspirado na doutrina norte-americana (com algumas ressalvas, inclusive feitas por Ruy Barbosa, ao tratar das “*self-executing provisions*” e “*not self-executing provisions*”) ⁵, fez uma distinção entre essas estabelecendo, teoricamente, graus de eficácia: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Sua classificação foi uma das pioneiras na doutrina brasileira, e é uma das mais divulgadas. Perdura até hoje, trazendo conseqüências marcantes no direito brasileiro, máxime quanto à interpretação e aplicabilidade dos direitos fundamentais, sobretudo os de segunda dimensão (direitos sociais).

As normas de eficácia plena são aquelas aptas a produzir, imediatamente, todos os efeitos almejados pelo legislador constituinte – sua aplicabilidade é direta, imediata e integral; as normas de eficácia contida, por sua vez, são as que prevêem certos conceitos ou meios que permitem restringir os seus limites, restrições que se dão por meio de lei – sua aplicabilidade é direta, imediata, mas não integral; e normas de eficácia limitada, que requerem, para a produção dos seus efeitos, legislação ulterior – sua aplicabilidade é indireta, mediata e reduzida.

Neste conceito, traçado pelo ilustre constitucionalista, entende-se que o legislador ordinário passa a assumir o papel central: o seu não agir conduz à inocuidade destes direitos constitucionais, pouco ou nada podendo se fazer para efetivá-los. Utilizando um exemplo simples, extraído da física clássica, assemelham-se as normas de eficácia limitada a um corpo dotado de forte energia potencial, e para convertê-la em cinética necessita do auxílio de outro objeto ou mesmo de alguém. O corpo, por si só, não apresenta dinâmica própria.

que se reserve ao legislador o arbítrio de distingui-la, para o efeito de sua observância, em essenciais ou substanciais, a saber, imperativas ou mandatórias, e em acessórias ou de mera conveniência, isto é, diretórias’. E acrescenta, mais adiante, que ‘uma provisão constitucional, exatamente porque se contém no instrumento da constituição, é uma provisão essencial, indispensável e imperativa, por envolver de fato ou por pressuposto do legislador constituinte – pressuposição irremovível por argumentos em contrário – matéria de interesse público ou relativa a direitos individuais, de ordem substancial, portanto.’ (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, Malheiros, 3ª Edição, 1998, p. 72)

5. É importante mencionar que Cooley distinguiu as normas constitucionais em auto-executáveis, ou bastantes em si, como sendo aquelas cujas regras podem ser de logo cumpridas, seja para fruição, seja para executar o dever imposto; enquanto que as normas não auto-executáveis são aquelas que indicam princípios, não bastam por si, dependem de outras normas que confirmam a tais princípios vigor de lei.

Embora Ruy Barbosa, neste particular, faça uma asseverada crítica, paradoxalmente afirma que há, no texto constitucional, “largas sínteses, sumas de princípios gerais, onde, por via de regra, só se encontra o *abstractum* de cada instituição nas suas normas dominantes, a estrutura de cada uma, reduzida, as mais das vezes, a uma característica, a uma indicação, a um traço. Ao legislador cumpre, ordinariamente, revestir-lhes a ossatura delineada, impor-lhes o organismo adequado, e lhes dar capacidade de ação.” (ob. Cit., p. 74)

José Afonso da Silva, neste particular, salienta que as normas de eficácia limitada, por sua natureza, descrevem princípios, subdividindo-se em dois grupos:

- a) Normas declaratórias de princípio institutivo ⁶, que contém esquemas gerais, ora de estruturação de instituições, ora de órgãos ou de entidades, dependentes de legislação futura para concretização. São de ordem não programática;
- b) Normas de princípio programático, que dispõe sobre programas, metas de governo. São identificadas basicamente nas normas definidoras de direitos fundamentais sociais e dos fins da ordem econômica e social. Encerram um fazer do Estado, uma atuação positiva, ao invés de uma abstenção, que é a nota característica dos direitos fundamentais de primeira geração (os direitos e garantias individuais).

Dentre as normas programáticas, Flávia Piovesan⁷ acentua que se classificam em três espécies: normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, normas programáticas referidas aos poderes públicos e normas programáticas dirigidas à ordem econômica e social. Ressalte-se que, para fins deste objeto de estudo, emergem as normas programáticas vinculadas à legalidade, pois são estas que mais retratam o problema da omissão inconstitucional.

1.1. Os direitos fundamentais e a omissão inconstitucional

Walber de Moura Agra assinala que “a principal característica dos direitos fundamentais é a sua noção de fundamentalidade, ou seja, de dispositivo essencial do ordenamento jurídico, podendo esta ser enfocada sob o prisma material e formal”. A noção de fundamentalidade formal nasce em decorrência de sua inserção em um texto jurídico positivado, contido na Constituição Federal.

Como foram regulamentados na Carta Magna, eles são normas que detêm supremacia no ordenamento jurídico e têm aplicabilidade imediata, por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. A noção de fundamentalidade material decorre do conteúdo normativo dos direitos fundamentais, fazendo parte da Constituição material. Eles carregam, como teor de sua materialidade, determinados conteúdos que são essenciais para o ordenamento jurídico não apenas pelo fato de estarem regulamentados na Constituição, mas pela relevância do seu conteúdo.”⁸

6. Um exemplo disso, dentre outros, é o § 2º do art. 90, da Constituição Federal de 1988

7. PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial Contra Omissões Legislativas*. 2ª Edição, São Paulo, RT, 2003.

8. Agra, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, p. 101

Por serem os direitos fundamentais cláusulas mestras que tutelam os valores e bens jurídicos reputados mais significativos à existência e dignidade humanas em sociedade, constantes nos textos constitucionais, são indubitável que são os direitos fundamentais uma das principais marcas do constitucionalismo e da democracia, e que trazem como conquista uma grande mudança de paradigma: a realização humana e a imposição de limites ao poder do Estado.⁹

Todavia, a par de um discurso que aborda a relevância dos direitos fundamentais, o seu significado democrático e sua necessidade de concretização, como modo de atribuição de legitimidade político-jurídica a um Estado Democrático de Direito, há um problema enfrentado pelo direito brasileiro no tocante a alguns direitos fundamentais: *o problema da omissão inconstitucional, que se liga, essencialmente, às normas de eficácia limitada, mormente as que tratam dos direitos fundamentais sociais, enquadradas nas normas de princípio programático.*

Após a Primeira Guerra Mundial, o Estado liberal passou por transformações, devido às fortes pressões sociais, contrárias ao liberalismo econômico. Em lugar de inerte, o Estado passou a assumir uma feição *intervencionista: nasce o “Welfare State” (Estado Social)*, que traz em suas constituições prerrogativas e diretrizes voltadas à ordenação da vida social, proporcionando o equilíbrio econômico e o bem-estar social face ao sistema capitalista de produção. Diferentemente do Estado Liberal, cuja marca foi o valor liberdade, essencial ao desenvolvimento do capitalismo e a promoção dos interesses burgueses, o cerne do Estado Social foi a igualdade – igualdade social, em sentido substancial, coexistente com a igualdade jurídica, de cunho formal.

Paulo Roberto Lyrio Pimenta menciona que “assegurando os direitos sociais dos indivíduos, as Cartas Constitucionais desse período passam a incorporar também os direitos econômicos. Em consequência, o constitucionalismo clássico, erigido com o escopo de garantir as liberdades individuais e políticas e os direitos

9. Esta definição decorre do fim da concepção hobbesiana segundo a qual os direitos fundamentais são oriundos do Estado e que somente existem como prerrogativa estatal. Neste sentido Rudolf Smend comenta: “Os direitos fundamentais são os representantes de um sistema de valores concretos, de um sistema cultural que resume o sentido da vida estatal contida na Constituição. Do ponto de vista político, isto significa uma vontade de integração material; do ponto de vista jurídico, a legitimação de uma ordem positiva estatal e jurídica. Esta ordem positiva é válida somente em quanto representar este sistema de valores que precisamente pelos direitos fundamentais se converte em legítimo.” (SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Trad. José M. Beneyto Pérez. 1ª Edição. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp.228-231.)

Também Ingo Wolfgang Sarlet: “hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais, o que – de acordo com Gomes Canotilho – traduz de forma plástica a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais.” (in *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, p. 324).

civis, cede lugar ao constitucionalismo social. As constituições abandonam, então, o modelo tradicional, fulcrado no liberalismo clássico, passando a representar um compromisso entre os grupos sociais em choque (progressistas e conservadores). A instabilidade e o compromisso caracterizam, pois, o constitucionalismo social.”¹⁰

Este compromisso em atuar positivamente, por parte do Estado, entra em choque com a concepção de normas constitucionais que estatuem direitos cuja eficácia encontra-se dependente da atividade legislativa ordinária; de forma que, a omissão dos poderes em concretizar os direitos de segunda dimensão, sob o argumento da carência de legislação ulterior em concretizar a matéria, sem dúvida caracteriza uma das mais perversas formas de afronta à constituição: a omissão inconstitucional.

Dirley da Cunha Jr., em tese de doutoramento sobre o assunto,¹¹ enfatiza que “quando o Estado, já sob as vestes do Estado do Bem-Estar Social, assume, jurídica e politicamente, a responsabilidade de assegurar um grau ótimo na realização das necessidades sociais, de tal modo que a intervenção dos poderes públicos representa, nesse novo paradigma de Estado, uma condição indispensável à efetivação dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais ou de segunda dimensão, contra os quais a omissão dos poderes apresenta-se como uma das mais odiosas formas de violação da supremacia da Constituição.”

É uma questão assaz profunda e que chama o mundo jurídico a reflexões: em um sistema de constituição rígida, onde ocupa o texto constitucional uma posição de supremacia face às demais normas, seria admissível a existência de normas constitucionais ineficazes porque o legislador infraconstitucional não lhes deu a devida realização? A Constituição, como lei maior, em alguns momentos está sujeita à legislação a ela inferior? Não seria isto um paradoxo? Ou é necessária a adoção de uma nova postura interpretativa, por uma efetivação plena das normas constitucionais, principalmente as que prescrevem direitos fundamentais?

Foi no contexto histórico do Estado Social que foi reconhecido o problema das omissões inconstitucionais. “Com efeito, com as Constituições Dirigentes, o Estado foi elevado a uma condição de maior responsável pela promoção do bem-estar social, a ele sendo confiadas múltiplas tarefas e atividades voltadas à realização dos fins sociais constitucionalmente estabelecidos. Visando garantir a

10. Pimenta, Paulo Roberto Lyrio. Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas. São Paulo. Ed.

11. Da Cunha Júnior, Dirley. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. São Paulo. Saraiva, 2004, p. 114.

realização destes fins, o que corresponde, em última análise, a assegurar a efetividade da Constituição Dirigente, a ordem jurídica viu-se compelida a instituir novas categorias jurídico-constitucionais. Cria-se, assim, a inconstitucionalidade por omissão, como uma sanção jurídico-constitucional dirigida aos órgãos do Estado pelo silêncio transgressor da Constituição e destinada a evitar a erosão da força normativa da Constituição Dirigente. E a Constituição brasileira de 1988, como demonstrado, é uma Constituição Dirigente e aberta, que contém um universo considerável de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas. Daí concluir-se que a inconstitucionalidade por omissão é uma consequência jurídica da própria compostura da Constituição de 1988 que vincula, com sua força imperativa e cogente, todos os órgãos do poder constituído.”¹²

Desta forma, verifica-se que a relação de incompatibilidade com o texto constitucional – a qual deve ser direta e imediata, sob pena de configurar-se uma ilegalidade – não somente está adstrita aos atos; inclui o não fazer do Estado. Esta inércia traz, como consequência, a ineficácia de um texto normativo que deve, dentre as normas de um ordenamento, guardar a máxima realização: a Constituição, o estatuto político-jurídico fundamental de um povo.

Daí afirmar Dirley da Cunha Jr. que “a inconstitucionalidade, porém, não mais se cifra aos atos comissivos do poder, pois a exigência da conformidade das situações jurídicas com os ditames constitucionais, como decorrência natural da supremacia constitucional, não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais, quando a Constituição assim a determina, também constitui conduta inconstitucional, apurável pela via do controle da inconstitucionalidade por omissão.

Assim, há transgressão da Constituição tanto quando se faz o que ela proíbe, como quando não se faz o que ela impõe. Isso conduz à reflexão de que o princípio da constitucionalidade ou conformidade com a Constituição transporta duas dimensões – o princípio da constitucionalidade positiva e o princípio da constitucionalidade negativa – o que pressupõe a existência de limites negativos e de diretivas positivas aos órgãos de direção política.”¹³

A Constituição brasileira de 1988 estabelece em seu art. 5º, § 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Neste mesmo art. 5º, em seu inciso LXXI, a Carta Magna estabelece o Mandado de Injunção, remédio constitucional apto a realizar o controle da constitucionalidade

12. Ob. Cit., p. 110

13. Ob. Cit., p. 114

pela via difusa, nas hipóteses de omissões legislativas: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Também a Constituição brasileira de 1988, ora em vigor, dispõe sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, em seu art. 103, § 2º: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Da leitura dos citados dispositivos constitucionais, verifica-se, por análise textual e sistemática, que a Constituição brasileira vigente busca a *máxima efetividade* de suas normas, notadamente através do mandado de injunção, remédio que assegura o suprimento da lacuna legislativa pela via judicial, para assegurar, em concreto, a realização de um direito ou liberdade constitucional.

A própria Constituição de 1988 prevê, *explicitamente*, mecanismos assecuratórios da eficácia e aplicabilidade de suas normas. Por esta razão, e por todas as considerações até então expostas, resta evidente que a eficácia das normas constitucionais e os problemas que disso decorre são posturas *ideológicas*, que podem ser revistas sob outro prisma, outro enfoque hermenêutico.

Konrad Hesse¹⁴, ao tratar da força normativa da constituição, percebeu que a “vida” de um texto constitucional só é possível quando há, no seio da sociedade (principalmente no seio do Poder), *uma vontade de Constituição*: “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se estas tarefas foram efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar esta ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder, mas também a vontade de Constituição.”

14. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, SAFE, 1991, p. 19. Flávia Piovesan, neste sentido, afirma: “A tarefa de realização das normas constitucionais deve, ademais, estar em consonância com o sentido essencial dos princípios consagrados pela Constituição, refletindo, assim, a consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem normativa, bem como a convicção de que se trata de uma ordem a realizar, através de atos de vontade dos implicados no processo constitucional.” (ob. Cit., p. 18)

Este viés ideológico ganha maior evidência quando o assunto gravita em torno das normas programáticas. Negar coercitividade à efetivação destas normas, que essencialmente dispõem sobre direitos sociais é atribuir ampla margem de liberdade ao Poder legiferante, sem qualquer controle por parte do povo. É desrespeitar a titularidade do poder pertencente ao povo, o qual é, *prima facie*, o autor da Constituição e, conseqüentemente, das normas que compõe o ordenamento jurídico.

Desta forma, os direitos fundamentais e o problema da omissão inconstitucional, em termos de sua efetivação, encontram respostas satisfatórias e coerentes se encaradas sob o prisma do *princípio democrático*.

Somente uma atuação antidemocrática é que pode dar respaldo a uma construção hermenêutica restritiva dos direitos constitucionais. Ainda que, no plano fático, o Poder público se depare com limitações de cunho orçamentário, v.g., que não permitem realizar determinado direito fundamental – denominado pela doutrina como “a reserva do possível”¹⁵ – isto não pode inviabilizar a possibilidade de, a princípio, partir do pressuposto de que todas as normas constitucionais são plenamente eficazes, e as omissões existentes podem ser sanadas, através dos remédios constitucionais já existentes.

Salienta Barroso que “modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e a acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla

15. “Não podemos concordar com aqueles que sustentam, com base na doutrina estrangeira, encontrar-se a eficácia dos direitos fundamentais dependente do limite fático da reserva do possível, porque sempre haverá um meio de remanejar os recursos disponíveis, retirando-os de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida etc.) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem, como a vida, a integridade física, a saúde e a educação, por exemplo. A esse ponto, dada a sua problemática, pretendemos retornar adiante. Fica, por ora, apenas registrada a opinião deste trabalho no sentido de que os problemas de “caixa” não podem ser guindados a obstáculos à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade constituinte.” (Da Cunha Júnior, Dirley. Ob. Cit., p. 291). Ainda, o mencionado autor esclarece o contexto histórico-cultural do referido princípio, reforçando sua crítica quanto à aplicação da reserva do possível de modo quase absoluto como justificativa para a restrição à efetividade plena dos direitos sociais: “A chamada *reserva do possível* foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Nestas diferentes ordens jurídicas concretas não variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam. Assim, enquanto a Alemanha se insere entre os chamados países *centrais*, onde já existe um padrão ótimo de bem-estar social, o Brasil ainda é considerado um país *periférico*, onde milhares de pessoas não têm o que comer e são desprovidas de condições mínimas de existência digna, seja na área da saúde, educação, trabalho e moradia, seja na área da assistência e previdência sociais, de tal modo que a efetividade dos direitos sociais ainda depende da *luta pelo direito* entendida como processo de transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a concretização desses direitos.” (ob. Cit., p. 308).

tipologia. É puramente ideológica e não científica a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais.”¹⁶

Flávia Piovesan, no que diz respeito à relação entre questões político-ideológicas e normas programáticas, acrescenta que “a programaticidade das Constituições há de se combinar com sua efetividade, sob pena de debilitar o constitucionalismo, abrindo campo às mais graves transgressões jurídicas. A programaticidade sem juridicidade poderá, enfim, converter-se formal e materialmente no maior obstáculo à construção constitucional de um verdadeiro Estado de Direito. A história registra que, fora da Constituição, nasce apenas o arbítrio, incompatível com o fortalecimento das sociedades democráticas.

Infere-se, ante as ponderações de Bobbio, Loewenstein, Eros Grau e Barroso, que a preocupação central relativa à eficácia das normas programáticas está relacionada ao fato de a doutrina constitucionalista tradicional não consentir que os cidadãos a invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento por si só, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, máxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativa que de verdadeiros direitos subjetivos.”¹⁷

Por todo o exposto, à luz do princípio democrático, amplamente abordado pelo constitucionalismo contemporâneo, resta claro que as omissões inconstitucionais (ênfatisando a inércia legislativa) configuram a contramão, a via oposta à efetivação dos direitos fundamentais. Ao contrário: caracterizam um verdadeiro óbice. Pois, segundo o farol democrático, interpretar e aplicar as normas de uma Constituição não pode fugir ao ideal concretizador, não somente em função de sua supremacia ante as demais normas, e sim porque estatuem os princípios mais caros à vida humana em sociedade, bem como estabelecem as ações e metas estatais mais relevantes à promoção real da dignidade da pessoa humana.

16. BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 5ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 106.

17. PIOVESAN, Flávia. *Ob. Cit.*, p. 73

1.2. Um novo olhar sobre a doutrina da separação dos poderes

A Constituição de 1988 expressamente dispõe, em seu art. 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata; o que significa que não se pode alegar ausência de regulamentação de seus preceitos, por lacuna legislativa, como argumento para a sua não efetivação. Através do processo hermenêutico, devem ser as lacunas preenchidas pelo aplicador da norma, haja vista que a interpretação jurídica não admite o *non liquet*; o intérprete é voltado para a decisão, não pode deixar de solucionar o problema alegando lacuna ou obscuridade da lei, mormente no que tange à hermenêutica constitucional.

Todavia, questiona-se a respeito da possibilidade de o Poder Judiciário aplicar normas constitucionais de eficácia limitada, carentes de regulamentação legislativa. Muitos defendem que, ao suprir esta lacuna, estaria o Juiz violando o princípio da separação dos poderes do Estado, uma vez que, dentre os seus postulados elementares, os poderes (ou funções) do Estado – Legislativa, Executiva e Judiciária – são independentes entre si, sendo vedada a “invasão” de um poder por outro.¹⁸

Mas o que de fato significa a separação de poderes em um Estado? Qual o sentido do vocábulo “Poder”?

A ciência política ensina que o poder é um fenômeno de ordem sociocultural. Denota a capacidade de impor a própria vontade em uma dada relação social. Não há sociedade organizada sem a presença desta vontade determinante, que ora se

18. Um entendimento esposado pelo STF é o de que, em se tratando, v.g., do Mandado de Injunção, caberia ao Pretório Excelso dar ciência ao órgão legislativo, não devendo suprir a omissão. À semelhança da ADIn por Omissão, caberia ao STF apenas dar ciência ao Poder competente da providência a ser tomada. É o que se infere da leitura do MI nº. 107-3, REL.MIN. Moreira Alves: “O mandado de injunção é ação outorgada a titular de direito, garantia ou prerrogativa dos quais o exercício está inviabilizado pela falta de norma regulamentadora; é ação que visa obter do Poder Judiciário a declaração de inconstitucionalidade por omissão se estiver caracterizada a mora em regulamentar por parte do Poder, órgão, entidade ou autoridade de que ela dependa, com a finalidade de que se lhe dê ciência dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão”

No mesmo sentido, no MI nº. 168-5, há esse mesmo entendimento reiterado do STF: “O mandado de injunção nem autoriza o Poder Judiciário a suprir a omissão legislativa ou regulamentar, editando o ato normativo omitido, nem, menos ainda, lhe permite ordenar, de imediato, ato concreto de satisfação do direito reclamado: mas, no pedido, posto que de atendimento impossível, para que o Tribunal o faça, se contém o pedido de atendimento possível para a declaração de inconstitucionalidade da omissão normativa, com ciência ao órgão competente para que o supra.”. Percebe-se que esta corrente no STF se revela refratária e receosa ante a possibilidade do controle e suprimento, pelo Poder Judiciário, das lacunas constitucionais causadas por omissões do Legislativo. Caracteriza, pois, um aspecto do chamado **não concretismo**.

Na doutrina, Manoel Gonçalves Ferreira Filho acolhe este posicionamento. Segundo este consagrado autor, o Mandado de Injunção é remédio análogo à ADIN por Omissão, cabendo ao Judiciário apenas dar ciência ao poder competente da falta de norma sem a qual é inviável o exercício do direito fundamental, posto que não pode o MI ter um alcance que não foi dado à ADIN por omissão. (em Curso de Direito Constitucional, 17ª Edição, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 277).

baseia na força, ora na *crença da necessidade de obediência ao governante*. Como fenômeno sociológico, é uno e indivisível.

As funções são modos de manifestação do poder, para que seja mais bem administrado e controlado. Acertadamente pontifica Dirley da Cunha Jr.: “O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que correntemente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de poderes é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado.”¹⁹

Malgrado esta concepção remonte à antiguidade clássica, com a obra de Aristóteles denominada “Política”, quem mais desenvolveu a teoria da separação dos poderes foi Montesquieu, filósofo francês. Inspirado em John Locke, Montesquieu sistematizou as funções estatais, propondo uma divisão tríplice. Nesta divisão, caberia ao Poder Legislativo criar as leis e corrigir ou anular as que foram feitas; ao Poder Executivo, caberia declarar a guerra e celebrar a paz, instaurar a segurança, prevenir invasões; e, ao Poder Judiciário, julgar os crimes ou conflitos entre particulares.

“Cada Poder, portanto, tem a faculdade de estatuir sobre os assuntos afetos às suas funções, ou seja, tem o direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem; e dispõe, outrossim, da faculdade de impedir que os outros poderes invistam contra o equilíbrio constitucional das funções estatais, anulando as suas ações ilegais. Montesquieu, portanto, preconizava fundamentalmente, para além de uma divisão de funções, a idéia de uma recíproca limitação dos poderes, e isso só era possível num ambiente em que os poderes distintos fossem exercidos por órgãos também distintos.”²⁰

Desta forma, a tradicional teoria da separação de poderes do Estado moderno primava pela rigorosa independência entre eles, como forma de controlar o arbítrio e o mau uso do poder. Indo ao encontro do ideal revolucionário francês, a “lei” foi o substituto da pessoa do monarca no que diz respeito à legitimidade político-jurídica.

Seriam os cidadãos o titular originário da vontade política. Ao mesmo tempo, cada Poder teria a faculdade de impedir os abusos praticados pelo outro – um sis-

19. Da Cunha Jr., Dirley. Ob. Cit., p. 315

20. Da Cunha Jr., Dirley. Ob. Cit., p. 320

tema de freios recíprocos, designado posteriormente como “*checks and balances*” (sistema de freios e contrapesos), com a ressalva de que ao Poder Judiciário seria dado um tratamento de neutralidade.

O juiz era “a boca que pronunciava as palavras da lei”, uma vez que os juízes, segundo Montesquieu, são seres inanimados, que não podem moderar, com juízos de equidade, nem a força nem o rigor da lei; não está ligado a certo estado, nem a certa profissão; um poder invisível e nulo, que não necessita de controles. (percebe-se que o filósofo francês guardava temor pela magistratura; como o Poder Judiciário não era constituído por eleição popular, como forma de conter abusos ilegítimos Montesquieu teorizou a função jurisdicional fora de controle pelos demais poderes, e *adstrita à sua função precípua de julgar*).

Nos dias atuais, particularmente no contexto da Constituição brasileira de 1988, os poderes do Estado foram concebidos não somente como independentes, mas *independentes e harmônicos entre si, como previsto no art. 2º da Carta Magna*.

O vocábulo “harmônicos” vem de “harmonia”: simboliza ordem, proporção, coerência; assume uma forte conotação teleológica; significa que as três funções estatais – Legislativa, Executiva e Judiciária – devem trabalhar conjuntamente, em harmonia, para que haja a realização plena e efetiva do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Utilizando um exemplo extraído do senso comum, pode-se comparar o art. 2º da Constituição de 1988 a uma orquestra; cada instrumento musical trabalha em prol da execução da música, sob a direção do maestro, conquanto cada um, independentemente, execute sua tarefa. Semelhantemente, os poderes do Estado, embora independentes, cada um executando sua função típica, atuam em conjunto visando realizar os princípios e objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Assim sendo, não se pode cogitar, na contemporaneidade, que o Estado assumira uma tripartição de funções estanque e isolada; todo poder existe por e para um dever, para a realização do Bem Comum. E com acerto Dirley da Cunha Jr. expõe que “não é coerente nem factível a manutenção de Poderes independentes e harmônicos dentro de uma estrutura rígida de funções. As funções estatais, como demonstrado, longe estão de ser exclusivas do Poder respectivo.

A separação absoluta entre os Poderes não é só impossível – haja vista a unidade do Poder político e a tarefa comum a todos –, mas também indesejada, de tal modo que longe de uma separação de poderes, o que se tem, de veras, é uma verdadeira coordenação ou colaboração ou co-participação entre os Poderes

e certas tarefas, onde um Poder participa, de forma limitada e secundária, da função de outro, que a conserva sua, ensejando um funcionamento harmônico ou uma colaboração recíproca, embora independente, na tarefa comum, tendo como objetivo o equilíbrio político, a limitação do Poder e, em conseqüência, a proteção da liberdade e a melhor realização do bem comum.”²¹

Isto conduz ao que Paulo Bonavides denomina de “Nova Hermenêutica”: em lugar de interpretar-se a *lei*, por uma operação silogística, a preocupação se desloca para a *concretização* do preceito constitucional, “de tal sorte que concretizar é algo mais do que interpretar, é, em verdade, interpretar com acréscimo, com criatividade.”²²

E, em virtude desta mudança de paradigma, o Poder Judiciário assume um papel fortemente político: o de, por meio da *interpretação*, concretizar os preceitos constitucionais nos conflitos entre os cidadãos. Assume o Juiz um papel de “legislador” *in concreto*, podendo neste ínterim integrar o ordenamento jurídico, através do suprimento de lacunas, deixadas pela conduta omissiva dos demais Poderes, em prol da cidadania e dos valores constitucionais, sem que isto implique invasão de um Poder sobre o outro.

Esta concepção caracteriza o que, em sede de Mandado de Injunção, pensa a corrente “concretista”, a qual reconhece que, nesta ação, seus efeitos são de fato constitutivos, e não simplesmente declaratórios. Flávia Piovesan menciona alguns doutrinadores que abraçam este entendimento: “a sentença concessiva da injunção contém uma declaração de certeza quanto a um direito fundamental preexistente, mas a isso acrescenta um *quid*, ou seja, confere àquele direito a eficácia que se encontrava neutralizada pela falta da norma regulamentadora.

Nesta mesma linha de raciocínio, entende Calmon de Passos que o mandado de injunção “não é remédio certificador de direito, e sim de atuação de um direito já certificado. Seu objeto é exclusivamente definir a norma regulamentadora do preceito constitucional aplicável ao caso concreto, dado a omissão do poder constitucionalmente competente, originariamente, para isso. Age o Judiciário, substitutivamente, exercitando a função que seria do legislador, mas limitado ao caso concreto.”²³

21. Ob. Cit., pp.326-327.

22. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, Ed. Malheiros, p. 585.

23. PIOVESAN, Flávia. Ob. Cit. Pp. 157-158

2. A MÁXIMA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Seguindo a linha de raciocínio do mestre Paulo Bonavides, de fato houve uma mudança de paradigma em termos de Hermenêutica Constitucional: ao invés de o intérprete preocupar-se em tão somente *aplicar a lei*, sendo a lei o centro gravitacional do seu trabalho, desloca-se seu olhar para a *concretização dos valores e preceitos constitucionais*. Isto leva a uma atuação conjunta dos Poderes do Estado, visto que há um *objetivo a ser alcançado*, sob pena de o Estado Democrático de Direito perder sua legitimidade.

Se o poder, nas Democracias constitucionais, apóia-se na legitimidade popular, na *crença de que o povo é o destinatário, mas ao mesmo tempo é autor do sistema jurídico no qual está inserido*, há, sim, por parte do Estado e do pensamento jurídico, um olhar sobre a legitimidade do Estado de Direito.

Jürgen Habermas, na contemporaneidade, é o sociólogo e filósofo que com profundidade e sapiência trata da questão da democracia: segundo o pensador alemão, esta se baseia em um *consenso* travado entre os atores sociais. Tendo em vista que o homem é um ser naturalmente comunicativo, e mesmo quando age, realiza um ato de comunicação, Habermas sustenta que é o Direito um *médium* lingüístico construído socioculturalmente, capaz de estabelecer a ordenação social de valores e de uma ética comum entre os membros do discurso.

“Pois, enquanto sujeitos do direito, eles só conseguirão autonomia se entenderem e agirem como autores dos direitos aos quais desejam submeter-se como destinatários. Enquanto sujeitos do direito, eles não podem mais escolher o *médium* no qual desejam realizar sua autonomia. Eles não podem mais dispor da linguagem: o código do direito é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua autonomia. A idéia da autolegislação tem que adquirir por si mesma validade no *médium* do direito. Por isso, têm que ser garantidas pelo direito as condições sob as quais os cidadãos podem avaliar, à luz do princípio do discurso, se o direito que estão criando é legítimo. Para isso servem os direitos fundamentais legítimos à participação nos processos de formação de opinião e da vontade do legislador.

Após essa mudança de perspectivas, nós não podemos mais fundamentar iguais direitos de comunicação e de participação a partir de *nossa visão*. Ora, são os próprios civis que refletem e decidem – no papel de um legislador constitucional – como devem ser os direitos que conferem ao princípio do discurso a figura jurídica de um princípio da democracia.”²⁴

24. HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia, Vol.1 – Entre Facticidade e Validade. 2ª Edição Ed. Tempo Brasileiro, pp. 163-164. Luiz Moreira, na obra “Fundamentação do Direito em Habermas” (Ed. Mandamentos, p. 52), discorre que “o direito moderno, para ser legítimo, tem de estar afinado tanto com os direito

Uma vez participantes da construção do Direito, como um discurso que estabelece um consenso, são os cidadãos os autores das normas que compõe o sistema jurídico; de sorte que, ao negar efetividade a um direito fundamental, nega-se voz à realização da vontade popular que o gerou. Em suma: a Constituição deve ser interpretada em seu todo, direcionando os Poderes à efetivação dos seus preceitos, principalmente dos direitos fundamentais, que espelham os princípios e as garantias que retratam a soberania popular e o respeito aos direitos humanos, em um Estado.

3. A DEMOCRACIA COMO REGENTE DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

“A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai também um bom pedaço além da estrutura de meros textos – um nível de exigências, aquém do qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência [Gewalt] organizados (denominado “Estado”): não como subpessoas [Unter-Menschen] não como súditos [Untertanen], também não como membros do Soberano, do “povo” que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é portanto também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático.

Representa ela um nexos necessário, um nexos legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista; isso se acha incorporado ao texto das constituições das quais falamos. Democracia significa direito positivo – o direito de cada pessoa.”²⁵

Friedrich Müller, ao escrever estas palavras, traz um conceito de democracia como princípio regente do Direito positivo. Semelhante a Habermas, na citação supracitada remonta a um conceito dinâmico, que traduz um *status positivus*, de exigência. Exigência de quem? E para quem?

humanos quanto com o princípio da soberania do povo. Isso porque são essas idéias que forma o cerne de sua legitimidade. Como mostramos, Habermas elabora uma teoria que se firma através da síntese entre esses dois princípios. Essa síntese tem de ser institucionalizada e acoplada a procedimentos que conservem, em seu seio, regras processuais que eliminem qualquer possibilidade de deturpação. Essa é a tensão que o Direito é condenado a viver: embora seja legítimo, suas prescrições são sempre passíveis de revogação, caso contrário poderíamos estabelecer preceitos que antes aprisionariam do que proporcionariam liberdade. Não raro, violências vestiram o manto do sagrado, do jurídico e da justiça. Eis a razão pela qual a validade de uma normatividade tem de estar aberta à comprovação discursiva. Esse o motivo de uma razão procedimental que é despida do peso moral da tradição.” (p. 170)

25. Müller, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia* 3ª Edição, São Paulo, Max Limonad, p. 115.

Esta exigência repousa justamente no anseio popular de concretização das normas postas, mormente as normas constitucionais. Todas estas são, com fundamento na democracia, eficazes, cabendo ao intérprete, no momento em que forem invocadas pelos sujeitos de direito, dar-lhes vida.

Por esta razão, o art. 5º, § 1º, da vigente constituição, passa a ser interpretado como regra, e não como algo relativo, a ser ponderado juntamente com os demais princípios. Em sua essência, esta norma traz o mandamento de que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Embora, no caso concreto, à luz da ponderação de interesses e da razoabilidade, os direitos fundamentais, em caso de conflito, sejam sopesados caso a caso pelo julgador, a norma constitucional acima invocada não pode ser relativizada, como meio de restringir a atuação do Poder Judiciário em sua tarefa de efetivar os direitos e garantias fundamentais, priorizando a inércia do Poder ao invés de realizar o dever reclamado pela democracia.

Ao suprir uma omissão legislativa para tornar eficazes os direitos fundamentais, o Juiz vai ao encontro do ideal constitucional, qual seja o de satisfazer os princípios que têm como pano de fundo a soberania popular.

Desta forma, democracia apenas é sinônimo de efetivação; não pode ser a Constituição uma “folha de papel” sem vida, sem possibilidade concreta de plena realização. Se assim for, estar-se-á primando pelo abuso do poder, legitimando um poder como um fim em si mesmo, e não como *meio* para realizar o Bem comum, esta “vontade geral”, chamada por Habermas de “consenso”.

Quando a vontade geral, estampada nos mandamentos constitucionais, é aplicada na realidade fática; quando de fato o poder está a serviço de um *dever, qual seja o de cumprir uma finalidade pública*, está sendo construído, por parte dos agentes políticos, um direito legítimo, que vai ao encontro de uma *ética*, pautada no ideal solidário da *res publica*.

Em sociedades complexas e plurais, como as de hoje, é o direito legítimo democraticamente aplicado que fomenta a solidariedade e a não violência. Um Estado comprometido em dar a máxima efetividade aos objetivos sociais constitucionalmente estabelecidos realiza a *inclusão* e o reconhecimento do cidadão enquanto tal. O Estado democrático é o que possibilita, por todos os mecanismos possíveis, a participação popular e a satisfação dos seus anseios fundamentais.

E a efetivação dos direitos fundamentais é uma abertura à cidadania, uma vez que o cidadão, enquanto titular de um direito, ao mesmo tempo é titular, em abstrato, da possibilidade de gozá-lo caso este venha a ser reconhecido nos conflitos e nos fatos da vida social.

O Poder público não pode obstar a realização dos direitos fundamentais, sob pena de estar, por via adversa, agindo contra aquele que o estabeleceu – o próprio povo.

Por esta razão, o intérprete da constituição não pode se ater a um silogismo puramente técnico, de cunho superficialmente gramatical, refugiado na lei e em regulamentações ulteriores. Nas eventuais lacunas, as omissões devem ser supridas.

Manter um direito ineficaz por inércia do legislador que deveria regulamentar a matéria e não o fez é, de certa forma, abster-se de solucionar o conflito. Ademais, o próprio texto constitucional vigente estabelece, em seu art. 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

4. CONCLUSÃO

1. No que tange à efetividade dos direitos fundamentais e o princípio democrático, foram revistos conceitos atinentes à teorização da eficácia das normas constitucionais. A doutrina clássica, tendo como exemplo a classificação adotada por José Afonso da Silva, acabou por restringir o real alcance das normas constitucionais, principalmente as que tratam de direitos fundamentais, e de cunho social (normas constitucionais de princípio programático), quando traça a espécie “normas constitucionais de eficácia limitada”, as quais travam uma relação de dependência com o legislador ordinário, na regulamentação da matéria.
2. Esta concepção de dependência (e não de cooperação entre os poderes) torna tais normas constitucionais despidas da eficácia que foi originariamente pensada pelo Poder Constituinte originário, mormente em se tratando da efetivação de direitos fundamentais, reputados de altíssima relevância social e que constituem o plexo axiológico de uma Constituição democrática. Este problema desencadeia o fenômeno da omissão inconstitucional, cuja solução, à luz da Constituição brasileira de 1988, já é positivada, através dos remédios constitucionais da ADIN por Omissão e do Mandado de Injunção.
3. Todavia, como desdobramento da doutrina clássica, refratária à máxima efetividade dos preceitos constitucionais e direitos fundamentais, viu-se que estes mesmos remédios também são interpretados de modo restritivo, retirando o seu devido alcance, sob o argumento de que, caso houvesse o suprimento de lacunas causadas pela omissão legislativa por parte do Poder Judiciário, haveria a violação ao princípio da independência entre os poderes;

4. Esta postura, denominada como não concretista, reforça a tese de que é *ideológica e não científica a questão da eficácia das normas constitucionais*. Este é o entendimento esposado pelos constitucionalistas contemporâneos (no chamado “neoconstitucionalismo”);
5. E o problema ideológico está ligado diretamente à questão da democracia.
6. Quanto à teoria da separação dos poderes, não se pode apartar a independência entre as funções estatais com a idéia de cooperação, que na vigente Constituição brasileira de 1988 está prevista, no seu art. 2º, como harmonia entre os poderes: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”
7. A idéia de harmonia repousa no fato de que, juntamente com a função de controle dos excessos e dos abusos de poder, cada uma destas funções do Estado (poder entendido como função) deve atuar conjunta e teleologicamente, visando a promoção do Bem Comum;
8. E é nesse enfoque teleológico o fundamento para se adotar um pensamento concretista quanto à solução das omissões legislativas. O Poder Judiciário, no direito brasileiro, ante a própria previsão constitucional, possui clara legitimidade para, no exercício de sua função, suprir a indigitada omissão para realizar um direito fundamental ou outra norma constitucional. Mormente em um sistema de constituição rígida, que postula a supremacia do texto constitucional, este não pode ser inócuo ante a ausência de regulação infraconstitucional; do contrário, poder-se-ia até mesmo pensar que estaria havendo o *non liquet*, o que é vedado pelo presente ordenamento;
9. É a democracia o fundamento legítimo de um Estado de Direito. O direito positivo, para ser denominado legítimo, traz como fundamento o fato de que foram os cidadãos os autores de suas leis e códigos, estando na base a Constituição. Esta idéia remonta ao ensinamento habermasiano da legitimação pelo *consenso*. E este consenso se faz presente quando, em uma Constituição, constam um rol de direitos e garantias fundamentais que trazem direitos individuais, de cunho social e que principalmente asseguram a participação política.
10. Desta forma, devem os direitos fundamentais guardar a máxima efetividade, à luz do princípio democrático. Verifica-se, por estes argumentos, que deve o art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, ser interpretado como regra, a reger a Hermenêutica Constitucional.

11. Por todo o exposto, nota-se que não basta ter direitos declarados; estes devem guardar a possibilidade real de serem vividos, efetivados. Nas palavras de Flávia Piovesan: “Pode-se afirmar que hoje o grande desafio para a consolidação do constitucionalismo social corresponde à reconstrução da cultura jurídica tradicional, a fim de que passe a incorporar os valores sociais transformadores da ordem constitucional. Neste cenário, o Poder Judiciário assume responsabilidade destacada, na medida em que se converte em *locus* essencial da afirmação dos direitos fundamentais. Todavia, somente a partir da adoção de uma lógica social, que transite do procedimento interpretativo de bloqueio para a interpretação de legitimação das aspirações sociais, é que o Poder Judiciário poderá intensificar sua função ativa no processo de afirmação da cidadania ampliada e da justiça substantiva.”²⁶

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRA, Walber de Moura. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DA CUNHA JR., Dirley. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público* São Paulo: Saraiva, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Vol.1: Entre Facticidade e Validade*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. De Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia*. Trad. De Peter Naumann. 3ª Edição. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

26. PIOVESAN, Flávia. Ob. Cit., pp. 197-198

- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 2004
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- SMEND, Rudolf. *Constitucion y Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

X

O PLANEJAMENTO ECONÔMICO E A CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO (CIDE)

José Antônio Garrido

Advogado. Procurador do Município de Salvador. Especialista em Direito Tributário pelas Faculdades Jorge Amado/JusPodivm. Mestrando em Direito Público pela UFBA. Professor de Direito Econômico e de Direito Tributário da UNIME/BA. Professor de Direito Processual Civil e de Direito das Obrigações das Faculdades Jorge Amado/BA. joseantoniogarrido@bol.com.br, joseantoniogarrido@gfcadvocacia.com.

RESUMO: A CF/88, ao consagrar o modelo de Estado do bem-estar social, regulou as situações em que cabe ao Estado intervir na economia; isso pode se dar de forma direta (por participação ou por absorção) ou de forma indireta (por indução ou por direção). Dentro dessa última, há o planejamento econômico. Na seara tributária, a contribuição de intervenção no domínio econômico é o instrumento que a Constituição pôs à disposição da União a fim de servir como fonte de receita para custear a intervenção ou para representar a própria forma desta. Muito embora o planejamento econômico seja indicativo para o setor privado, é possível a instituição de uma contribuição interventiva como elemento de sua atuação.

RESUMEN: La CF/88, al consagrar el model de Estado del bien-estar social, reguló las situaciones en que cabe al Estado intervir en la

economia; esso puede se dar de fora directa (por participación o por absorción) o de forma indirecta (por inducción o por dirección). Dentro desa última, há el planeamiento económico. En la seara tributaria, la contribución de intervención en el dominio económico és el instrumento que la Constitución pôs a la disposición de la Unión a fin de servir com fuente de receita para custear la intervención o para representar la propia forma de esta. Mientras el planeamiento sea indicativo para el sector privado, és possible la institución de una contribución interventiva como elemento de su actuación.

PALAVRAS-CHAVE: Tributo; contribuição; intervenção no domínio econômico; planejamento econômico.

PALABRAS-LLAVE: Tributo; contribución; intervención en el dominio económico; planeamiento económico.

SUMÁRIO: 1. Introdução. Delimitação do objeto. 2. A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico. Conceito, natureza e finalidade. 3. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. 3.1. Formas de intervenção. 3.2. Pressupostos de Intervenção do Estado no Domínio Econômico. 4. Regulação, fiscalização, incentivo e planejamento. 4.1. O planejamento econômico como forma de intervenção. 5. Intervenção no domínio econômico e criação da CIDE. A CIDE e o planejamento econômico. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO. DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Ao colocar como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, o constituinte brasileiro consagrou como modelo o Estado do bem-estar social (art. 3.º da CF/88).

Ao Estado, pois, cumpre intervir no cenário econômico, segundo as formas previstas na CF/88, na exata medida necessária para a obtenção desses objetivos, bem como para dar concretude aos princípios gerais consagrados no art. 170 do texto constitucional. Nesse mister, atua das mais variadas formas, cumprindo, também, as funções de normatização e regulação da atividade econômica, de fiscalização, de incentivo e de planejamento (art. 174 da CF/88). A este estudo interessa, entretanto, a função de planejamento.

No campo tributário, destaca-se, como elemento relevante para a intervenção do Estado no domínio econômico, a figura da contribuição de intervenção no/sobre o domínio econômico (CIDE). Nesse contexto, o objeto deste trabalho circunscreve-se à possibilidade de se utilizar do CIDE como um elemento do planejamento econômico. Para isso, investigar-se-ão as principais características constitucionais desse tributo, definir-se-á se o planejamento econômico é ou não forma de intervenção do Estado no domínio econômico e, por fim, de que forma a CIDE pode atuar como medida tributária integrante do planejamento econômico.

Premissas concernentes à CIDE e à intervenção do Estado no domínio econômico, no entanto, hão de ser fixadas preliminarmente.

2. A CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. CONCEITO, NATUREZA E FINALIDADE

O conceito de tributo é jurídico-positivo, porquanto decorra de descrição de uma situação normativamente regrada, com o fito de se demarcar o campo de aplicação de um complexo de normas, de um regime jurídico¹. Seu conceito é deduzido da observação das prescrições dadas pelo direito positivo.

1. A respeito da distinção entre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos, ver GARRIDO, José Antônio. "Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos". In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto*. N.º 13. Salvador: 2006, p.125-138.

A construção do conceito de tributo perpassa necessariamente pelo exame dos dispositivos constitucionais destinados à tributação. Geraldo Ataliba² já assinalava isso ao asseverar que “[c]onstrói-se o conceito jurídico-positivo de tributo pela observação e análise das normas jurídicas constitucionais”³.

O art. 3.º do CTN esboça um conceito jurídico de tributo. Sucede que este conceito, até mesmo por ser delimitado por uma norma editada muito antes da CF/88 – ainda sob a vigência da CF/67 – e desde então não ter sofrido alteração –, sofre severas críticas da doutrina⁴. Interessante crítica é feita por Misabel Abreu Machado Derzi, aludindo expressamente à imprestabilidade do conceito do CTN para as contribuições especiais e para o empréstimo compulsório⁵.

Assim, à vista da obsolescência do conceito de tributo insculpido expressamente no direito infraconstitucional, urge extrair das características constitucionalmente impostas a este instituto jurídico o seu conceito, jurídico-positivo, com pretensão de validade no Brasil, enquanto se mantiver este sistema constitucional. E bem o fez Ricardo Lobo Torres⁶, conjugando deliberadamente o enunciado do CTN com os traços constitucionais:

2. *Hipótese de incidência tributária*. 6ªed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 33.
3. *Hipótese de incidência tributária*. 6ªed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40: “O conceito de tributo é nitidamente um conceito jurídico-positivo. Há de ser formulado, hoje, de modo diverso, relativamente ao passado. Sofreu evolução. Pode modificar-se e até desaparecer. Aquele, aqui vigente, pode não ser extensível a todos os sistemas atuais. Sua compreensão é maior ou menor aqui e alhures. Como todo conceito jurídico-positivo, é mutável, por reforma constitucional”.
4. Dentre outros, Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2003, p 105. Cf. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 24-31. Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 1998, p.103. Cf. AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19-25.
5. BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. Notas de atualização. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 63-64: “Assim a zona cinzenta, hoje, que obscurece a clareza do conceito, não abrange mais as contribuições e os empréstimos compulsórios, inquestionavelmente absorvidos pelo campo de abrangência dos tributos, mas refere-se a questões clássicas como a distinção entre taxas e preços forçados ou misto de tributos; depósitos compulsórios, como aqueles feitos pelos bancos privados junto ao Banco Central; ou a questões mais recentes que apontam para a dificuldade de distinguir entre sanções e imposto progressivo – no tempo – sobre a propriedade territorial urbana, destinado a desestimular a manutenção de imóveis não edificados ou subutilizados, em desacordo com a função social da propriedade (previsto no art. 182 da Constituição Federal)”.
6. “O Conceito constitucional de tributo”. *Teoria geral da obrigação tributária – estudos em homenagem ao Prof. José Souto Maior Borges*. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 588-9. O autor, embora reconheça que a maioria da doutrina o faz e que foi produto do texto constitucional, questiona a inclusão das contribuições especiais no rol de tributos (Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O Conceito constitucional de tributo”. *Teoria geral da obrigação tributária – estudos em homenagem ao Prof. José Souto Maior Borges*. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 566-582, *passim*: “Sucede que o art. 149, da CF, estendeu demasiadamente a noção de tributo, ao nela incluir as contribuições econômicas e sociais, o que torna necessário que se considerem alguns elementos que estariam melhor fora do sistema tributário, como sejam o princípio da solidariedade social ou econômica

Tributo é o dever fundamental, consistente em prestação pecuniária, que, limitado pelas liberdades fundamentais, sob a diretiva dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade e com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para as atividades protegidas pelo Estado, é exigido de quem tenha realizado o fato descrito em lei elaborada de acordo com a competência específica outorgada pela Constituição.

Vê-se, portanto, que o conceito constitucional de tributo alberga, inexoravelmente, a noção da exação como o “preço da liberdade”⁷, um dever fundamental, insito a qualquer ordem constitucional; além disso, é pautado pelos princípios constitucionais da capacidade contributiva, do custo/benefício ou da solidariedade – este muito importante em se tratando de contribuições especiais, das quais é espécie a CIDE.

Quando Ricardo Lobo Torres diz que o tributo pode se apresentar “com a finalidade principal ou acessória de obtenção de receita para as necessidades públicas ou para as atividades protegidas pelo Estado”, deixa claro que o tributo pode trazer como propósito não apenas gerar receita para o Estado custear as despesas públicas ou as atividades protegidas pelo Estado. Outros objetivos podem assumir o ponto de principais em se tratando de imposição tributária. Quando isso ocorre, dá-se o fenômeno conhecido como *extrafiscalidade*.

O conceito constitucional de tributo atrai para o manto desse instituto exações como as contribuições sociais, as contribuições no interesse de categorias econômicas e profissionais, assim como as contribuições interventivas⁸. Como

a finalidade não essencialmente pública; mas, desde que o constituinte, afinado com as idéias estatizantes e de ampliação do papel do Estado, em voga em 1988, colocou topograficamente aquelas contribuições especiais no bojo do sistema fiscal, não resta outra solução ao intérprete que dilargar o conceito de tributo, que, mesmo amplíssimo, não chega a desestruturar o Estado fiscal embora o torne obeso e ineficiente” – p. 566-7). A respeito do tratamento do imposto como um dever fundamental do indivíduo, ver NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

7. Em trabalho anterior, Ricardo Lobo Torres faz alusão a essa idéia: “Alguns teóricos do liberalismo, no exame do problema do *fundamento jurídico* da tributação, afirmam que o imposto é o preço da liberdade. Adotam a teoria do benefício e vinculam o pagamento do tributo à contraprestação estatal representada pela segurança dos direitos individuais ou pela entrega de bens e serviços públicos. (...) (...) o tributo é o preço da liberdade para efeito de lhe fixar a finalidade ética e econômica e a dimensão existencial de instrumento de alienação do cidadão diante do Estado” (*A Idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 138).
8. Ricardo Lobo Torres, conquanto critique, admite que o texto constitucional reputa a contribuição social e a CIDE figuras tributárias: “No Brasil, a CF/1988 criou e consolidou a anomalia de atribuir natureza tributária às contribuições sociais e às de intervenção no domínio econômico, com incluí-las no bolo da Constituição Tributária (art. 149). Quer dizer: a própria CF trouxe para o campo da fiscalidade a parafiscalidade (contribuições sociais) e a extrafiscalidade (contribuições de intervenção no domínio econômico)”. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “O Conceito constitucional de tributo”. *Teoria geral da obrigação tributária – estudos em*

são tributos vinculados a uma destinação constitucional específica, constrói-se, no estudo desta figura, a noção de *destinação constitucional do tributo* e, paralelamente a isso, a regra de verificação através da validação finalística.

Essa exação serve sempre a atender um *para que* específico. A instituição dessa espécie de tributo não se dá de forma causal; institui-se a contribuição e arrecadam-se os recursos não para o atendimento de despesas públicas em geral; cada contribuição é instituída com uma finalidade específica, para angariar recursos para o atendimento de certas funções. Caso alguma contribuição seja instituída por lei sem que tenha uma finalidade, um propósito específico e autorizado pelo texto constitucional, essa norma jurídica tributária será inquinada de invalidez em função da inconstitucionalidade. Há sempre, por conseguinte, uma *destinação constitucional* para as contribuições especiais e para os recursos delas oriundos.

É justamente aí que, ontologicamente, reside a diferença entre esta espécie tributária e os demais tipos de tributos. Enquanto para nenhum deles (impostos, taxas etc.) há autorização para pré-destinação das receitas respectivas, para as contribuições especiais, ao contrário, essa pré-destinação é própria de sua estrutura jurídica e deverá ser observada, sob pena de inconstitucionalidade⁹.

homenagem ao Prof. José Souto Maior Borges. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 583.

9. Cf. AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85-6: "É a circunstância de as contribuições terem *destinação específica* que as diferencia dos impostos, enquadrando-as, pois, como tributos afetados à execução de uma atividade estatal ou paraestatal específica, que pode *aproveitar ou não ao contribuinte*, vale dizer, a referibilidade ao contribuinte não é inerente (ou essencial) ao tributo, nem o fato gerador da contribuição se traduz na fruição de utilidade fornecida pelo Estado". Cf. ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 203: "Portanto, não é o nome de contribuição que o legislador dá ao tributo que cria, que fixa seu regime, mas a destinação especial dos recursos que o tributo vai gerar". Cf. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito Tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 249-56. Nessa linha, afastando a incidência do art. 4.º do CTN às contribuições especiais mercê dos contornos constitucionais dados a esse tributo, Hugo de Brito Machado: "...as contribuições sociais de que trata o art. 149, bem como os empréstimos compulsórios, têm destinação constitucionalmente determinada. (...)Seja como for, certo é que a regra do art. 4.º, do Código Tributário Nacional, não diz respeito às contribuições sociais, nem poderia ser de outro modo, porque a destinação dos recursos constitui elemento integrante do tipo tributário específico que estas compõem" (cf. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2003, p. 126 e 128). Também José Eduardo Soares Melo, em outra obra: "Conquanto o tipo tributário seja identificado por sua materialidade, umbilicalmente ligada à base de cálculo, na contribuição o produto de sua arrecadação deve estar expressamente previsto na lei que a instituiu. Se isto não ocorrer estará configurada esta espécie tributária, e agredido o texto constitucional" (Cf. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 4ª ed. rev., atual. amp. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 37). "f) nas contribuições, o foco reside na causa para a instituição do tributo, no exame da necessidade e adequação do tributo para o custeio de uma atividade estatal específica. As materialidades, quando referidas, configuram limite adicional a ser respeitado; g) as receitas públicas geradas com a arrecadação de impostos não podem ser vinculadas a órgão, fundo ou despesa, ao passo que, nas contribuições, tais vinculações são constitucionalmente exigidas" (Cf. BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições – regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006, p. 101). Cf. HORVATH,

A regra inserta no art. 4.º do CTN – que determina a irrelevância da destinação legal do produto da arrecadação do tributo para a definição de sua natureza jurídica e privilegia apenas ao fato gerador – há de ser interpretada em consonância com o texto constitucional. Sobrevive a regra infraconstitucional dentro de um contexto em que se subtraem as contribuições especiais das categorias jurídicas tributárias; porém, as contribuições têm natureza tributária, de modo que esta disposição do CTN não se mantém *in totum* dentro da atual conjunta constitucional.

A CIDE, espécie de contribuição especial, enquadra-se perfeitamente neste conceito constitucional de tributo, pois sempre será uma prestação pecuniária compulsória, exigida pelo Estado, segundo os princípios constitucionais citados, devida em função da realização do fato gerador detalhadamente previsto em lei, porém – e isso a caracteriza –, com a necessidade de previsão específica de sua finalidade.

Segundo o art. 149 da CF/88, a finalidade da CIDE é servir de instrumento para o Estado intervir no domínio econômico a fim de garantir a satisfação dos objetivos da ordem econômica consagrados no próprio texto constitucional. Esse tributo, aqui, (i) ou servirá como mecanismo para gerar recursos a fim de financiar outra atividade do Estado em que se materialize essa intervenção, (ii) ou consistirá no próprio meio eleito pelo Estado para realizar a intervenção que se faça necessária na seara econômica. E, em linhas gerais, como a intervenção do Estado no domínio econômico é regulada pela CF/88?

3. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.

De meados do século XIX até o final da Primeira Guerra mundial, houve a modificação gradual de um Estado Liberal, calcado nas idéias da revolução francesa de liberdade de iniciativa e na abstenção em interferir na vida econômica (Estado de Direito em sua concepção original), para um Estado Social. Deu-se, portanto, a substituição de um Estado então inerte, abstencionista, por um Estado

Estevão. “Classificação dos tributos”. *Curso de iniciação em direito tributário*. Aires Fernandino Barreto e Eduardo Domingos Botallo (coord.). São Paulo: Dialética, 2004, p. 46. “A identidade das contribuições reside na sua destinação constitucional (fundos, entidades, categorias profissionais, verba orçamentária específica, assistenciais), ao contrário das demais espécies tributárias em que a destinação é irrelevante para tipificar o regime tributário.

(...)

Entretanto, a destinação constitui um plus (constitucional), a nota característica das contribuições, ainda que sua instituição normativa preveja a arrecadação pelo Tesouro.” (MELO, José Eduardo Soares. “Contribuições no sistema tributário”. In *As Contribuições no sistema tributário brasileiro*. Coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética/ Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 357).

intervencionista, regulador da atividade econômica a fim de garantir o bem-estar social, construído por meio do desenvolvimento econômico. Segundo a lição de Edvaldo Brito¹⁰, o Estado Social apresenta-se sob dois modelos: a) modelo radical: no qual “há a supressão do conteúdo das liberdades individuais, a eliminação da divisão dos poderes e a lei é transformada em mero instrumento, em regime de partido único, da política dos detentores do poder”; b) modelo moderado: “introduz os direitos fundamentais, diversas garantias e direitos sociais”.

O modelo brasileiro é de Estado Social moderado, que respeita e garante os direitos individuais, bem assim objetiva a satisfação dos direitos sociais, notadamente do direito ao bem-estar social. Tratando, justamente, da feição moderada do Estado Social – que bem se coaduna com o Estado Regulador –, pontua Edvaldo Brito que esse modelo de Estado não suprime os direitos individuais, mas ordena a vida social com vistas a garantir o bem-estar e o desenvolvimento¹¹⁻¹².

Essa intervenção do Estado no domínio econômico se opera estritamente segundo o modelo constitucionalmente traçado para o Estado. Norma que define a forma de Estado e sua ideologia, a Constituição também cuida de estabelecer as normas básicas da atuação do Estado no campo econômico.

A CF/88 tratou de disciplinar essa atuação do Estado no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira). No Capítulo I desse Título, logo no primeiro artigo (170), positiva-se que a ordem econômica (no sentido de dever-ser), cujo fim último é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa; esse

10. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 20.

11. Cf. BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 20-21: “Diante do pressuposto de assegurar a realização do bem-estar e do desenvolvimento, por meio da intervenção que libertaria, este modelo estatal nascera não para suprimir ou esvaziar liberdades, direitos interesses dos indivíduos, mas para tornar-se responsável pela ordenação da vida social, atuando no processo econômico com o objetivo de definir políticas e dirigir o seu encaminhamento, construindo, em consequência, uma liberdade econômica, compatível com os já citados ideais de bem-estar e desenvolvimento que se constituem nos de todos os povos, uma vez que toda a humanidade está fascinada pela obsessiva aspiração do desenvolvimento econômico(...)”.

12. Em escrito anterior, VARELA, Antunes. “Procedimento jurídico do estado interventivo”. In *Direito econômico*. Orlando Gomes e Antunes Varela. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 156: “Do Estado liberal passou-se, pelas causas já conhecidas, ao Estado social, que, no seu modelo radical, ou extremista se preferem, suprime, ou esvazia, o conteúdo das liberdades individuais, elimina a divisão dos poderes e faz da lei mero instrumento, em regime de partido único, da política dos detentores de poder. Já no figurino moderado, a substituição do Estado liberal se dá pelo Estado social de direito, que introduz, entre os direitos fundamentais, diversas garantias e direitos sociais, como procedeu, pela primeira vez a Constituição de Weimar, há 50 anos. Deixando de lado o problema da compatibilidade ou da completa fusão dos elementos do Estado liberal e do Estado social, tem o jurista de partir para o exame do problema que parece ser o mais importante no encadeamento dessa mudança”.

mesmo dispositivo institui os princípios gerais da atividade econômica (domínio econômico)¹³. Com o objetivo de concretizar os valores consagrados nesses princípios é que a Constituição autoriza e dá as diretrizes para a intervenção do Estado no domínio econômico¹⁴. A satisfação desses objetivos autoriza o Estado a intervir na economia.

E por que o Estado precisou intervir na economia? Ariño Ortiz¹⁵ elenca algumas razões que impõem a intervenção do Estado no domínio econômico: (i) fracasso do mercado e a necessidade de sua recriação; a intervenção vem para garantir a livre competição no mercado, conferindo-lhe consistência; (ii) existência de critérios de equidade na distribuição, a fim de se eliminarem as desigualdades; o capitalismo livre não permitiria isso, cabendo ao Estado o compromisso de garantir a justiça distributiva, com o objetivo de assegurar uma justa distribuição de renda; (iii) rápida consecução de metas de política econômica. Na linha dessas razões, segundo Ariño Ortiz, quatro seriam as modalidades de intervenção: a) regulação econômica; b) atuação fiscal e financeira, sobretudo utilizando o tributo com função extrafiscal; c) a iniciativa pública, através da criação de empresas públicas que atuarão em regime de mercado conjuntamente com as empresas privadas; d) reserva ao setor público, com os regimes de monopólio.

3.1. Formas de intervenção

A doutrina costuma classificar os procedimentos interventivos de diversas formas. Assim Garrido Falla¹⁶ concebe a existência de três espécies de procedimentos: i) atividade de coação; ii) atividade de estímulo ou persuasão; e, por fim, iii) atividade de prestação. Pelo primeiro caminho o Estado objetivaria a efetividade das normas de política econômica através da produção de atos desti-

13. I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. No parágrafo único assegura-se “a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

14. “Ao programar tais fins, o constituinte não deixou os meios em aberto, posto que circunscreveu os objetivos à base da ordem econômica: valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Logo, o constituinte disse os escopos que deverão ser alcançados, prescrevendo, também, as condições, os meios a serem utilizados” (PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38).

15. *Apud* Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 4.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 240-4. SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 149-51.

16. *Apud* Cf. BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 26.

nados a, mediante sanções administrativas e de outras ordens, adequar a conduta dos particulares à normatividade econômica. Pelos procedimentos de estímulo e persuasão, o Estado se valeria das chamadas sanções-premiais, i.e., cominações benéficas previstas nas normas jurídicas que se operam como consequência da implementação, no plano fenomênico, de determinados suportes fáticos descritos pela norma e, por razões sociais-econômicas, queridos pelo legislador. Já na atividade prestação, o Estado – através de um ente administrativo – toma para se o exercício da atividade econômica que está reservada preferencialmente aos particulares em sistema de livre mercado¹⁷.

Analisando a Constituição de 1988, Eros Roberto Grau¹⁸ divide as modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico em três classes: i) a intervenção por absorção ou participação; ii) a intervenção por direção; e iii) a intervenção por indução.

Na intervenção por absorção ou participação (art. 173 da CF/88), o Estado atua na atividade econômica em sentido estrito; é agente, sujeito econômico, é um “ator” da cena econômica. A intervenção será por absorção quando o Estado assumir “integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio”; Isso ocorre para os setores indicados pelo art. 177 da CF/88¹⁹. Ainda na intervenção por participação, o Estado pode assumir parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito. Nesse caso, atua em regime de competição com as empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor. Segue Eros Roberto Grau pontuando tratar-se de intervenção no domínio econômico – intervenção direta²⁰.

17. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 148-9.

18. Cf. A *Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 84.

19. “Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal”.

20. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 132-3.

Na atuação direta o Estado passa a atuar como empresário, comprometendo-se com a atividade produtiva, quer sob a forma de empresa pública – eis que constituída integralmente por capital público – quer sob a forma de sociedade de economia mista – com a participação do particular em seu capital social. Ambas, entretanto, pessoas jurídicas de direito privado que atuarão em regime concorrencial ou em regime de monopólio, integrando os quadros da administração pública indireta. Na intervenção direta, o Estado atua na qualidade de agente econômico da atividade produtiva, de sorte que não está submetido a regime jurídico de direito público, mas ao regime de direito privado, eis que age em concorrência com as empresas privadas, sendo que “[a]s empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”; isso não exclui por absoluto, entretanto, algumas influências típicas do regime de direito público, por imposição constitucional (e.g., art. 173, §§1.º e 3.º, da CF/88²¹).

Por outro lado, no tocante à intervenção por direção (art. 174 da CF/88²²), o Estado exerce “pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*”²³. As normas de intervenção por direção são cogentes, imperativas (ex. congelamento e tabelamentos de preços). Trata-se de intervenção *sobre* o domínio econômico – intervenção indireta²⁴.

A seu turno, na intervenção por indução (art. 174 da CF/88) “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que

21. “§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
 - I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
 - II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
 - III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
 - IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
 - V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.
 [...]

§ 3.º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade”.
22. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.
23. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133. GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. Apud BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 24.
24. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133.

regem o funcionamento dos mercados”²⁵. As normas de intervenção por indução, portanto, não são dotadas da mesma carga de cogência das normas interventivas por direção; são normas dispositivas. Utilizam-se essas normas de expedientes de incentivos, estímulos e incitações, muito embora deixem margem de escolha para o destinatário da norma. As normas, geralmente, são dotadas de sanções premiais²⁶ (normas de impulso²⁷; ex.: redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito etc.). A indução pode ser positiva ou negativa. Trata-se, também, de intervenção *sobre* o domínio econômico – logo, intervenção indireta²⁸, tal como a por direção.

Assim, tanto na intervenção por direção como na intervenção por indução o Estado necessariamente deverá exercer funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Aqui, o Estado é “diretor” da cena econômica; age exercendo o poder de polícia, ou utilizando mecanismos para programar certos comportamentos do setor privado no tocante ao campo da atividade econômica. Aqui, a atuação do Estado está absolutamente jungida ao regime jurídico de direito público.

A rigor, a divisão entre intervenção direta e intervenção indireta do Estado no/sobre domínio econômico leva em consideração do critério da profundidade da atuação do Estado na atividade econômica, tomada esta em sentido amplo. Há outros critérios para a classificação da atuação do Estado nessa seara²⁹.

25. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133. GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. Apud BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 24.
26. Noberto Bobbio, em trabalho dedicado às sanções positivas (sanções premiais) afirma: “A noção de sanção positiva deduz-se, a *contrario sensu*, daquela mais bem elaborada de sanção negativa. Enquanto o castigo é uma reação a uma ação má, o prêmio é uma reação a uma ação boa.[...] Há sanções positivas, como os prêmios, que têm função exclusivamente retributiva: são uma reação favorável a um comportamento vantajoso para a sociedade. Mas pode haver, também sanções positivas que visam compensar o agente pelos esforços e pelas dificuldades enfrentadas, ou pelas despesas assumidas, ao proporcionar à sociedade uma vantagem; essas sanções têm valor não de mero reconhecimento, mas (inclusive) de compensação. Podem ser denominada, melhor que de prêmios, de *indenizações*”. (“As Sanções positivas”. In *Da estrutura da função – novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 24-26).
27. Manoel Gonçalves Ferreira Filho assim denomina essas normas de Direito Econômico. Cf. *Do Processo legislativo*. 4ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 262-8.
28. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 133.
29. A exemplo do critério da técnica de intervenção, do modo pelo qual a atuação se realiza. Nesse quadro, pode o Estado atuar objetivando induzir, estimular a prática de determinados comportamentos, a fim de implementar as finalidades previstas no texto constitucional; é a chamada “intervenção-incentivo”, que se faz amiúde através da utilização de sanções-premiais (sanções positivas), a exemplo dos incentivos. Em outras circunstâncias, a atuação do Estado se dá para coagir o particular a praticar determinada conduta, ou para reprimir certo ato reputado ofensivo a algum valor ou objetivo consagrado constitucionalmente; eis a

As modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico constituíram, nessa perspectiva uma forma de satisfação do direito subjetivo público ao bem estar social, na medida em que objetiva consagrar as diretrizes insculpidas no art. 170 da CF/88. O texto constitucional de 1988 positivou valores a serem alcançados pelo Estado (aí compreendidos todos os entes da federação) que, para tanto, é um agente normativo e regulador da atividade econômica, devendo exercer – sempre jungido aos termos da lei – as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Muito embora a expressão “intervenção” denote uma atividade que seria transitória, excepcional, a intervenção do Estado na ordem econômica, analisado como um fenômeno global, não tem essa característica³⁰. Essa intervenção – que, em termos gerais, é constante e não transitória – faz-se, outrossim, através da tributação, como bem salienta Gastão Alves de Toledo³¹. A intervenção se opera no campo da atividade econômica (*lato sensu*) constituindo-se tanto na prática de atos materiais, como na produção de atos normativos (normas jurídicas gerais e abstratas e normas jurídicas individuais e concretas), a depender do tipo de intervenção³².

3.2. Pressupostos de Intervenção do Estado no Domínio Econômico

Como toda e qualquer atuação do Estado, a atividade de intervenção no domínio econômico se dá sempre através de lei; noutro giro vergal, a atuação do Estado na seara econômica obedece rigorosamente ao princípio da legalidade.

“intervenção-coação”. Naquelas hipóteses em que, sem se ocupar de atividade de incentivo ou de coação, o Estado atua apenas como sujeito da atividade econômica, tem-se a “intervenção-participação”.

Um último critério aplicado para a classificação é o do momento da intervenção. Quando o Estado age para reprimir algum ato que venha a se contrapor aos valores ou aos objetivos consagrados na CF/88, ele o faz através de sanções negativas, de uma “intervenção repressiva”, operada a posteriori, pois pressupõe que atos contrários às diretrizes constitucionais no campo econômico já se operaram. Quando o Estado age para evitar que alguma situação comprometa a base ou as finalidades da ordem econômica, intervém preventivamente, a priori. Trata-se, portanto, da modalidade de “intervenção preventiva”.

30. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.186: “[...] a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida da retirada, traz, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto. Daí as diversas expressões para caracterizar o novo estado das coisas: economia social de mercado, economia dirigida; economia de comando parcial e tantas outras”.

31. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004, p. 265.

32. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 35.

A exegese dos arts. 173 e 174 da CF/88 deixa claro que a intervenção do Estado pressupõe lei que a preveja, a regule, a discrimine. O *caput* do art. 173 determina que lei definirá as situações em que, por imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado será realizada. Já o art. 174 determina que as funções de fiscalização, incentivo e planejamento serão exercidas pelo Estado, na forma da lei, de sorte que aquele será agente normativo e regulador da atividade econômica.

A submissão ao regime da legalidade apresenta, ainda, algumas repercussões de suma importância para a compreensão do fenômeno da intervenção do Estado na atividade econômica. Paulo Pimenta coloca a sutil questão a respeito de a intervenção ser realizada “pela lei” ou com “base na lei”. A visar a primeira, seria necessária a edição de lei específica para cada situação de intervenção; já no caso de prevalecer a segunda, será suficiente a edição de uma lei genérica, cabendo ao ato administrativo o cumprimento, de fato, das medidas interventivas. De rigor, segundo explica o próprio autor³³, a questão é resolvida conforme o tipo de intervenção no domínio econômico. No tocante à intervenção direta, por imposição constitucional contemplada nos incisos XIX e XX do art. 37, a criação de empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e autarquias dever-se-á dar através de lei específica, razão por que a intervenção, aqui, é “pela lei” e não com “base na lei”. À exceção das fundações – cujas áreas de atuação deverão ser definidas por lei complementar – basta a edição de leis ordinárias para que a intervenção se implemente.

No que concerne à intervenção indireta – quer se trate de intervenção por indução ou de intervenção por direção – não há exigência constitucional de edição de lei específica, o que, a um primeiro exame, levaria à afofada conclusão de que bastaria a existência de lei autorizando a medida interventiva, de acordo com os pressupostos do art. 174, complementada por atos administrativos de execução. Entretanto, como bem salienta Paulo Pimenta³⁴, essa conclusão é equivocada, pois, como a intervenção do Estado constitui exceção à regra da livre iniciativa, só se pode operar mediante lei específica, atingindo justificadamente determinado setor da economia. Assim, tanto na intervenção direta como na intervenção indireta, a atuação do Estado se faz “pela lei” e não apenas com “base na lei”. É sempre necessário, por conseguinte, que a atividade interventiva seja precedida da edição

33. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 42.

34. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 43.

de uma norma jurídica específica que a defina, que dê seus contornos de atuação; enfim, faz-se mister a edição de uma norma jurídica interventiva.

Vê-se, pois, que a instituição de uma CIDE pressupõe (ou supõe³⁵) uma atividade interventiva, a qual deve se dar através da edição de uma norma jurídica interventiva³⁶. Esta se subordina tanto a pressupostos de existência como a requisitos de validade.

No plano da existência, o ato de intervenção se subordina aos seguintes pressupostos: a) objetivo, concernente ao bem jurídico alcançado pelo ato de intervenção, que, necessariamente, deve dizer respeito à atividade econômica, quer seja em sentido amplo, quer seja em sentido restrito; e b) que a intervenção esteja relacionada com uma função pública, com a atuação cujo movel e finalidade são realizar o interesse público; a atividade legislativa e administrativa do Estado concernentes à ingerência no domínio econômico deve se dar no cumprimento das funções públicas. A presença desses dois elementos implica o ingresso do ato jurídico de intervenção no plano jurídico e permite que se o analise no tocante à validade.

Nesse plano, são examinados elementos respeitantes ao sujeito, motivo, finalidade, forma e adequação entre os fins e os meios utilizados pelo legislador. O primeiro dos elementos é ligado ao sujeito produtor do ato de intervenção, à averiguação quanto ao poder para a prática do ato. O exame do texto constitucional soluciona a questão. A competência para atos de intervenção econômica é concorrente entre os entes da federação, conforme regra do art. 24, I, da CF/88. Cabe à União estatuir normas gerais e aos Estados a edição de normas específicas. A intervenção direta monopolista, contudo, compete exclusivamente à União (art. 177 da CF/88); a esta também compete exclusivamente a instituição de CIDE.

Para que o Estado intervenha no domínio econômico, é inexorável a exigência de um motivo. O motivo do ato de intervenção o integra e subordina sua validade. Aqui, cumpre divisar entre o *motivo legal* e o *motivo do ato*. Explica-se. Motivo é sempre a situação fática que justifica e serve como pressuposto fático para a prática do ato, que pode ou não estar previsto em lei. Haverá, dessarte, o motivo legal (que se constitui na situação prevista na hipótese da norma que funciona como fundamento de validade da norma interventiva), assim como haverá o motivo do

35. Quando a própria exação é a forma pela qual o Estado intervém no domínio econômico a fim de garantir a observância dos valores assegurados constitucionalmente, *caso em que a norma jurídica interventiva coincide com a norma jurídica impositiva*.

36. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 43.

ato (que representa a situação ocorrida no mundo empírico que é utilizado como suporte fático do ato interventivo). No direito brasileiro, o motivo legal do ato de intervenção vem previsto na Constituição Federal, motivo pelo qual convém qualificá-lo de *motivo constitucional*.

É, nesse diapasão, motivo constitucional para a intervenção do Estado no domínio econômico todo o conjunto de princípios consagrados pelo texto constitucional como basilares e determinantes para a ordem econômica³⁷, de sorte que o motivo do ato “é qualquer situação fática que infrinja ou ameace de violação qualquer princípio constitucional integrante da ordem econômica, quer verse sobre os fundamentos, ou sobre as finalidades”³⁸. No mesmo sentido, Marco Aurélio Greco³⁹.

Assim, os fundamentos constitucionais da intervenção devem ser sempre os mesmos; o que muda são as finalidades objetivadas com o ato de intervenção e as modalidades de intervenção. “O ‘por que’ se intervém não sobre alteração. A variação é no ‘para que’ se pratica esse ato”⁴⁰.

Ainda na análise da validade do ato interventivo, cumpre examinar o requisito finalístico. Segundo este, o ato de intervenção deverá sempre ter um objetivo, o qual deve estar circunscrito às finalidades previstas na ordem econômica constitucional, cuidando sempre para manter incólume o mínimo essencial dos direitos fundamentais⁴¹. Se o ato interventivo tem por finalidade o cumprimento de outras

37. Cf. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 44. “Destarte, entendemos que o motivo constitucional da intervenção, em qualquer modalidade, é a existência de uma situação no mundo empírico que possa comprometer o cumprimento pelo Estado das finalidades da ordem econômica ou a manutenção de seus fundamentos (bases).” (p. 45-46).

38. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 45.

39. Contribuições de intervenção no domínio econômico – parâmetros para a sua criação. In *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2001, p.21: “[...] na Constituição, deverá ser encontrada a razão de ser da intervenção (e da contribuição), um verdadeiro “motivo” para a sua criação.

[...] É mister que existam, de fato, razões concretas que apontem no sentido da inadequação entre a realidade atual e os objetivos e princípios constitucionais, indicação que deve resultar do texto da respectiva lei.

Certamente não se trata de transformar a lei (que deve ser concisa e objetiva) em documento discursivo e expositivo; trata-se, porém, de apontar, claramente, a finalidade e a razão a ela subjacentes que levaram à criação da figura, inclusive para permitir o controle de sua constitucionalidade”.

40. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 45.

41. GRECO, Marco Aurélio. Contribuições de intervenção no domínio econômico – parâmetros para a sua criação. In *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2001, p. 19: “Realmente, é importante distinguir duas realidades que não se confundem:

a) a escolha dos preceitos e comandos a serem seguidos, para que os objetivos sejam atingidos; e

diretrizes ou a preservação de valores diversos daqueles previstos constitucionalmente como basilares da ordem econômica, ainda que mereçam a tutela do Estado, não pode ser considerado válido, por desvio de finalidade.

Há o requisito de validade atinente à forma do ato. Noutros termos, conforme já visto, a intervenção deve ser veiculada através de lei, mediata (norma geral) ou imediatamente (norma específica).

O derradeiro requisito diz respeito a uma verificação de adequação entre os fins e os meios utilizados pelo legislador. Os fins estão disciplinados, em grande parte, pelo art. 170 da CF/88; os meios estão, de modo geral, nos arts. 173, 174, 175 e 177 do mesmo texto constitucional. A constitucionalidade da norma interventiva dependerá, dentre outros fatores, de uma proporcionalidade, em termos de adequação entre meio e fim, desses elementos.

Assim, as atividades de regulação, incentivo, fiscalização e planejamento estatal dependerão da satisfação desses pressupostos e requisitos.

4. REGULAÇÃO, FISCALIZAÇÃO, INCENTIVO E PLANEJAMENTO

O Estado, como agente normativo e regulador, exerce tríplice função: fiscalizadora, incentivadora e planejadora. A atividade de regulação ganha força a partir do momento em que o Estado Social, de ampla atuação, como grande provedor das necessidades da coletividade, entra em crise mercê de sua hipertrofia. O Estado Social, tal qual em sua concepção inicial, cede espaço a um novo modelo. O Estado não suporta o *munus* de, diretamente, assumir a prestação de todas as necessidades reclamadas pela coletividade. No novo paradigma de Estado, boa parte das atribuições de prestação de serviços à coletividade é transferida para a iniciativa privada, através dos regimes de concessão e permissão (art. 175 da CF/88⁴²), ficando o Estado apenas com as funções de regulação e controle sobre

- b) a verificação da compatibilidade de tais preceitos aos objetivos constitucionalmente contemplados. O primeiro exame envolve, não há dúvida, forte carga política e de conveniência e oportunidade, cabendo ao Legislador avaliar e escolher qual a disciplina a ser seguida em direção ao objetivo. Porém, o segundo plano é nitidamente de verificação de atendimento a uma determinação constitucional (que impõe a busca da finalidade) e, como tal, envolve um juízo de cunho jurídico suscetível de ser realizado pelo Poder Judiciário”.
42. “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II - os direitos dos usuários;

as atividades delegadas. O Estado passa de provedor a regulador, reservando para si apenas a prestação de serviços e o desempenho de atividades econômicas tidas como estratégicas⁴³. É nesse contexto de regulação que surgem, com força, novas entidades integrantes da administração indireta, cuja função se refere basicamente à regulação da prestação de serviços públicos e o exercício de determinadas atividades econômicas: as denominadas agências reguladoras independentes.

Imbricada com a regulação, o Estado cumpre, outrossim, a função de fiscalização. Ao exercer a função de fiscalização, cumpre ao Estado realizar o controle de juridicidade do exercício econômico pelos particulares. Implementa-se, assim, a fiscalização dos agentes econômicos, do empresariado, de sorte a se averiguar a existência de adequação, de obediência às normas jurídicas de conteúdo econômico. Confronta-se a atividade econômica em geral e particular com os princípios respeitantes à ordem econômica, a fim de verificar sua observância e corrigir seus eventuais erros e equívocos. A fiscalização também só poderá ser exercida na forma e nos limites indicados pela lei.

Por questão lógica, a atividade de fiscalização estatal pressupõe uma atividade prévia por parte do Estado como agente normativo, regulador, expedidor de normas a serem observados pelos agentes do cenário econômico. Após o desempenho dessa primeira atividade é que há espaço para atuação da fiscalização, da verificação quanto ao respeito às normas resultado daquela, bem assim a aplicação das respectivas sanções.

Compete ao Estado, como interventor no domínio econômico, a função de incentivo, consistente na criação de estímulos para o progresso da atividade econômica, concedendo condições positivas para o seu desenvolvimento⁴⁴. De mais a mais, para não prejudicar o princípio da isonomia e a garantia da livre concorrência, a legislação não pode beneficiar grupos específicos de interesses exclusivamente privados; a legislação há de ser objetiva e genérica, só contemplando benefícios no caso de estar envolvido o próprio interesse público⁴⁵. O incentivo sempre deverá ter esse objetivo, expresso nos princípios da atividade econômica,

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”.

43. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2.^a ed. rev. Atual. São Paulo: Método, 2006, p. 307: “[...]é o novo perfil do Estado contemporâneo, que se afastou da prestação efetiva de diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem, contudo, abandonar totalmente os setores que deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando (fiscalizando) a conduta privada”.

44. Cf. NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à constituição federal: ordem econômica e financeira – arts. 170 a 192*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 60.

45. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2.^a ed. rev. Atual. São Paulo: Método, 2006, p. 314.

consagrados no art. 170 da CF/88. Aqui há espaço aberto para a concessão de incentivos fiscais e para a utilização das chamadas sanções premiais, desde que respeitadas as garantias da isonomia e da livre concorrência.

4.1. O planejamento econômico como forma de intervenção

O planejamento, na lição de Edvaldo Brito⁴⁶, é o “programa de ação para o futuro, coordenando elementos para a consecução de um determinado fim”. O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, quais sejam promoção do bem-estar e do desenvolvimento social e econômico⁴⁷. É atividade realizada pelo Estado que tem a função de emprestar certa “consistência racional à atuação do Estado (previsão de comportamentos, formulação de objetivos, disposição de meios), instrumentando o desenvolvimento de políticas públicas, no horizonte do longo prazo, voltadas à condução da sociedade a um determinado destino”⁴⁸. Expressa uma imposição da Constituição dirigente. Constitui-se, a rigor, uma função, ao lado das funções de incentivar e de fiscalizar. É um poder-dever.

Salienta Eros Roberto Grau, entretanto, que o planejamento de que trata o § 1.º do art. 174 é o planejamento do desenvolvimento econômico nacional, não o planejamento da economia ou planejamento da atividade econômica⁴⁹⁻⁵⁰. Afirmo Eros Roberto Grau que o a Constituição deveria ter ido além, tratando do *planejamento da ação estatal*⁵¹. Sucede que, de rigor, consoante se infere de inúmeros dispositivos contemplados sistema constitucional, o constituinte se ocupou de tratar do planejamento da ação estatal (v., por exemplo, art. 221, incisos IX e

46. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 60.

47. GRAU, Eros Roberto. *Planejamento econômico e regra jurídica*. Apud BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 61. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 136: “o planejamento é forma de ação estatal, caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado”.

48. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 310.

49. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 270 e 308.

50. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271: “[s]ão inconfundíveis, de um lado o planejamento da economia – centralização econômica, que importa a substituição do mercado, como mecanismo de coordenação do processo econômico, pelo plano – de outro o planejamento técnico de ação racional, cuja compatibilidade com o mercado é absoluta”.

51. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 308.

XVIII, art. 30, VIII, art. 43, § 1.º, II, art. 48, incisos II e IV, art. 49, IX, arts. 182, 187 e 188, todos da CF/88).

“Planejamento” ou, como se encontra em alguns idiomas, “Planificação”⁵² constitui o “ato de planejar”, “e prende-se essencialmente à idéia de racionalizar o emprego de meios disponíveis para deles retirar os efeitos mais favoráveis”⁵³; está intimamente ligado com a noção de “econômico”. A noção de planejamento associa-se, também, com a determinação (ato político) de se aplicar a planificação como método de intervir, de concretizar a intervenção do Estado no domínio econômico⁵⁴. De rigor, Planejamento e Planificação ostentam conteúdos semânticos distintos. Edvaldo Brito⁵⁵ alude ao pensamento de Mariano Baena del Alcazar, para quem, enquanto “planejamento” é a “*elaboração do plano*”, “planificação” é a “atividade realizada pelos altos órgãos coordenadores da Administração Pública consistente em *orientar* a atividade privada e *impor* diretrizes para a pública” (v. art. 174, *caput*, da CF/88). “Planejamento” não significa a mesa coisa que “plano”. “Plano” é o *documento*, a *peça técnica* decorrente da ação de planejar, de se adotar a orientação político-econômica de intervenção do Estado no domínio econômico. Encontra-se, efetivamente, no estágio anterior a qualquer apreciação de natureza política.

Ao planejamento, contudo, só se passa após a garantia de fundamento legal, i.e., depois que a “peça técnica” é transformada em lei, a partir daí tem-se a “Lei do Plano”, que é a que realmente interessa ao Direito Econômico; ausente esta lei, ao Direito Econômico compete velar pelos interesses individuais ou coletivos relacionados com o uso e o abuso do poder econômico e as diretrizes naturais do próprio funcionamento do mercado⁵⁶.

Enquanto que “[p]or planejamento econômico deve ser entendido o conjunto de normas que fixam as metas a serem atingidas em termos de política econômica do Estado...”, a expressão “plano, diversamente, designa a etapa prévia à juridicização dos objetivos, vale dizer, o plano é a peça técnica necessariamente

52. A expressão “planificação” também é utilizada para designar atividade desempenhada por alguns Estados que, seguindo o modelo imposto pela respectiva constituição, impedem o livre mercado e pré-determinam todas as regras a serem seguidas pelo setor econômico, de sorte a limitar ao extremo a iniciativa privada. Tal ocorria nos chamados países socialistas, em que a economia era “planificada”.

53. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 371.

54. Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 372.

55. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 62.

56. Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 372-3.

a ser elaborada, antes da aprovação da lei pelo Poder Legislativo”⁵⁷. Assim, na linguagem técnica: a) Plano – documento final e amplo, composto de projetos; b) Projeto – desdobramento detalhado do plano; c) Programa – de âmbito limitado, é parte do plano; d) Metas e objetivos – os objetivos são os resultados finais e completos a serem atingidos através do cumprimento de metas, i.e., as partes ligadas por sentido seqüencial⁵⁸.

Dentro desse contexto, qual seria a natureza jurídica do plano? Segundo, Washington Peluso Albino de Souza⁵⁹, o plano é a expressão de uma opção política, haja vista (i) a decisão do Estado de intervir no domínio econômico, (ii) e ser ele a “ação planejada” dessa intervenção. É, também, uma *forma atípica de produção normativa*, à vista do que dispõe a parte final do art. 174 da CF/88. É um ato complexo, pois terá características complexas: ato político, ato jurídico e ato econômico. Para Edvaldo Brito⁶⁰, dependerá do sistema jurídico em que for aplicado, e deverá conter normas imperativas, normas dispositivas e normas de caráter programático. Na opinião de Eros Roberto Grau⁶¹, o plano é um ato regra ou um ato condição – aqui adotada a concepção de Leon Diguít a respeito desses atos –, pois, para atingir seus objetivos, “implica a determinação de um conjunto de normas, ou seja, de diretrizes e prioridades concernentes à execução, pelo Poder Executivo, de uma política de intervencionismo econômico e social”. Os planos são, fundamentalmente, normas-objetivo, visto que definem fins a alcançar⁶².

Questão interessante diz respeito ao enquadramento ou não do planejamento como uma das formas pelas quais o Estado intervém no domínio econômico.

Conquanto boa parte da doutrina assim considere o planejamento econômico, há vozes em contrário. Nessa senda, tem-se o pensamento de Eros Roberto Grau, para quem o planejamento “apenas qualifica a intervenção do Estado sobre e no domínio econômico, na medida em que esta, quando conseqüente ao prévio exercício dele, resulta mais racional”; não é uma forma de intervenção, mas “simplesmente, um método de qualificá-la, por torná-la sistematizadamente racional”⁶³. Assim, na opinião do citado autor, a intervenção no/sobre o domínio

57. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 47.

58. Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 374.

59. Cf. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 390-2.

60. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 102.

61. *Planejamento econômico e regra jurídica*. Apud SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 391-92.

62. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 272.

63. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev.

econômico pode ser praticada *ad hoc*, de forma aleatória, ou de forma planejada, sob um novo padrão de racionalidade.

A maioria da doutrina, entretanto, não comunga dessa mesma opinião. Washington Peluso Albino de Souza⁶⁴, por exemplo, põe o planejamento como modalidade de intervenção no domínio econômico, reconhecendo ser ele a mais aprimorada e abrangente forma; nada obstante, admite não ser essencial ao procedimento intervencionista. Em termos parecidos, Edvaldo Brito⁶⁵, ainda sob a égide da CF/67, colocava o planejamento como técnica de atuação do Estado no exercício da sua função conformadora da ordem social.

Para José Afonso da Silva, é um processo de intervenção estatal no domínio econômico com o fim de organizar atividades econômicas para obter resultados previamente colimados⁶⁶. É um instrumento de *racionalização* da intervenção do Estado no domínio econômico. Na mesma linha, João Bosco Leopoldino da Fonseca⁶⁷ e Manoel Jorge e Silva Neto (para quem o planejamento como uma modalidade de intervenção indireta⁶⁸).

O planejamento tem por objetivo coordenar, racionalizar e dar uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando, portanto, a intervenção planejada de uma intervenção conjuntural ou casuística⁶⁹. O planejamento envolve atos de natureza política, econômica, administrativa e jurídica. Os atos de natureza política conferem o sentido decisório da adoção do plano, eis que este é fundamental em termos da Política Econômica a ser posta em prática; os atos de natureza econômica constituem o próprio conteúdo básico do plano; os atos de natureza administrativa são os atos ligados à elaboração e à execução a fim de concretizar os objetivos do plano; por fim, os atos de natureza jurídica determinam o regime de concretização do plano, juridicizando-o, institucionalizando-o⁷⁰.

O planejamento é uma atividade que se coaduna com o Estado Federal e com o regime democrático. Com efeito, por ser a centralização um elemento básico do

atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 135-6.

64. Cf. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 371.

65. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 110.

66. Cf. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 774.

67. Cf. *Direito econômico*. 4.ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 302.

68. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 614.

69. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 69 e 70.

70. Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 377-8.

planejamento, o caráter Federal do Estado Brasileiro estará preservado⁷¹. Ainda sob a égide da CF/67, asseverava o Edvaldo Brito⁷² que “o *plano*, mesmo na federação, deve ser elaborado pela autoridade central a que se deferiu a atribuição das amplas tarefas econômicas e sociais que requerem coordenação na execução”. Federação e planejamento, pois, vinculam-se reciprocamente. O planejamento, por conseguinte, não feriria o a autonomia dos entes federados.

De igual compatibilidade é com a democracia⁷³. Se os governos democráticos têm a finalidade de proporcionar o bem estar e o desenvolvimento a que se propõe o estado social moderador, a consecução desse objetivo só é possível através de um plano que programe a respectiva ação governamental. O que não pode ocorrer em sintonia com um regime democrático é a imposição do planejamento da economia à atividade privada⁷⁴.

Qualquer sistema econômico pode adotar o planejamento como meio à consecução de fins ordenatórios da economia; aliás, nos dias de hoje, muitas vezes ele se põe como uma obrigação para o Estado, tal como acontece na CF/88. Contudo, para ser efetivamente obedecido, é necessário situá-lo num contexto ideológico bastante definido, a fim de garanti-lo contra a inutilidade⁷⁵. A definição dessa ideologia é haurida da própria constituição, de sorte que nenhum planejamento pode ser axiologicamente neutro, eis que, como se trata de opção também política dentre as várias possibilidades, essa escolha é informada por valores ideológicos consagrados pelo Estado em seu texto constitucional, conforme muito bem anotou Gilberto Bercovici⁷⁶. A ideologia, por outro lado, não é pressuposto de planejar;

71. Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 4.^a ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 250: “Não se pode desconsiderar a necessidade do planejamento que tem como finalidade conferir racionalidade, coerência às políticas econômicas adotadas. O planejamento tem como finalidade fixar metas que servem de norte para os esforços empreendidos. Somente um planejamento global, que preveja todo o contexto econômico e social, será capaz de conferir coerência e compatibilidade às medidas de política econômica a serem adotadas”.

72. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 98.

73. “O constituinte não teve qualquer dúvida sobre a compatibilidade entre planejamento econômico e democracia, tanto que estruturou um Estado Democrático de Direito com previsão de sua intervenção na ordem econômica também por meio de planejamento econômico. Aceitou aí a tese de que não haverá democracia real onde não exista um mínimo de organização econômica planejada pelo Poder Público, visando a realização dos interesses populares” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15.^a ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 776.

74. Cf. BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 98.

75. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 57.

76. “E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca da transformação do *status quo* econômico e social. (...) não existe planejamento neutro, pois se trata de uma escolha entre várias possibilidades, escolha guiada por valores políticos e

é condição de eficácia/eficiência do planejamento⁷⁷. O planejamento é conteúdo da norma de direito econômico e, como tal, carrega a sua ideologia, conforme pontua Washington Peluso Albino de Souza⁷⁸.

Mercê de nossa Constituição garantir a livre iniciativa (art. 1.º, IV), o direito à propriedade (art. 5.º XXII), o direito à herança (art. 5.º XXX), o não-confisco por meio de exações tributárias (art. 150, IV), proteger a livre concorrência (art. 170, IV), limitar a intervenção direta do Estado na economia (art. 173), conjugado com um modelo de sistema normativo destinado a efetivar o bem-estar e justiça sociais, tem-se que o constituinte originário, consagrou o modelo econômico de natureza capitalista, nada obstante adote idéias tendentes a concretizar os direitos sociais⁷⁹. Eis a ideologia que deve nortear os planejamentos econômicos elaborados sob a égide da CF/88.

De acordo com a CF/88, cumpre à União elaborar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social, os quais deverão ser aprovados pelo Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República; os planos

ideológicos, consagrados, no caso brasileiro, no texto constitucional. Desta forma, o planejamento, ainda, deve ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos predeterminados. O fundamento da idéia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento”. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

77. Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 4.ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 362-3: “A decisão de planejar na depende de um pressuposto ideológico, tanto é assim que países de direcionamentos político-econômicos completamente divergentes podem adotar o planejamento econômico. Mas todo planejamento econômico, se quiser ser eficiente, deverá buscar uma ideologia como forma de se justificar perante a sociedade, de ser aceito por ela, e de propor-se a ele como seu condutor”.

78. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001, p. 378-9: “O ‘Planejamento’, considerado como ‘ato político de intervenção’, pode abranger os mais diversos assuntos e objetos. Assim, fala-se de Planos Educacionais, Planos Administrativos, Planos de Saúde, quando traduzem a racionalização de medidas referentes a cada um desses temas.

(...) Ainda mais, estes se compõem dos próprios objetivos implícitos na ‘ideologia’ adotada na Constituição, bem como o uso da expressão ‘Plano Econômico e Social’, tão usual e que lhe confere ênfase econômica, a partir de sua abrangência. Na ‘ideologia’ do ‘desenvolvimento nacional’ e da ‘justiça social’, definida nas Constituições brasileiras, não há como excluir essa conotação econômica dos mais amplos aspectos da vida nacional. Em decorrência, não há como deixar de levar tais aspectos para os Planos Nacionais de Desenvolvimento, quando não para os Planos Setoriais de Governo.

Entretanto, quando apresenta sentido econômico fundamental desdobra-se em um elenco predominante de ‘atos’ e ‘fatos econômicos’ que o levam a constituir, ele próprio, uma ‘peça de natureza econômica’. Como tal, o plano decorrente passa a assumir a posição de ‘conteúdo econômico’ da norma que o juridiciza. Por outro lado, os dados econômicos nele contidos são trabalhados no sentido de racionalização que configura a política econômica de sua efetivação. O Plano afirma-se, então, como de natureza jurídico-político-econômica. Assim já o encontramos na condição de ‘conteúdo’ das normas de Direito Econômico, visto como nestas estão dispostos os fatos político-econômicos. A partir de então, passa a ser considerado em relação aos tipos e formas que venha a assumir, ao ‘sujeito’ do ato econômico incluído em seu bojo, à natureza e à eficácia da lei que o aprova, aos objetivos que pretende, às medidas que o efetivarão e assim por diante”.

79. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 57.

nacionais serão executados pela União e não de compreender os planos regionais, que deverão ser executados pelos organismos regionais⁸⁰. Os planejamentos, por serem normas cogentes para o Estado, são determinantes para o setor público e indicativos para o setor privado (art. 174, *caput*, da CF/88). Impor-se-ão ao setor privado algumas normas previstas para implementação do plano não porque implementadoras do planejamento, mas porque expressivas de intervenção por direção⁸¹. Poder-se-á utilizar, todavia, da forma de intervenção por indução, através de sanções premiais do direito econômico (incentivos fiscais e creditícios), para concitar o setor privado a seguir o planejamento⁸². Em verdade, o art. 174 da CF/88 é norma de conteúdo programático, que respeita a livre iniciativa. De mais a mais, qualquer planejamento não poderá violar as garantias constitucionais básicas. Está ínsito ao sistema constitucional do planejamento o respeito aos direitos fundamentais⁸³.

O planejamento econômico compõe, assim, uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, como um instrumento constitucional de garantia do cumprimento das prestações correlacionadas ao direito subjetivo público ao bem estar social e ao desenvolvimento econômico, dentro dos valores consagrados pelo art. 170 da CF/88.

A CIDE, como instrumento tributário de intervenção do Estado no domínio econômico, em nossa opinião, poderá vir contemplada em determinado plano econômico, como forma de obtenção de recursos para custear outras atividades do Estado necessárias à concretização dos objetivos do plano econômico, ou como a própria forma pela qual o Estado intervém no setor econômico, de forma indireta.

5. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO E CRIAÇÃO DA CIDE. A CIDE E O PLANEJAMENTO ECONÔMICO

Eis, a nosso ver, o ponto mais delicado e importante do trabalho: identificar quais as formas de intervenção do Estado no/sobre o domínio econômico que

80. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 271-2.

81. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 9ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 272.

82. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 615.

83. “É óbvio – e constatação que prescinde até de considerações mais técnicas sobre o tema – que o planejamento econômico, guardado sob rigoroso sigilo e tendente a colher de surpresa o sistema econômico, não poderá ultrapassar garantias constitucionais básicas, como as relativas ao direito de ação, ao direito de propriedade, ao devido processo legal, etc.”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001, p. 55.

comportam a instituição de uma CIDE, sobretudo o planejamento econômico. Sabe-se, pois, que a intervenção é condição necessária para a instituição de uma contribuição dessa natureza. Sem intervenção não há CIDE.

O primeiro pressuposto indiscutível diz respeito ao ente político da federação de cuja intervenção no domínio econômico se pode cogitar da instituição de uma CIDE. Aqui, a questão é resolvida pela divisão constitucional de competências tributárias que atribui à União o poder de criar esse tipo de contribuição especial. Desta maneira, a intervenção que venha a ser levada a cabo por outro ente da federação (Estados-membros, Distrito Federal ou Municípios) não poderá dar ensejo à criação de uma CIDE⁸⁴. A necessidade, portanto, de uma concomitância de competências: a tributária e a legislativa/administrativa relacionada com a intervenção⁸⁵. Assim, não se cogita de CIDE se esta não estiver relacionada com uma intervenção no domínio econômico a ser promovida pela União.

Marco Aurélio Greco⁸⁶ pontua que, para a prestação de serviços públicos submetidos a regime de direito públicos, não havia espaço para a intervenção. É certo que nem tudo aquilo que se qualifica como “serviço público” impede que haja intervenção, pois, sob essa denominação, há o que verdadeiramente se enquadra como atividade econômica e, portanto, comporta intervenção. Para os serviços públicos essenciais da União não há espaço para a criação de CIDE. Todavia, se a área qualificar-se como atividade econômica sobre a qual o Poder Público possa exercer o poder de polícia, controlando a adequação do comportamento dos particulares aos ditames da lei, não há empecilho para criação de CIDE.

Conforme já exposto anteriormente, o sistema constitucional vigente contempla inúmeras formas de intervenção do Estado na economia. Diante desse quadro, é crucial investigar se o texto constitucional autoriza a União a criar uma CIDE como instrumento de intervenção ou como fonte de custeio da atividade interventiva em qualquer dessas áreas.

Cumpra-se, de início, um modo de atuação do Estado. Há determinadas formas de intervenção que, para atingirem sua finalidade, se exaurem numa mera

84. Cf. TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2.^a ed. rev. Atual. São Paulo: Método, 2006, p. 342: “Assim, a fiscalização, o incentivo e o planejamento, objetivos legitimadores da atuação de Estados, Distrito Federal e Municípios, não englobam a possibilidade de criar contribuição de intervenção no domínio econômico. O alcance daqueles objetivos deve se dar, portanto, por meio do uso de instrumentos diversos da contribuição referida, salvo no que se refere à política da União”.

85. Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 351.

86. Cf. “Contribuições de intervenção no domínio econômico – parâmetros para a sua criação”. In *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2001, p. 14-5.

atividade legislativa. A União, através de seu órgão legislativo competente, expede norma que disciplina de forma cogente os agentes de determinado segmento econômico, de sorte que se prescindir de qualquer outra atividade para o atingimento do fim que justifica a atividade interventiva. Noutros termos, a indagação perpassa pela análise da necessidade de uma verdadeira atuação normativa-administrativa por parte da União para que se justificasse a instituição de uma CIDE, ou se uma atuação meramente no plano legislativo já seria suficiente. Sobre o tema, Ricardo Mariz de Oliveira⁸⁷ registra que o pressuposto que justifica a instituição de uma CIDE “deve ser uma atuação efetiva e ativa numa determinada área do campo econômico, e não meramente uma simples atuação legislativa”⁸⁸. A intervenção do Estado que se materialize apenas na atuação normativa, portanto, não pode ser pressuposto ou razão para justificar a instituição de uma CIDE; esta só se faz necessária quando a intervenção do Estado no domínio econômico efetivamente requerer uma atividade material por parte deste, ainda que esta atuação material seja unicamente a imposição tributária mediante a contribuição especial em exame. Com essa mesma opinião, André Ramos Tavares⁸⁹.

87. Cf. “Contribuições de intervenção no domínio econômico – concessionárias, permissionárias e autorizadas de energia elétrica – ‘aplicação’ obrigatória dos recursos (Lei 9.991)”. In *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2001, p. 389.

88. Concordamos com essa posição. De rigor, a exação tributária sob estudo, como já noticiado, pode atuar, para cumprir sua finalidade, de duas formas: a) servir como uma mera fonte de receita tributária previamente vinculada à despesa gerada pela atividade interventiva administrativa da União sobre determinada área; ou b) representar, enquanto exigência tributária – e, portanto, sacrifício patrimonial imposto a determinado grupo de indivíduos – a própria forma de que o Estado, buscando bens (pecúnia) no setor privado, se vale para interferir no comportamento dos atores da cena econômica. No primeiro caso, o tributo exerce função fiscal, haja vista que sua finalidade primordial é a arrecadação; no segundo, função extrafiscal, porquanto a arrecadação ceda espaço à implementação de outros objetivos, de modo que é relegada a segundo plano. Em qualquer desses casos, a intervenção do Estado no/sobre o domínio econômico não se esgota numa mera atividade legiferante. No primeiro, a contribuição servirá como fonte de receita que financiará políticas públicas previamente definidas (ou definidas posteriormente), através de normas jurídicas interventivas, que operarão sobre a realidade econômica a fim de garantir a concretização dos princípios contemplados no art. 170 da CF/88. No segundo caso, a cobrança de uma CIDE é a forma determinada pelo Estado (in casu, a União) de atuar sobre o domínio econômico com vistas à satisfação desses mesmos objetivos; enfim, a atividade tributária – que não é uma mera atividade legislativa – servirá como forma de intervenção do Estado.

89. Cf. “Intervenção estatal no domínio econômico por via da tributação”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 228-9: “Cumpra enfrentar a problemática referente à possibilidade de que a contribuição seja amparada apenas na intervenção normativa realizada pela União, sem qualquer conotação material, efetiva. Chama-se, aqui, àquela modalidade de ‘intervenção em branco’, por dela não advir a intervenção efetiva, material, concreta, do Estado, na economia (apenas a intervenção indireta, normativa).

(...)

Ora, a atividade legislativa em geral, própria do Poder Legislativo, não pode servir de base para o custeio por via da contribuição de intervenção no domínio econômico. Ainda que não se negue a possibilidade de

Afora isso, a intervenção que possibilita a criação da CIDE deve ocorrer no/sobre um segmento que efetivamente necessite da atuação do Estado⁹⁰. E mais, se a intervenção se faz sem a necessidade de se criar uma CIDE, esta não deverá ser instituída, sob pena de tal ser infirmado sob um exame de proporcionalidade⁹¹.

Resta saber se tanto a intervenção direta (por participação ou por monopólio) como a indireta (por indução e por direção) arrimam-na. E, nesse particular, cumpre divisar que, na intervenção direta, o Estado age como integrante da atividade econômica, ou prestando diretamente serviços públicos ou exercendo a atividade econômica em sentido estrito. Assim, essa atuação tanto pode ocorrer em regime de monopólio, i.e., quando somente a União, com a exclusão de qualquer outra pessoa, diretamente ou através de uma empresa pública ou sociedade de economia mista a ela vinculada, presta o serviço ou exerce a atividade econômica; como pode ocorrer em regime de livre concorrência, quando através de empresa pública ou sociedade de economia mista, presta serviço ou exerce atividade econômica a respeito da qual não tem exclusividade, de sorte que o particular também pode fazê-lo, em regime de concorrência, desde que atenda as respectivas exigências legais.

intervenção normativa, a qual vem, aliás, referida expressamente pelo art. 174 da Constituição, nem por isso poder-se-á sustentar o cabimento de contribuição por força da atividade legiferante estatal de intervenção econômica”.

90. HARADA, Kiyoshi. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 297: “Disso resulta que essa contribuição ordinatória só pode ser instituída em caráter excepcional, quando e enquanto persistir a desorganização de determinado seguimento da economia, acarretando o desequilíbrio de mercado, sob pena e provocar intervenção atabalhoada, que mais desorganiza do que organiza a atividade econômica, assentada no regime da livre concorrência”. Fazendo a mesma ressalva, Ives Gandra da Silva Martins e José Ruben Marone: “Em ambas as hipóteses, tanto a de *orientação* de setor econômico (planejamento obrigatórios para as empresas estatais), quanto para a reorientação de setor descompassado da economia (intervenção de planejamento meramente facultativo), deve prevalecer a *excepcionalidade* na intervenção do domínio econômico, conforme o Título VII da Constituição Federal, cujo escopo é o de permitir o andamento escorreito e competitivo da economia”. (“Contribuição de intervenção no domínio econômico para o Fundo de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – Funttel – Parâmetros Constitucionais e Inteligência das Leis nºs 9.472/97 e 10.052/00 e do Decreto nº 3.773/01 (Regulamento do Funttel.)”. *Revista dialética de direito tributário*. v. 139. abril/2007. São Paulo, p. 73).
91. Nesse sentido, as ponderações de Ives Gandra da Silva Martins e José Ruben Marone: “A contribuição de intervenção no domínio econômico, portanto, tem como objetivo universalizar e expandir o setor escolhido, afastando abusos e promovendo a competitividade para um curso livre da economia, tudo isso por intermédio da obtenção de recursos desse mesmo setor, de forma neutra e eficaz. Realçamos, todavia, que só se justifica se o setor não tiver forças suficiente para desenvolver-se, em havendo claro descompasso por variados motivos ou ainda para equilibrar a competitividade, lembrando a lição de John Rawls que alicerça seu conceito de justiça na equidade.”. “Contribuição de intervenção no domínio econômico para o Fundo de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – Funttel – Parâmetros Constitucionais e Inteligência das Leis nºs 9.472/97 e 10.052/00 e do Decreto nº 3.773/01 (Regulamento do Funttel.)”. *Revista dialética de direito tributário*. v. 139. abril/2007. São Paulo, p. 74.

A instituição de uma CIDE relacionada com a intervenção direta, quer se trate de monopólio, quer se trate de participação, tanto em relação a serviços públicos como em relação a atividade econômica, esbarraria, segundo o pensamento de André Ramos Tavares⁹², no impedimento previsto no § 2.º do art. 173 da CF/88. Também é o pensamento de Ricardo Mariz de Oliveira⁹³. Considerando que a atuação do Estado no domínio econômico por participação se dá em regime de mercado, de livre concorrência garantida pela CF/88, a instituição de uma CIDE em benefício de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista prejudicaria esse equilíbrio exigido pela CF/88.

Em nossa opinião, a vedação da instituição da CIDE para intervenção direta se dá para o caso em que a intervenção ocorre por participação; vale dizer, quando a União, através de suas empresas públicas ou sociedades de economia mista, presta o serviço público ou exerce atividade econômica em regime de mercado, de livre concorrência. Aqui, qualquer atuação do Estado por intermédio da tributação – *in casu*, mediante a imposição de CIDE – gerará violação ao quanto determinado pelo § 2.º do art. 173 do texto constitucional. Quando, entretanto, a intervenção direta é por absorção, i.e., regime de monopólio, nada impede que se crie uma CIDE que tenha por função implementar algum princípio insculpido no art. 170, relacionada com a atividade monopolizada pelo Estado. E assim se fez no caso da CIDE combustível; o art. 177 da CF/88 assegura o monopólio da União para determinadas atividades concernentes ao petróleo⁹⁴, e ele mesmo alude à criação de uma CIDE “relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível”, que se deu através da lei federal n.º 10.336/2001.

92 *Direito constitucional econômico*. 2.ª ed. rev. Atual. São Paulo: Método, 2006, p. 342: “Realmente, não se pode falar em contribuição de intervenção no domínio econômico para obter recursos objetivando custear a atuação econômica direta do Estado por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mistas (messe mesmo sentido, Oliveira, 2001:399). Isso porque foi claro o constituinte ao exigir, em tais circunstâncias, a aplicação do mesmo regime jurídico extensível ao setor privado (§ 2º do art. 173)”.

93. Cf. “Contribuições de intervenção no domínio econômico – concessionárias, permissionárias e autorizadas de energia elétrica – ‘aplicação’ obrigatória dos recursos (Lei 9.991)”. In *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2001, p. 399-400: “Da mesma maneira, não pode ser cobrada contribuição para União explorar diretamente uma atividade econômica, porque essa exploração deve se dar através de empresas públicas, sociedades de economia mista ou suas subsidiárias, as quais ficam sujeitas ao mesmo regime das empresas privadas e não podem gozar de privilégios não extensíveis às empresas privadas (parágrafos 1º e 2º do art. 173)”.

94. Pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, refinação do petróleo nacional ou estrangeiro, a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes dessas atividades, o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

A intervenção indireta, como já visto, pode ser por direção ou por indução (art. 174 da CF/88). A intervenção por direção, como a própria nomenclatura sugere, implica uma atuação do Estado impondo normas de conduta para aqueles que atuam no cenário econômico; não normas cogentes, dotadas de sanção jurídica, impostas de modo inexorável aos particulares e ao próprio poder público. Nessa modalidade, o Estado há de intervir impondo comportamentos com vistas à garantia dos princípios constitucionais afetos à ordem econômica; realiza a função de regulação da atividade econômica; dirige a prestação de serviços públicos que originariamente lhe caberiam, mas, mercê, da evolução da sociedade e da necessidade de racionalização do Estado enquanto instituição político-administrativa, foram transferidos à iniciativa privada mediante instrumentos como a concessão e a permissão; restou-lhe, contudo, expedir regras para essa prestação, tais como forma e qualidade do serviço, prestações gratuitas obrigatórias e estipulação de tarifas. Realiza, outrossim, a função de fiscalização da prestação desses serviços, a fim de assegurar sua qualidade e segurança. Cumpre esclarecer que essa função de regulação não se restringe apenas à prestação de serviços públicos; estende-se, outrossim, ao exercício da atividade econômica em sentido estrito.

Pensamos que há espaço, pois, para a criação de uma CIDE relacionada com essa atividade de regulação e fiscalização. A atividade de regulação se faz através de instrumentos jurídicos dos mais variados níveis: leis, decretos, portarias ministeriais, instruções normativas, resoluções etc. Nada impede que, para se implementar uma atividade de regulação se utilize de uma CIDE, quer seja como fonte de custeio para a fiscalização, quer seja como a própria forma de regulação de determinado segmento da atividade econômica. No particular da regulação, Calixto Salomão Filho defende a idéia de que a CIDE pode muito bem ser usada como instrumento para a chamada universalização de serviços. Vale dizer, quando a regulação vem a exigir dos grandes produtores ou monopolistas que estendam seus serviços a consumidores que a eles não têm acesso⁹⁵. Nesse sentido, a CIDE contribui para a implementação de valores consagrados constitucionalmente tais

95. SALOMÃO FILHO, Calixto. "Regulação e desenvolvimento". *Regulação e desenvolvimento*. Calixto Salomão Filho (Coordenação). São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42-3: "A universalização é, via de regra, não-lucrativa, pois implica estender a rede até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo. Por outro lado, a empresa privada não estará disposta a estender a prestação de serviços simplesmente pelas externalidades sociais positivas que apresenta. Em consequência, há características que assemelham-na bastante aos problemas que levaram à identificação de setores não-regulamentáveis, onde a intervenção direta do Estado é necessária.

Não por outra razão, como se verá, as principais propostas para resolução do problema de fornecimento universal baseiam-se, exatamente, em soluções estatais ou quase-estatais. Particularmente apropriada para a solução desse tipo de problema é a utilização da figura, até hoje letra morta na Constituição Federal, da contribuição de intervenção no domínio econômico (art. 149, caput). Essa contribuição serve para dois objetivos: de um lado, cria um ônus adicional para setor ou empresas particularmente beneficiadas por um

como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3.º, III) e o bem-estar social (art. 3.º, IV). Nesse passo, Hamilton Dias de Souza e Tercio Sampaio Ferraz Jr.⁹⁶ afirmam que a criação de CIDE é possível quando haja uma efetiva intervenção do Estado no domínio econômico, segundo os ditames da CF; e mais: que essa intervenção se opere em atividade originariamente reservada ao setor privado ou lhe tenha sido transferida por autorização, concessão ou permissão e, além disso, que essa intervenção cause para o Estado um gasto excepcional ou que implique benefício especial a determinado grupo de indivíduos, componentes do setor objeto da intervenção efetuada. Com se vê, para esses doutrinadores, a criação da CIDE só seria permitida constitucionalmente nos casos de intervenção indireta por direção.

Em sentido contrário, há o posicionamento de André Ramos Tavares, para quem só possível a instituição de CIDE para a função de incentivo pelo Estado – como será visto adiante –, sendo vedado à União utilizar-se dessa espécie tributária para o caso da regulação, fiscalização e planejamento⁹⁷, haja vista que, para tanto, são outros os instrumentos postos à disposição do Estado.

Na intervenção por indução, as normas expedidas pelo Estado são destituídas de cogência similar àquela que ostentam as normas respeitantes à intervenção por direção; as normas indutoras são normas dispositivas. Através da utilização de mecanismos de estímulos e desestímulos, o Estado influencia no comportamento dos atores da atividade econômica, orientando-os na adoção ou não de determinadas condutas. A indução, portanto, poderá ser positiva ou negativa. Aqui há um

determinado serviço ou atividade; de outro, financia a intervenção compensatória do Estado em determinada atividade ou até subsetor particularmente atingido.

Desse modo, a contribuição, em uma de suas formas mais eficazes, pode ter uma importante externalidade social positiva. Pode – e deve – contribuir para reequilibrar setores em que especiais condições de mercado criam benefício adicional para determinados agentes econômicos, em potencial detrimento dos demais concorrentes e dos consumidores. É exatamente o que ocorre na maioria dos setores em que há a necessidade de regulação de monopólios formados a partir de redes. O titular de direitos sobre as redes parte de uma imensa vantagem inicial. Essa vantagem pode proporcionar lucros extraordinários. Esses lucros podem ser compensados tanto por uma obrigação direta de provimento de serviços a consumidores sem poder aquisitivo como pela instituição de uma contribuição de intervenção no domínio econômico”.

96. Cf. “Contribuições de intervenção no domínio econômico e a federação”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 71.

97. “Intervenção estatal no domínio econômico por via da tributação”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 227: “Verificou-se, acima, que não é admissível a criação de contribuição interventiva com base no poder fiscalizador do Estado, ou mesmo visando ao planejamento impositivo da atuação dos agentes econômicos. Resta, nos termos do art. 174, a intervenção na modalidade de incentivo. Apenas com este objetivo é que se poderá admitir a criação de intervenção no domínio econômico.”.

amplo espaço para a utilização de normas jurídicas dotadas das chamadas sanções premiais⁹⁸: benefícios previstos no conseqüente de algumas normas jurídicas como resultado direto da adoção do comportamento querido pelo legislador.

Há, aqui razoável espaço para a CIDE. A União pode utilizá-la como forma de orientar o comportamento de determinado setor econômico, ou de apenas alguns sujeitos que nele atuam, fazendo da norma tributária uma norma indutora de conduta. Aqui a própria atividade de tributação da União coincide com sua atividade de intervenção sobre o domínio econômico. Assim, por exemplo, caso queira a União desestimular o consumo de determinado produto ou serviço, basta onerar sua venda ou prestação com uma CIDE. A EC n.º 33/01, ao prever que a CIDE – juntamente com as contribuições sociais – não oneraria as receitas oriundas de exportação e, em contrapartida, ter dito que incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços, nitidamente, através da indução, visa estimular as exportações e o consumo do produto nacional, ao passo em que objetiva diminuir o consumo do produto importado⁹⁹.

Por derradeiro, partindo da premissa estabelecida segundo a qual o planejamento econômico é uma forma de intervenção do Estado no/sobre o domínio econômico, cumpre investigar se a CIDE pode ser utilizada como instrumento seu.

Com o surgimento do Estado de bem-estar social, aquele passou a assumir novas funções que, antes, não lhe pertenciam, passando a exigir dele não apenas uma nova estruturação de atuação, como também fontes de arrecadação para fazer face a essas novas despesas. Conforme registra Estavão Horvath, nessa perspectiva, surge a preocupação com a ordenação dos gastos – fortalecendo-se a idéia de orçamento público – bem como a organização da atuação do Estado, nascendo, a partir daí, a idéia de *planejamento* como técnica de intervenção do Estado no domínio econômico. Não significa dizer que, antes desse momento histórico, o Estado não planeja sua atuação; todavia, a concepção de planejamento como se tem hoje só surge a partir do momento em que o Estado não iria mais assistir passivamente o desenvolvimento da economia, mas passaria a ser um

98. Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª ed. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

99. Eis a crítica de André Ramos Tavares: “É nesse sentido que há de ser interpretada a inovação promovida pela EC 33, de 11.12.2001, a qual encartou no art. 149, da CF, o §2º. Mencionado parágrafo dispõe, em seus incisos I e II, que as contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação; de outra banda, determina que incidirão sobre a importação de produtos ou serviços provenientes do estrangeiro. O *telos* desenvolvimentista dessa inovação é patente, na medida em que pretende incentivar tanto a exportação como o produto nacional, os quais se afiguram como elementos essenciais para o incremento da economia nacional.” *Direito constitucional econômico*. 2.ª ed. rev. Atual. São Paulo: Método, 2006, p. 345.

agente (participação ou absorção) ou, em certa medida, um controlador (direção/ indução) da atividade econômica, ditando os rumos da economia¹⁰⁰. Para essas atividades, o planejamento torna-se imprescindível.

Quanto à instituição de uma CIDE como elemento/instrumento do planejamento econômico, a doutrina se divide. André Ramos Tavares posiciona-se pela impossibilidade. Sustenta sua posição na dicção final do art. 174 da CF/88: “sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Incidindo o tributo sobre a atividade privada, não poderia o planejamento econômico – que não é impositivo para esta, mas meramente indicativo – trazer como instrumento a CIDE¹⁰¹.

Outros, a exemplo de Yoshiaki Ichihara¹⁰², fazem uma importantíssima ponderação a respeito dessa questão; entendem que a CIDE como instrumento do planejamento econômico não poderá utilizada indistintamente, mas apenas e tão somente em caráter absolutamente excepcional de sorte que, de regra, não pode ser um instrumento do planejamento econômico; isso só seria possível “com a finalidade específica de intervenção em determinada atividade econômica, presente a necessidade [...], podendo ser esta intervenção para o cumprimento da política econômica e contido no planejamento econômico”.

A esmagadora maioria da doutrina, entretantes, posiciona-se pela possibilidade¹⁰³. Retome-se, nesse diapasão, o perfil constitucional dessa espécie tributária.

100. Cf. “Orçamento público e planejamento”. In *Direito tributário – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Celso Antonio Bandeira de Mello (coord.). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 124 e 126.

101. *Direito constitucional econômico*. 2.^a ed. rev. Atual. São Paulo: Método, 2006, p. 343-4/358: “Só admite a Constituição um planejamento estatal que seja meramente indicativo para o setor privado, como amplamente demonstrado. Nem poderia ser de outra forma, sob pena de desfigurar-se a economia de livre mercado adotada para o país. Uma das implicações imediatas desse posicionamento constitucional está na impossibilidade de que a União crie qualquer contribuição de intervenção no domínio econômico para fins de planificação ou planejamento econômico. Isso porque, sendo a contribuição, como qualquer outro tributo, independente da vontade do contribuinte (ou seja, obrigatório, impositiva), não se poderia combinar esse caráter com a necessária natureza indicativa de que deve se revestir a atuação do Estado para alcançar o objetivo do planejamento no domínio privado.”

102. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 284.

103. Ives Gandra da Silva Martins e José Ruben Marone colocam-na, inclusive, como instrumento importantíssimo do planejamento econômico: “O ponto que diferencia esse tipo de contribuição está em sua destinação ao planejamento econômico a serviço do Estado; vale dizer, servem as Cides para regular setor da economia pela intervenção no mercado, uma vez descompassado, orientando-o ou reorientando-o. É a intervenção, pois, instrumento do planejamento econômico.

Neste contexto, por tratar-se, pois, de tributo utilizado como instrumento de planejamento, a análise constitucional deve se realizar à luz das normas dos Direito Tributário e Econômico, disciplinados constitucionalmente nos Títulos VI e VII da Constituição Federal”. (“Contribuição de intervenção no domínio

Pressupõe – supõe – sempre uma intervenção efetiva no domínio econômico, que deve cumprir um programa constitucional, de sorte a habilitar o Estado à ação no segmento da *ordem econômica*. Esta intervenção poderá ser feita a fim de criar condições favoráveis de expansão e crescimento – através, por exemplo, de incentivos fiscais (art. 150, §6º; art. 151, I; art 165, § 6.º, CF/88 etc.) – ou para desestimular, por meio de aumento de tributos que se possam aplicar na hipótese (ex.: art. 150, § 1º, CF) ou cobrança da CIDE, podendo esta ser cobrada cumulativamente com o tributo aumentado, assim como para equilibrar forças no mercado¹⁰⁴.

A exigência da CIDE como elemento do planejamento econômico subordina-se, também, conforme já registrado para todo e qualquer caso de instituição desse tributo, de uma atividade material do Estado. A simples atividade legislativa não arrima a criação de uma CIDE. Mesmo inserida no contexto do planejamento, a CIDE deve servir para custear uma ação concreta ou ela mesma representar a própria forma de intervenção com o desiderato de atingir os objetivos previstos no art. 170 da CF/88.

O planejamento econômico racionaliza e orienta a atividade interventiva do Estado. Viabiliza, pois, a maximização de resultados com o mínimo de custo e de prejuízo para outros princípios e garantias consagradas na CF. Entretanto, como se interpretaria, nesse contexto, a parte final do art. 174 da CF/88: enquanto o planejamento é determinante para o poder público, deve ser meramente indicativo para o setor privado?

Segundo Hamilton Dias de Souza e Tercio Sampaio Ferraz Jr.¹⁰⁵, a CIDE pode ser utilizada como medida do planejamento; entretanto, como este não é obrigatório

econômico para o Fundo de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – Funntel – Parâmetros Constitucionais e Inteligência das Leis nºs 9.472/97 e 10.052/00 e do Decreto nº 3.773/01 (Regulamento do Funntel.)”. *Revista dialética de direito tributário*. v. 139. abril/2007. São Paulo, p. 69-70).

104. Cf. TÓRRES, Heleno Taveira. Pressupostos Constitucionais das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. A CIDE-Tecnologia. *Grandes questões atuais do Direito Tributário, 7º volume / coordenador Valdir de Oliveira Rocha*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 137.

105. “Contribuições de intervenção no domínio econômico e a federação”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 94: “...nada obsta que contribuições de intervenção no domínio econômico sejam utilizadas no bojo de um planejamento, desde que seja meramente indicativo para o setor privado. Mas a medida deve obedecer, enquanto meio, os estritos princípios constitucionais, ainda que a custo do atingimento dos fins da política econômica a que se destina, isto é, dos fins almejados pelo programa de intervenção. As contribuições têm finalidades próprias, que devem ser respeitadas e que não se confundem com as previsões do planejamento. Nesse sentido elas são meios para atender à atuação do Estado em determinado setor, obrigando-se o Estado a utilizá-las com um determinado fim. Mas isso não obriga o contribuinte a atingir os fins do planejamento, cujas previsões as apenas indicativas para o setor privado. Por isso elas se submetem, para o Estado, aos critérios de necessidade,

para o setor privado, mas meramente indicativo, cumpre ao Estado, ao impor uma CIDE para o contribuinte antes sob os critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade do que como elemento determinante para o atingimento das metas do planejamento econômico.

A utilização da CIDE como instrumento do planejamento econômico, cumpre ressaltar, deve fazer-se sempre com vistas a implementar o desenvolvimento, o fomento a um segmento da economia que se apresente carente e incapaz de, em regime de livre concorrência, firmar-se com o integrante da cena econômica. Assim, o planejamento, mesmo que indicativo para o setor privado, deve orientar-se, na previsão da CIDE, segundo essa diretriz imposta pelo ordenamento constitucional¹⁰⁶.

Entretanto, quem melhor explicou a relação entre o planejamento econômico, o setor privado e a utilização da CIDE foi Helenilson Cunha Pontes. Com efeito, malgrado o planejamento não obrigue o setor privado (sob pena de se ferir a liberdade econômica), ao conter normas de direito premial, o planejamento atingirá o setor privado, caso a este apraza a sanção-premial estabelecida, submeter-se-á a ele. Ser indicativo para o setor privado, continua o citado autor, implica competir ao Estado criar condições para o exercício da atividade econômica de acordo com os objetivos consagrados na norma de planejamento; estimula o engajamento, não impõe¹⁰⁷. Conclui o autor que a CIDE “se revela como um instrumento de natureza tributária apto a auxiliar na busca do alcance dos objetivos do planejamento econômico”, sendo que as possíveis hipóteses de “instituição de tal tributo dependerão das finalidades buscadas pelo planejamento econômico estatal em cada momento histórico”¹⁰⁸.

adequação e proporcionalidade, mas, para o contribuinte, não ao êxito no atingimento dos resultados da política econômica planejada”.

106. Nesse sentido é o registro feito por Douglas Yamashita: “Muito embora indicativo e não obrigatório para o setor privado, o planejamento econômico implementável por meio de Contribuições de Intervenção acrescenta um elemento negativo no cálculo de custo/benefício nas ações econômicas dos agentes do setor privado, tendo poder de influência sobre as decisões do *homo economicus*. Neste sentido, a Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico é um instrumento de planejamento econômico.

Contudo, como instrumento de planejamento econômico, clara é a jurisprudência do STF no sentido de que contribuições interventivas servem para apoio a setores econômicos incapazes de desenvolver-se em regime de livre concorrência”. (“Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 339-40).

107. Cf. PONTES, Helenilson Cunha. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 389-391.

108. Cf. PONTES, Helenilson Cunha. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 391. O autor faz uma

De efeito, muito embora o planejamento econômico não seja obrigatório para o setor privado, pode conter normas de direito premial de sorte a estimular ou desestimular condutas a serem praticadas pelos particulares, segundo razões de interesse público. Ao agir dessa forma, a norma que materializa o planejamento atingirá também o setor privado, caso este aceite o enquadramento nas finalidades cujo alcance é objetivado pelo planejamento, pois, assim, a ele estará inquestionavelmente submetido.

Destarte, a CIDE se insere no contexto do planejamento como instrumento de natureza tributária idôneo a colaborar com o alcance dos objetivos do planejamento econômico. Dito de outro modo, ao Estado exercer a atividade político-administrativa de planejar, poderá valer-se de uma CIDE para auxiliar na intervenção do Estado quer seja como fonte de custeio quer seja como a própria forma de intervenção, inserindo-a na norma jurídica que materializa o planejamento. Este – o planejamento – não poderá ser obrigatório para o setor privado, mercê do já citado mandamento constitucional.

Entretanto, normas providas de sanções premiaias podem incentivar a orientação da conduta do particular segundo as regras do planejamento e, assim, praticando o fato gerador da CIDE, será este particular contribuinte. Nada obstante, ainda que o particular voluntariamente não adira às diretrizes do planejamento, se praticar o fato gerador do tributo e se enquadrar no segmento da economia beneficiado pela intervenção referenciada à CIDE, tornar-se-á, de regra, contribuinte do tributo.

6. CONCLUSÕES

Eis, portanto, as conclusões a que chegamos:

- I) A CIDE é espécie tributária, porque se enquadra no conceito jurídico-positivo (constitucional) de tributo, cuja principal característica diz respeito à vinculação de sua instituição (e dos recursos arrecadados por meio dela) a uma finalidade relacionada com a intervenção do Estado no domínio econômico a fim de atingir os objetivos consagrados no art. 170 da CF/88;
- II) Respeita-se a finalidade da CIDE tanto quando ela serve como mera fonte de custeio de uma atividade material interventiva como quando

última advertência, no sentido de que “as diretrizes que norteiam o planejamento estatal devem esta contempladas no plano plurianual e na lei de diretrizes orçamentárias, sendo que nesta, por expressa exigência constitucional, devem estar previstas as alterações na legislação tributária necessárias à implementação dos objetivos planejados (CF, art. 165, § 2.º)”.

a exação tributária em se já materializa a forma eleita para a intervenção;

- III) A intervenção do Estado no/sobre o domínio econômico opera-se, respectivamente de forma direta, por absorção (para as atividades cujo exercício é de monopólio da União, conforme previsão constitucional) ou participação (em regime de livre concorrência); e, de forma indireta, por direção ou por indução, quando o Estado como agente normativo e regulador, exerce as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (sendo que este é cogente para o setor público e indicativo para o setor privado). Conquanto haja controvérsia na doutrina, o planejamento é uma forma de intervenção indireta sobre o domínio econômico;
- IV) A intervenção que justifica a instituição desse tributo deve envolver uma atividade material – i.e., não se pode esgotar em uma mera atividade legislativa – a ser promovida pela União ou por qualquer ente que integre a administração pública federal (direta ou indireta), devendo respeitar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade;
- V) Com exceção da intervenção direta por participação (mercê do § 2.º do art. 173 da CF/88), em todas as outras hipóteses de intervenção do Estado no/sobre o domínio econômico é possível a criação de CIDE;
- VI) O planejamento econômico é forma de intervenção indireta sobre o domínio econômico que permite a previsão de CIDE como elemento de sua realização. O fato de a CF/88 não colocá-lo como obrigatório para o setor privado – apenas como indicativo – não traz empecilho a essa conclusão; de fato, ao conter normas de direito premial, o planejamento atingirá o setor privado na hipótese de este almejar o benefício previsto como uma sanção-premial estabelecida pela norma que contempla aquele. O “ser indicativo para o setor privado” implica competir ao Estado criar condições para o exercício da atividade econômica de acordo com os objetivos consagrados na norma de planejamento; i.e., determina o estímulo, não a imposição.

7. REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6ªed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Contribuições – regime jurídico, destinação e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto. “As Sanções positivas”. In *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, p. 23-32.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito Tributário*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Direito econômico*. 4.ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GARRIDO, José Antônio. “Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos”. In *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia: Homenagem ao Prof. Dr. George Fragoso Modesto*. N.º 13. Salvador: 2006, p.125-138.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem econômica na constituição de 1988*. 7ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRECO, Marco Aurélio. “Contribuições de intervenção no domínio econômico – parâmetros para a sua criação”. In *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2001, p. 9-31.
- _____. *Contribuições (uma figura “sui generis”)*. São Paulo: Dialética, 2000.
- HARADA, Kiyoshi. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 288-298.
- HORVATH, Estevão. “Orçamento público e planejamento”. In *Direito tributário – estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Celso Antonio Bandeira de Mello (coord.). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 119-134.

- ICHIHARA, Yoshiaki. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 275-287.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Teoria da imposição tributária*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTR, 1998.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. MARONE, José Ruben. “Contribuição de intervenção no domínio econômico para o Fundo de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – Funntel – Parâmetros Constitucionais e Inteligência das Leis nºs 9.472/97 e 10.052/00 e do Decreto nº 3.773/01 (Regulamento do Funntel.)”. *Revista dialética de direito tributário*. v. 139. abril/2007. São Paulo, p. 69-94.
- MELO, José Eduardo Soares de. “Contribuições no sistema tributário”. In *As Contribuições no sistema tributário brasileiro*. Coordenador Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética/ Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários, 2003, p. 355-365.
- _____. *Contribuições sociais no sistema tributário*. 4ª ed. rev., atual. amp. Malheiros: São Paulo, 2003.
- NABAIS, José Casalta. *O Dever fundamental de pagar impostos – contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à constituição federal: ordem econômica e financeira – arts. 170 a 192*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. “Contribuições de intervenção no domínio econômico – concessionárias, permissionárias e autorizadas de energia elétrica – ‘aplicação’ obrigatória dos recursos (Lei 9.991)”. In *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. Coordenador Marco Aurélio Greco. São Paulo: Dialética, 2001, p.375-431.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. “Controle jurisdicional sobre as receitas das contribuições especiais”. *Revista dialética de direito tributário*. v. 142. julho/2007. São Paulo, p. 51-61.
- PONTES, Helenilson Cunha. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 377-393.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. “Regulação e desenvolvimento”. In *Regulação e desenvolvimento*. Coordenação Calixto Salomão Filho. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-63.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.
- _____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTR, 2001.
- SOUZA, Hamilton Dias de. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. “Contribuições de intervenção no domínio econômico e a federação”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 58-106.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6.ª ed. São Paulo: LTR, 2001.
- TAVARES, André Ramos. “A Intervenção estatal no domínio econômico por via da tributação”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 206-250.
- _____. *Direito constitucional econômico*. 2.ª ed. rev. Atual. São Paulo: Método, 2006.
- TOLEDO, Gastão Alves. *O Direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2004.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Pressupostos Constitucionais das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico. ACIDE-Tecnologia. *Grandes questões atuais do Direito Tributário, 7º volume / coordenador Valdir de Oliveira Rocha*. São Paulo: Dialética, 2003, p.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A Idéia de liberdade no Estado patrimonial e no Estado fiscal*. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- _____. “O Conceito constitucional de tributo”. *Teoria geral da obrigação tributária – estudos em homenagem ao Prof. José Souto Maior Borges*. Coord. Heleno Taveira Torres. São Paulo: Malheiros editores, 2005, p. 559-593.
- YAMASHITA, Douglas. “Contribuições de intervenção no domínio econômico”. In *Cadernos de pesquisas tributárias. Nova série – 8. Contribuições de intervenção no domínio econômico*. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 322-346.

XI

SOLUÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

Kaline Ferreira Davi

Advogada da União, mestranda em Direito Público pela UFBA, especialista em Direito do Estado, professora convidada da especialização em Direito do Estado da Fundação Faculdade de Direito e professora da Escola de Administração do Exército.

RESUMO: Versa o presente trabalho sobre a absoluta ausência de diálogo entre a Administração e o cidadão, o que acarreta, conseqüentemente, na impossibilidade de solução de conflitos, principalmente em se tratando de responsabilidade do Estado sem a intervenção do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVES: Administração Pública; Direito de Petição; Autotutela; Interesse Público; Indisponibilidade dos bens públicos; Democracia.

ABSTRACT: The present work turns on the absolute absence of dialogue between the Administration and the citizen, what it causes, consequently, in the impossibility of solution of conflicts, mainly in if treating to responsibility of the State, without the intervention of the Judiciary one.

KEYWORDS: Public administration; Right of Petition; Public Interest; Non-availability of the public goods; Democracy.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O binômio interesse público primário e interesse público secundário – 3. Indisponibilidade dos interesses públicos e suposta necessidade de intervenção judicial – 4. A administração pública e o dever de juridicidade como fundamento da autotutela administrativa – 5. Os instrumentos disponíveis e a falta de acesso a máquina administrativa – 6. Conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Judiciário está abarrotado de ações que envolvem o Poder Público, seja na esfera municipal, estadual ou federal, figurando principalmente como sujeito passivo nas relações processuais. Tal circunstância tanto pode derivar de crescente desrespeito aos direitos individuais pela Administração, como também da total e absoluta falta de competência dos entes públicos para gerir e compor os próprios conflitos no âmbito interno, sem necessitar da intervenção judicial.

Vale notar que a maioria das ações movidas contra os entes federados, não foi objeto de pleito administrativo, isso porque, a despeito de estarmos num País em processo de democratização, ainda temos um longo e distante caminho entre o cidadão e os centros de poder e de decisão, o que gera ações judiciais com pleitos incontroversos, e que são objeto de contestação e às vezes até mesmo de recurso para instância superior.

Somos de opinião que a maior causa de aumento do contencioso administrativo se dá pela completa ausência de proximidade entre a Administração e os cidadãos, o que gera um agigantamento do Poder Judiciário, que é chamado a intervir em todos os casos onde a Administração se mostra omissa e incapaz de solucionar as pendências surgidas entre ela e os particulares.

A questão que se impõe é: o que inspira a Administração quando ela, mediante instauração de devido processo administrativo disciplinar, onde foram apurados os fatos e comprovada a culpabilidade do acusado, demite um servidor público por infração disciplinar grave – homicídio doloso – contudo, não obstante a indubitosa responsabilidade, deixa de reparar os danos causados aos dependentes do cidadão falecido, que têm que se socorrer do Judiciário, mesmo contando com a prova inequívoca da responsabilidade da Administração produzida por ela própria nos autos do processo disciplinar que culminou com a demissão do servidor acusado?

As respostas são escassas e não justificam a solução adotada. Primeiro argumenta-se que a Administração pode estar defendendo interesse público secundário ao ganhar tempo com a morosidade da Justiça ou por apostar numa postulação mal executada pela parte interessada; segundo argumenta-se que a imposição da intervenção judicial decorre da indisponibilidade dos bens públicos. Analisemos as duas argumentações.

2. O BINÔMIO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

Enfatizando a simbiose entre o Estado e o indivíduo, Eros Grau observa a expressão mais profunda da incompreensão dessa identidade entre os nossos juristas, o que reflete na nossa doutrina, que ainda hoje aceita e propaga a dicotomia interesse público primário e interesse público secundário¹. Considera-se que

1. “Resgatando a antiga bipartição entre interesse público *primário* e *secundário*, engendrada por Renato Alessi e introduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello, Barroso identifica o primeiro como ‘a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social.’ Já o segundo é caracterizado como ‘o interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma

esses supostos interesses públicos secundários legitimam o Estado como sujeito de interesses contrários ao interesse da coletividade, e mesmo cientes dessa anomalia, admite-se a prática da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, privilegiando em alguns casos não o interesse do Estado como verdadeiro interesse da sociedade, mas sim os interesses político-partidários daqueles que detêm o controle estatal.²

Segundo lição de Bandeira de Mello, que admite a existência desses interesses públicos secundários, o Estado como pessoa jurídica capaz de exercer direitos e obrigações, poderá adquirir interesses que lhe são particulares, individuais, que se encerram no Estado como pessoa, e esses interesses não terão nenhum caráter público, são os chamados interesses secundários. Acrescenta que para eles serem exercidos deverão coincidir com os interesses primários, que são os típicos interesses públicos.³

Utilizando-nos da lição de Marçal Justen Filho que não difere de Eros Grau, concluímos que nem sempre o público é estatal, pois não é pela titularidade que se classifica um interesse em público, podendo outros entes, afora o Estado, titularizarem um interesse público. Advertindo o autor, contudo, que nem por isso o contrário é verdadeiro, não podendo ser creditado ao Estado um interesse qualquer de natureza não pública.⁴

O que o autor defende é que ao Estado não pode ser atribuído nenhum interesse exclusivamente privado, sob pena de ofensa direta ao princípio republicano. Ele admite a idéia de que o Estado como sujeito de direito tem certas conveniências, que não podem ser consideradas nem como *interesse* quanto mais quanto *público*. Exemplificando essas conveniências tem-se a falta de pagamento das dívidas do Estado que conferem um benefício para os cofres públicos, o que não poderá jamais ser entendido como interesse público, mas sim como vantagens alheias ao direito.⁵

determinada relação jurídica.'” BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006, p. 101.

2. GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 258.

3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76.

4. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

5. [...] É imperioso ter em vista que nenhum 'interesse público' se configura como 'conveniência egoística da administração pública'. O chamado interesse público secundário (ALESSI) ou 'interesses da Administração Pública' não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são interesses na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. A tentativa de obter a melhor vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral. JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 38/39.

Com base nessas lições concluímos acerca desses chamados interesses públicos secundários que eles não passam de opções políticas dos governantes que não coincidem de forma alguma com os interesses públicos. Daí concluímos que o Estado é algo externo aos governantes e seus agentes, e só é capaz de legitimar suas opções e decisões quando elas refletirem o verdadeiro interesse público, que nada mais é do que a ordem jurídica ideal almejada pela coletividade – algo mutável no tempo e no espaço e difícil de elucidação abstrata.

Depreende-se do que foi visto até aqui que alguns doutrinadores admitem que o Estado possa titularizar interesses individuais, como se fosse um particular, e só estariam impossibilitados de exercer esses direitos na medida em que colidissem com o interesse público primário; já outros doutrinadores afastam a idéia de que o Estado possa agir no exercício de interesses de natureza privada, o que não pode sequer ser denominado interesse, mas sim conveniência egoística da Administração Pública, circunstância que é completamente contrária ao direito.

Para nós o Estado e sua força exterior capaz de legitimar o poder político e os governantes, como uma ficção criada pelos homens, deixaria de existir quando exercesse a defesa de interesses privados, na condição de sujeito de direito. Ele passaria a ostentar uma existência própria e distanciada dos homens que o criaram. Teríamos admitido uma pessoa autônoma, sujeita de direitos e obrigações próprias e particulares, um leviatã capaz de nos esmagar em prol dele próprio.

A rejeição da existência de interesses públicos secundários nos parece mais adequada à existência de um Estado despersonalizado e pensado para favorecer o desenvolvimento integral da personalidade humana, como um ser que não existe nele próprio, mas sim em função de um objetivo, a dignidade da pessoa humana. Diante desse raciocínio, as conveniências ou vantagens perseguidas, não seriam próprias do Estado, mas sim do governo que se serve dele, e que nesse momento, estaria se distanciando da legitimidade que o Estado lhe oferece, pois, estaria o governo praticando atos em favor dos seus próprios agentes, interessados em se manter no poder; ou em favor de suas próprias ideologias políticas, o que chamamos usualmente de garantia da governabilidade.

A verdade dogmaticamente divulgada, de que Estado e indivíduo, ou estado e sociedade estão em pólos opostos, é estimulada pela noção do Direito Administrativo, cujos fundamentos ainda estão ancorados no pensamento liberal, e que tem sua razão de ser na defesa do indivíduo em face do Estado. Essa noção inspira nossos doutrinadores até os dias de hoje, e serve para instalar o pressuposto de que há um rompimento entre Estado e indivíduo e estado e sociedade.⁶

6. GRAU. Op. Cit. p. 261.

A razão do Estado como o primado da política é a responsável por essa suposta independência ou superioridade do juízo político sobre o juízo moral. Preconizada por Maquiavel essa foi à base de sustentação para o Estado moderno, propagando a existência de uma razão do Estado diferente da razão dos indivíduos ou da coletividade, o que quer dizer que o Estado é livre para perseguir os próprios objetivos sem se importar com preceitos morais que obrigam o indivíduo singular nas suas relações com outros indivíduos.⁷

Tal teoria se afigura completamente incompatível com a idéia de Estado. A entidade estatal deve expressar toda a expectativa que a coletividade faz de seu futuro, deve ser uma esperança de concretização da ordem desejável pelo titular da soberania, para o qual o direito desempenhará um papel de fundamental importância, impondo a disciplina necessária para orientar os comportamentos individuais até ser alcançada essa finalidade estatal.⁸

Desta forma, não se pode deixar de frisar que a atividade administrativa deve perseguir como objetivo primordial a satisfação de interesses essenciais, definidos esses como os direitos fundamentais consagrados na Constituição, que como muito bem colocou Maria Garcia *é por meio da Administração Pública que o Estado adquire realidade e tem razão de ser.*⁹

Seguindo a mesma linha, Marçal Justen Filho adverte para a insuficiência de dotar um País de uma Constituição sem constitucionalizar a atividade administrativa de modo a efetivar os princípios nela consagrados, única maneira de termos um Estado democrático com a realização dos valores almejados socialmente. Afinal, a transformação da realidade social depende do desenvolvimento de atividade administrativa, que nada mais é do que a dinamização do Estado.¹⁰

A par do que foi dito sobre o interesse público e sobre o mal denominado interesse público secundário, que preferimos nos referir como conveniência do aparato estatal, concluímos que não é adequado a um Estado de direito constitucional, como é o caso do nosso, admitir-se que entes públicos exercitem suas competências para defenderem, sob o manto da legitimidade, opções e vantagens contrárias ao sistema jurídico vigente.

O art. 37 da CF/88 submete a Administração Pública aos princípios da legalidade e da moralidade e no §6º consagra o dever de a Administração ressarcir danos

7. BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p.85.

8. BURDEAU. Op. Cit. 42.

9. Apud BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, prefácio, p. XXI.

10. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 14.

causados pelos seus agentes independentemente da incidência de dolo ou culpa. Assim, o fato de um cidadão que tenha sofrido danos por ato de agente público investido em suas funções – fato incontroverso – somente obter a justa reparação através da via judicial, se afigura contrário ao único interesse que a Administração pode perseguir, que é o interesse público propriamente dito.

Acrescente-se, que não pugnamos pelo ressarcimento administrativo de todos os pleitos formulados por cidadãos contra o Estado, o que almejamos é a efetivação de uma garantia constitucional que já existe – direito de petição – e que deve ser observada não só para acesso a informação, como também para defesa de quaisquer direitos.

Para a Administração Pública a via procedimental não é facultativa, mas apenas para o particular que pode optar pela via judicial sem esgotar as instâncias administrativas. A Administração quando causa dano a um particular, deve instaurar o devido processo de ofício, nos casos em que tenha ciência prévia dos fatos ocorridos, objetivando não penas a punição disciplinar do servidor culpado, mas também a reparação dos danos causados.

Não cabe aos entes públicos exercerem juízo de oportunidade e conveniência quando o único interesse público a preservar é a dignidade da pessoa humana, que não pode ceder diante de um suposto interesse público secundário, egoístico e impossível de ser tutelado pela ordem jurídica vigente, justamente porque contrário a ela.

3. INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS E SUPOSTA NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL

A motivação para um regime jurídico diferenciado na seara administrativa advém de imposições éticas, relacionadas à relevância dos valores e necessidades envolvidas, que determinam um tratamento especial quando o interesse em jogo recebe a qualificação de público.¹¹

Resta esclarecer quando é que um interesse pode ser qualificado como público. Na lição de Justen Filho, ele deixa de ser privado quando sua satisfação não puder ser objeto de transigência, ou seja, um interesse é público por ser indisponível, por não admitir risco para sua realização.¹²

11. Idem, *ibidem*, p.43.

12. “Tudo evidencia que a questão não reside num interesse público de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais.” JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 44.

Diante disso podemos perceber que a tutela desses interesses públicos indisponíveis recai primordialmente na competência da própria Administração, a quem cabe satisfazê-los e nunca contrariá-los, sob pena de abuso de poder. Apenas num segundo momento, quando já se tem indícios de desrespeito ou lesão a esses interesses indisponíveis, é que o Judiciário é chamado a intervir para restabelecer a ordem natural das coisas.

Daí é que deduz-se que a Administração não está proibida de restabelecer, ela própria, uma ordem jurídica que tem o dever de nunca violar. Haja vista que o interesse público indisponível estará exposto a risco quando a Administração se furtar de exercer sua atividade de acordo com os princípios que está adstrita, se igualando a um particular na defesa de seus interesses privados.

Advirta-se que não pregamos a ausência de controle judicial, o que com certeza vulneraria a indisponibilidade do interesse público, o que defendemos é uma atitude positiva da Administração nos casos em que existe verossimilhança nas alegações do cidadão, que se socorrem do Judiciário muito mais pela barreira antidemocrática posta entre ele e o ente estatal, do que efetivamente pelo interesse de agir expressado por uma pretensão resistida.

Carmen Lúcia Antunes Rocha ensina sobre a responsabilidade do Estado, que ela representa uma obrigação jurídica de imunizar o patrimônio particular e as liberdades individuais, o que se traduz num dever de restabelecer a situação anterior ao dano porventura perpetrado pela atuação estatal.¹³

Assim, não há que se falar em indisponibilidade do interesse público como barreira para a solução administrativa de seus próprios conflitos, ao contrário, pela qualidade atribuída ao patrimônio público e a seus interesses, resta justificado o dever de pacificação e até de reparação, quando essa última for a única solução possível para se restabelecer a integridade da função administrativa.

4. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE JURIDICIDADE COMO FUNDAMENTO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Vários são os autores que há muito defendem a substituição da legalidade administrativa que pressupõe a lei como cerne do regime jurídico-administrativo, para a versão juridicidade administrativa que se mostra muito mais consentâneo com o constitucionalismo, pois rejeita uma idéia meramente formal de direito e justiça, para adotar como pilar básico da vinculação administrativa, a Constituição.

13. ROCHA, Carmen Lúcia. Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 254.

Dentre esses autores citamos Carmen Lúcia Antunes Rocha¹⁴, Marçal Justen Filho¹⁵ e Gustavo Binbenbojm¹⁶, que pregam em suas obras o término da ênfase da forma sobre o conteúdo, que não é nada menos do que acentuar a importância dos direitos fundamentais para a sustentação de um regime materialmente democrático, o que significa dizer que as regras porventura adotadas no regime administrativo têm sua raiz comum e irrenunciável na Constituição.

É justamente dessa superação de paradigma, que afasta o simples dever de legalidade administrativa para originar o dever de juridicidade da Administração, que surge o outro lado da moeda, o direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado.¹⁷

A responsabilidade estatal tem sua eficácia diretamente proporcional à efetividade do princípio da juridicidade, pois tanto um como o outro conciliam esforços para assegurar a integralidade dos direitos fundamentais, sem perder de vista o objetivo maior da Administração que é a satisfação dos interesses coletivos.

É nisso que se fundamenta o dever de autotutela administrativa, tratado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro como um poder, que para ela é decorrência lógica da submissão da Administração a lei e da persecução do interesse público. Afirma a autora que negando à administração o controle de seus próprios atos ela se sujeitará ao controle dos outros poderes – Legislativo e Judiciário – aumentando o ônus do Estado na missão suprema da tutela do direito.¹⁸

Não há dúvida sobre a possibilidade de autotutela dos atos administrativos, o que está consagrado inclusive pelo Judiciário em duas súmulas do STF – S. 346 e S. 473 – ambas admitindo a declaração de nulidade efetuada pela própria Administração; bem como a revogação dos atos quando eles se apresentarem importunos e inconvenientes, ressalvada a apreciação judicial posterior, em todos os casos.

O que se verifica é que nessa autotutela só se menciona a nulidade e revogação de atos administrativos, mas não se fala no dever de reparação dos danos causados aos particulares por ato próprio, sem a necessidade de intervenção do Judiciário. Sabemos que a responsabilidade da Administração está consagrada constitucionalmente, quanto a isso não se questiona, mas a forma de obter essa reparação é

14. Idem Ibidem.

15. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

16. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006.

17. ROCHA, Carmen Lúcia. Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 81.

18. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 600.

algo que também deveria pertencer à seara da autotutela administrativa, até porque assim impõe o princípio da juridicidade.

Seria insuficiente e descabido que a Administração que tem por finalidade a promoção dos valores fundamentais, no momento em que causasse um dano a alguém na persecução dessa finalidade, não tivesse o dever/poder de em âmbito interno, restaurar a situação anterior reparando os danos causados.

Não se pode negar que tal reparação poderia ser questionada posteriormente em esfera judicial, o que ocorre com todos os atos administrativos; pode ser também que o cidadão recuse a reparação oferecida e proponha ação judicial; ou pode até ser que o particular opte pelo acesso direto ao Judiciário, entretanto, mesmo existindo todas essas possibilidades, a Administração tem o dever de criar esse canal de comunicação com o particular, o que acarretará na diminuição de trabalho para o Judiciário, e, no mínimo, devolverá à sociedade mais confiança na gestão pública de seus interesses.

5. OS INSTRUMENTOS DISPONÍVEIS E A FALTA DE ACESSO A MÁQUINA ADMINISTRATIVA

Através do direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, está consagrado como direito fundamental do cidadão o acesso aos órgãos públicos para defesa de direitos e para denúncia contra ilegalidades ou abuso de poder, ocorre que a previsão constitucional é apenas uma norma escrita, um texto para ser transformado em realidade fática pela vontade política.

Calmon de Passos ensina que nenhuma norma, como mero juízo ou enunciado, está dotada de efetividade¹⁹, o que é uma verdade inegável e ratifica o que se propõe a demonstrar nesse trabalho, que tudo dependerá dos homens, da vontade de por em prática um direito abstrato e sem vida, enquanto resumido a tinta e folha de papel.

Soma-se a isso, a frágil democracia instaurada em nosso País, que facilita a ausência de efetividade dos direitos assegurados normativamente, já que um povo que não tem acesso a educação exerce mal a forma de controle político que detém, e não participa das outras formas de controle previstas em instrumentos mais sofisticados e mal divulgados, como é o caso do direito de petição aos órgãos públicos.

19. PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os países quanto ao seu estágio democrático em três blocos: *substancialmente democráticos*, aqueles que alcançaram a democracia através de maturação histórica e conquistas políticas; *formalmente democráticos*, aqueles que acolhem apenas nominalmente em suas constituições os princípios democráticos importados de realidades estrangeiras; *em transição para a democracia*, aqueles países que se constituem em agentes transformadores, dedicados a suprir de recursos sociais básicos as camadas mais desfavorecidas.²⁰

O Brasil não pode ser considerado um País substancialmente democrático, portanto, ocupará, no máximo, a classificação intermediária, que nada mais é do que uma expectativa para o futuro, deixando-nos conscientes de que hoje temos a maior parte da população sem o mínimo de cultura política que garanta a consciência do poder que detém através da titularização da soberania popular, pilar em que se assenta a democracia.

Comentando condição de povo ativo Friederich Müller afirma que este só existirá quando forem respeitados e praticados os direitos fundamentais individuais e políticos, que para ele não são valores, privilégios ou exceções do poder estatal, mas sim fundamentos jurídicos de uma sociedade libertária. Sem a efetivação desses direitos fundamentais o povo permanecerá como *metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade*.²¹

Assim, resta evidente que a única maneira de se efetivar o direito de petição em toda a sua plenitude, é regulamentando o dispositivo constitucional e dotando de competência específica alguns órgãos da Administração, que receberão a parcela de poder indispensável para receber, analisar e julgar qual a solução administrativa mais consentânea com a Constituição, com os princípios e com as leis.

6. CONCLUSÃO

A Administração deve exercer suas funções tendo como principal fundamento a promoção dos direitos fundamentais com ênfase a dignidade da pessoa humana, e nunca deve se desviar dessas finalidades para buscar a satisfação de interesses outros que são lícitos apenas para os particulares nas relações regidas pelo direito privado.

20. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Jus Navigandi*. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>. Acesso em: 13 de fevereiro. 2006.

21. MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 63.

A Administração se serve de um regime jurídico privilegiado justamente por objetivar finalidades nobres e indisponíveis, o que tornaria absolutamente injustificável o desvio dessas finalidades e a manutenção dos seus privilégios em detrimento dos particulares.

Nessa esteira de pensamento afasta-se a possibilidade da Administração inibir ou negar a formulação de pleitos dos administrados, se colocando numa posição contrária aos princípios a que está adstrita, especialmente no que tange ao princípio da juridicidade administrativa, que de forma alguma autorizaria o agir egoístico e de cunho privatístico de um ente público.

Nossa proposta é a democratização do acesso aos órgãos administrativos, com a assunção de responsabilidade pela Administração, que, no desempenho da autotutela, diante de provas inequívocas, promova tanto a reparação de danos causados aos particulares, como também a declaração de direitos no âmbito interno, ou seja, na medida do possível, solucione os conflitos e controvérsias geradas no exercício das suas funções, sem a intervenção desnecessária do Judiciário.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Revista Zênite Web Direito Administrativo*. A intervenção do estado no domínio econômico. Zênite, 1998
- BOBBIO, Norberto. *Estado Governo Sociedade*. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005
- BURDEAU, Georges. *O Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003,.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2003
- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 258
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005
- _____. *Jus Navigandi*. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>. Acesso em: 13 de fevereiro. 2006
- MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003
- PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ROCHA, Carmen Lúcia. Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994
- SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público*. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005

XII

BIOÉTICA SOCIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O IMPACTO SÓCIO-AMBIENTAL DAS PLANTAÇÕES DE CANA-DE-AÇÚCAR NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Laura Vasconcelos Neves da Silva

Juíza do Trabalho Titular da Vara do Trabalho de Propriá – SE (TRT – 20ª Região); Mestranda em Direito Privado pela UFBA; Artigo apresentado perante o grupo de pesquisa “Direito privado e relações sociais na contemporaneidade”, linha de pesquisa “institutos de direito privado interferentes na atividade econômica”.

RESUMO: O estudo das relações de trabalho na cultura da cana-de-açúcar se torna importante visto que, com a opção do governo brasileiro em ampliar a matriz energética aumentando a participação do etanol e introdução do biocombustível, oriundo de outras culturas, esse tema passa à ordem do dia. Registram-se problemas éticos nessas relações de trabalho, como, por exemplo, a precarização dos direitos do trabalhador rural, a saúde do trabalhador rural e o desgaste do meio ambiente. O enfoque é a bioética social, porquanto existe também uma preocupação com a ecologia e o meio ambiente.

ABSTRACT: The study of the relations of work in the culture of the sugar cane becomes important since, with the option of the Brazilian govern-

ment in extending the energy matrix increasing the participation of ethanol and introduction of the biofuel, derived of other cultures, this subject passes to the order of the day. Ethical problems in these relations of work are registered, as, for example, the precariousness of the rights of the agricultural worker, the health of the agricultural worker and the consuming of the environment. The approach is the social bioethics, inasmuch as a concern with the ecology and the environment also exists.

PALAVRAS-CHAVE: trabalhadores rurais; cana-de-açúcar; etanol; biocombustível; ecologia; meio-ambiente.

KEYWORDS: agricultural workers; sugar cane; ethanol; biofuel; ecology; environment.

SUMÁRIO: Introdução – Capítulo 1. Conceito de Bioética – Capítulo 2. Os trabalhadores rurais da cana-de-açúcar – Capítulo 3. Os efeitos da produção de etanol sobre o meio ambiente – Considerações finais – Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar os principais problemas éticos nas práticas agrícolas na plantação da cana-de-açúcar no município de Propriá, localizado no Estado de Sergipe, no que tange as relações de trabalho dos

trabalhadores rurais da cana-de-açúcar, que se refletem nas relações jurídicas entre trabalhador e proprietário rural. A relevância do tema se dá pela importância das relações de trabalho na cultura da cana-de-açúcar visto que, com a opção do governo brasileiro em ampliar a matriz energética aumentando a participação do etanol e introdução do biocombustível, oriundo de outras culturas, esse tema passa à ordem do dia. É mister salientar que o tema tem também sua importância pelas suas relações de trabalho historicamente precárias em termos de segurança e respeito aos direitos trabalhistas.

O enfoque será na região da Vara do Trabalho de Propriá, Estado de Sergipe, jurisdição do Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região, composta por dezessete (17) municípios de economia de predominância agrícola¹, cuja população estimada pelo IBGE em 2000 era de 84.273 habitantes, onde a autora exerce há doze anos a titularidade da Vara, o que se justifica tendo em vista que nessa região é possível observar relações de trabalho na agricultura da cana-de-açúcar, que se reproduzem historicamente em outras regiões do País. Neste sentido registram-se problemas éticos nessas relações de trabalho, como, p. ex., a precarização dos direitos do trabalhador rural, a saúde do trabalhador rural e o desgaste do meio ambiente.

Os efeitos do aumento da produção de etanol para exportação sobre as relações de trabalho e o tecido social se constituem o motivo que leva à pesquisa desse tema, pois como ocorre na região em questão seus efeitos poderão ser sentidos no crescimento da exclusão social, que é um “processo em que determinados grupos de indivíduos são sistematicamente impedidos do acesso à posição que lhes permitiria uma existência autônoma dentro de padrões sociais determinados por instituições e valores inseridos em um dado contexto. A exclusão social é, de fato, o processo que priva alguém do direito ao trabalho no contexto do capitalismo”².

Convém ressaltar que a proposta aqui desenvolvida tem a sua problemática voltada para a bioética social, isto é, existe também uma preocupação com a ecologia e o meio ambiente. Isso se faz necessário, pois a questão da relação de trabalho no meio rural é complexa e necessita-se na sua análise privilegiar a conectividade do tema com as questões ecológicas e do meio ambiente, pois estão intrinsecamente ligados.

Trata-se de procurar as relações entre o mundo do trabalho, com sua precarização, e as relações éticas produzidas nas relações de trabalho que estão também

1. Os municípios são: Amparo do São Francisco, Aquidabã, Brejo Grande, Canhoba, Cedro de São João, Ilha das Flores, Itabi, Japoatã, Malhada dos Bois, Muribeca, Neópolis, Nossa Senhora de Lourdes, Pacatuba, Propriá, Santana do São Francisco, São Francisco e Telha.
2. CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade. A era da informação: economia sociedade e cultura. Volume 2*. São Paulo: Paz e Terra, 1999-A, p. 98.

envolvidas com questões mais amplas que repercutem e modificam as relações sócio-ambientais da região.

A situação de exclusão do trabalhador rural que se configurou nas constituições federais e legislações reguladoras durante grande parte da História do Brasil foi debelada pelo ordenamento jurídico constitucional instalado a partir de 1988, quando se previu expressamente a necessária uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

O corpo do trabalho compreende, além desta Introdução, mais quatro partes, nas quais serão discutidos os impactos causados pela produção do etanol em larga escala sobre as relações de trabalho rural. No primeiro capítulo, é apresentado o referencial teórico que serviu de base e de orientação para esse estudo, apresentando conceitos de bioética, a evolução histórica da disciplina, as teorias atualmente vigentes e o seu enfoque na América Latina. Constitui o segundo capítulo uma breve exposição do histórico das relações de trabalho da produção de cana-de-açúcar na Região Nordeste e na apresentação da evolução da legislação pertinente ao trabalho rural. No terceiro capítulo será discutida a viabilidade sócio-ambiental da produção em larga escala de etanol e seus impactos sócio-econômicos e ambientais que refletem nas relações de trabalho. A última parte traz as considerações finais do trabalho que se fecha com a lista das referências consultadas para sua elaboração.

CAPÍTULO I . CONCEITO DE BIOÉTICA

Com o objetivo de situar teoricamente o tema aqui proposto, faz-se necessário retomar, ainda que de forma breve, um pequeno histórico sobre as teorias bioéticas atualmente vigentes e, em seguida, o seu enfoque na América Latina.

A bioética surgiu na década de 1970 com uma proposta progressista de tentar uma mediação dos dilemas morais em saúde de forma abrangente e pluralista. O espírito original da disciplina era, segundo Diniz-Guilhem³, o de “ser uma nova perspectiva filosófica e prática sobre o conflito moral”. Juan Carlos Tealdi, na apresentação do II Congresso Mundial de Bioética, em Buenos Aires, em 1994, afirmou: “A bioética surgiu como uma síntese de conhecimento e ação multidisciplinar para responder aos problemas morais no vasto campo da vida e da área da saúde”⁴.

3. DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002.

4. Pessini, Léo; Barchifontaine, Christian de Paul de (org.). *Fundamentos de Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.

Volnei Garrafa⁵ explica que *Van Rensselaer Potter*, o criador do neologismo, no livro que deu origem à disciplina, “*Bioethics, bridge to the future*”, “imaginava a bioética com uma visão de “ponte”, de uma ética que se relacionava com os fenômenos da vida humana no seu mais amplo sentido, incorporando não somente as questões biomédicas e também sociais, mas especialmente os temas ambientais ligados à sustentabilidade do planeta”.

Não obstante, a bioética potteriana foi reduzida aos temas essencialmente biomédicos em virtude da publicação da *Encyclopedia of bioethics*, editada em 1978 para o Instituto Kennedy da Universidade de Georgetown e durante duas décadas, pelo menos, ficou identificada com a teoria principialista, na obra *Princípios da Ética Biomédica*, de autoria de Tom Beauchamp e James Childress, publicada em 1979.

Os princípios éticos enumerados por Beauchamp e Childress são: o de autonomia ou de respeito pelas pessoas, por suas opiniões e escolhas; o de beneficência, que se traduziria na obrigação de extremar os benefícios e de minimizar os riscos; o de justiça ou imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios; e o de não maleficência, que afirma a obrigação de não causar dano intencionalmente. Beauchamp e Childress não afirmam a existência de uma ordem lexicográfica entre os princípios bioéticos, mas não há dúvida que o respeito pela autonomia exerce um papel central em seu sistema, no entendimento de Ferrer e Alvarez⁶. Isto pode ser constatado ao se levar em conta que a visão anglo-saxônica da bioética tem o foco no indivíduo em detrimento da coletividade.

O princípio da justiça foi o que menor força adquiriu na proposta teórica do principialismo, inclusive porque esse princípio tem um maior peso argumentativo e teórico entre outras áreas do conhecimento, tais como a saúde pública, a economia ou a política e é o que aponta com maior ênfase para o papel das sociedades e dos movimentos sociais organizados na bioética. É interessante que se diga, com amparo em Diniz-Guilhem⁷, que o tema da justiça ganhou força recentemente graças aos estudos e argumentos de intelectuais fora do eixo tradicional de produção do pensamento bioético.

Alguns autores oferecem reparos ao principialismo de Beauchamp e Childress, tendo em vista a vulnerabilidade e a exclusão de certos grupos sociais, além da

5. GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. *Bases conceituais da Bioética. Enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.

6. FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

7. Ob. cit., p. 27.

diversidade de problemas que os países periféricos apresentam. Volnei Garrafa⁸ sugere a implantação de uma “Bioética de intervenção, em defesa dos interesses e direitos históricos das populações econômica e socialmente excluídas do processo desenvolvimentista mundial”.

Minahim⁹ afirma que o texto do princípalismo é claramente influenciado pela moral média americana, razão pela qual a sua transposição para outros países e culturas deve ser evitada. Além disso, como se trata de uma orientação de caráter geral, o princípalismo acabou por se opor ao princípio fulcral da sociedade pós-moderna, que é o de respeito às diferenças individuais.

Os pesquisadores oriundos de países periféricos da bioética começaram a indicar as incompatibilidades locais diante dos princípios éticos eleitos por “Princípios da Ética Biomédica” como universais. Há de se chamar atenção para o fato de que Diniz-Guilhem¹⁰ adotam os conceitos de países centrais e periféricos elaborados pelo antropólogo Roberto Cardoso de Oliveira no livro “Sobre o pensamento antropológico” (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988) para esclarecer que os países periféricos na bioética são aqueles em que essa disciplina se desenvolveu tardiamente e cujos estudos se caracterizam pela importação de conceitos oriundos dos países centrais na bioética. Assim sendo, o país central por excelência na bioética é os Estados Unidos, porquanto ali a bioética nasceu e se consolidou. O Brasil é um bom exemplo de país periférico na produção do pensamento bioético, conquanto em algumas situações, principalmente no contexto da América do Sul, vem assumindo características centrais.

No âmbito brasileiro, vem se consolidando uma perspectiva crítica da bioética com os trabalhos desenvolvidos em conjunto pelo dentista Volnei Garrafa, a enfermeira Dirce Guilhem e a antropóloga Débora Diniz¹¹. Esses autores têm por objetivo encontrar uma voz característica e mais adequada à realidade socio-cultural brasileira diante dos dilemas morais típicos da bioética e que não pode, portanto, estar desvinculada dos outros debates disciplinares sobre desigualdade, vulnerabilidade, pobreza, racismo, desigualdade de gênero e outros.

No início dos anos 1990, graças à luta dos países latino-americanos, ao lado de quase todas as nações africanas, Índia e alguns países árabes, as questões sanitárias, sociais e ambientais foram incorporadas à agenda bioética do século XXI,

8. Ob. cit., p. 35.

9. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 33.

10. Ob. cit., p. 38/39.

11. Ob. cit., p. 45.

politizando de uma vez por todas as discussões da bioética internacional. Não obstante, o paradigma principialista ainda é predominante na bioética, inclusive nos países periféricos.

A globalização da economia exigiu mudanças em todos os setores inclusive nas políticas públicas interferindo também nas políticas agrícolas e trouxe algumas mazelas para segmentos dos trabalhadores rurais, por isso a necessidade de uma ética agrícola. É do interesse dos países ricos ou centrais e alguns países periféricos, guiados principalmente por Estados Unidos, Alemanha e Canadá, reduzir a agenda bioética aos temas relacionados exclusivamente à biotecnologia/biomedicina, de modo a afastar do estudo os outros dois pilares da disciplina, caros aos países em desenvolvimento do hemisfério sul do mundo: a bioética social e a bioética ambiental.

Neste campo não se pode esquecer da proposição defendida por Guattari¹², segundo o qual as instâncias executivas do Estado são incapazes de compreender plenamente as implicações de soluções econômicas para determinados problemas com as conseqüências negativas sobre o meio ambiente, não observando a complexidade dos fatos. Por isso essas questões necessitam passar por uma articulação ético-política, a que o autor chama de ecosofia, entre os três registros ecológicos – o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana – que poderia solucionar de forma conveniente a questão. O autor ainda chama a atenção para a posição do Estado que sempre se coloca na maioria das vezes a serviço do mercado mundial, buscando incorporar-se à economia mundial solucionando os problemas das economias centrais.

Ao lado disso, verifica-se que não se pode esquecer a teoria da complexidade defendida por Edgard Morin¹³ para observar a conectividade e a intercomplementaridade do tema. É mister salientar que o pensamento neoliberal fortaleceu a máxima da especialização que bloqueou a visão global porque dividiu o mundo complexo em pedaços não conseguindo assim formar um pensamento reflexivo e complexo dos fatos, como a questão da cana-de-açúcar que hoje é discutida apenas com a visão econômica relegando-se para o segundo plano os fatores sociais e culturais que essa opção pode trazer. Este trabalho busca religar os conhecimentos para compreender, tomando a região da Vara do Trabalho de Propriá, estado de Sergipe, como base dos estudos, as conseqüências da plantação da cana-de-açúcar

12. GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. Tradução: Maria Cristina F. Bittencourt. São Paulo: Papirus, 14ª edição, 2003, p. 8.

13. MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2ª ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000, p. 38.

para a produção em larga escala de etanol para o mercado internacional no que tange às relações de trabalho.

Ressalte-se que não é pretensão da Bioética fixar normas e reger condutas, porquanto essa disciplina não tem caráter coercitivo, como ocorre com o Direito. Entretanto, o desenvolvimento de novas tecnologias que, ao mesmo tempo em que proporcionam conforto, novas possibilidades de cura e livram o trabalhador de atividades rotineiras e embrutecedoras, também geram incertezas quanto aos riscos trazidos com essa ampliação e os resíduos que soltam no Meio Ambiente, impõe a reflexão e o diálogo entre a nova disciplina, a Bioética, e a clássica disciplina do Direito.

É tão importante esse diálogo entre o Direito e a Bioética, que normas referentes ao direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, de proteção da honra, da dignidade e da proteção judicial, entre outras, assumem papel preponderante para a análise e a tomada de decisões relativas a questões bioéticas, como ressalta Pedro Federico Hooft¹⁴. Isto deixa claro que as novas situações de conflito não podem ser resolvidas a partir dos clássicos dogmas do Direito. Esta disciplina, da mesma forma, se encontra diante de uma crise paradigmática, razão pela qual se impõe o seu estudo numa perspectiva multidisciplinar.

A crise do paradigma científico hegemônico/dominante possibilitou o surgimento de novos campos de conhecimento, ao mesmo tempo em que, de certa maneira, impôs a desconstrução e conseqüente reconstrução daqueles já existentes.

O jurista, e especialmente o legislador, encontra-se entre os sujeitos mais diretamente interpelados pelos novos dilemas da bioética, uma vez que a ele incumbe elaborar as normas que permitam regular os novos conflitos que comecem a aparecer. O direito busca, antes de tudo, evitar que a sociedade humana seja regida pela lei do mais forte. Para isso propõe a justiça e a equidade como condições necessárias à paz social.

Tomando como exemplo as queimadas nas plantações de cana de açúcar, que são uma das maiores preocupações para a população e para as autoridades de saúde pública, na época da colheita. Esta prática é, ao mesmo tempo, atacada pelos ambientalistas e defendida pelos produtores de açúcar e álcool. A queima da palha da cana é um método de pré-colheita usado pela indústria canavieira. Para colher a cana a indústria usa a queima controlada de sua palha, que atinge 80% da cana madura plantada.

14. HOOFT, Pedro Federico. *Bioética e direito? Ou Bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo*. In: *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.

Os produtores de açúcar e álcool, como é o caso das usinas localizadas na região da Vara do Trabalho de Propriá-SE, afirmam que a proibição da queima de cana-de-açúcar torna impossibilitada a colheita e, conseqüentemente, priva as categorias econômicas de exercer suas atividades. Isto significa a preponderância do mercado sobre os pilares do Estado e da comunidade.

Os ambientalistas se recusam a aceitar esse argumento, porquanto já é chegada a hora de investir em pesquisas tecnocientíficas para tentar se abolir esse tipo de prática, que, tal qual o trabalho braçal dos cortadores de cana, remonta aos tempos da escravidão. É preciso tomar uma atitude para preservar a vida do planeta e das futuras gerações. A população sente nos pulmões os efeitos adversos decorrentes da queima dos canaviais, prática rude, que já poderia ter sido extirpada se o avanço do agronegócio brasileiro não se ativesse prioritariamente ao interesse do lucro, mas tomasse a sério as determinações fundantes em relação ao meio ambiente.

Não se admite que surja uma nova crise para que as soluções sejam buscadas. É isso o que pretende a bioética da proteção ou bioética de resistência¹⁵, isto é, uma oposição a desmandos e abusos de poder. A ineficácia das soluções tecnológicas que dispensam as considerações éticas já está demonstrada, de modo que existe uma urgência de resolver os problemas éticos derivados do subdesenvolvimento e da miséria.

CAPÍTULO II. OS TRABALHADORES RURAIS DA CANA-DE-AÇÚCAR

O cultivo da cana-de-açúcar, principalmente no Nordeste brasileiro, aumenta a exclusão social exigindo grandes extensões de terras e um grande número de trabalhadores com baixos salários e de forma sazonal, ou seja, são contratados por safra causando assim desemprego sazonal e desestruturação na economia local e no tecido social da região, refletindo de forma marcante na Justiça do Trabalho para onde os trabalhadores dirigem-se para requerer direitos básicos, os quais são desrespeitados de forma freqüente pelos proprietários de usinas de cana-de-açúcar da Região.

Entretanto, a realidade que se apresenta é que à medida que crescem os negócios vê-se diminuir os direitos trabalhistas. De modo que se faz necessário,

15. SCHRAMM, Fermín Roland. *Bioética sem universalidade? Justificação de uma bioética latino-americana e caribenha de proteção*. Comentário de Daniel Piedra Herrera. In: Bases conceituais da Bioética. Enfoque latino-americano. Organizadores: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. São Paulo: Gaia, 2006, p. 143 e 158.

como defende Castells¹⁶, uma avaliação da dinâmica social estabelecendo os vários processos de diferenciação social que estão ligando desigualdade, pobreza e miséria que estão enquadrados no domínio das relações de distribuição/consumo. Segundo Castells “entende-se por desigualdade a apropriação diferencial da riqueza (renda/bens) por parte de indivíduos ou grupo sociais distintos que se relacionam entre si”. Pobreza é uma norma definida institucionalmente, que se refere a um nível de recursos abaixo do qual não é possível atingir o padrão de vida considerado mínimo em uma sociedade e época determinadas. Miséria refere-se a pobreza extrema, isto é, um nível mais baixo de distribuição de renda/bens ou seja privação¹⁷.

É aqui que se anotam as observações de Márcio Fabri dos Anjos¹⁸, segundo o qual a bioética “encontra-se mais realisticamente com as carências profundas que precedem as doenças e roubam as expectativas de vida”. Por esta razão, ele continua, “consolida-se a convicção de que é necessário um diálogo interdisciplinar para fundamentar critérios e propostas de procedimentos éticos”.

Dentro desse contexto, não há porque se afastar o estudo da bioética de uma abordagem do direito do trabalho, porquanto esta é uma disciplina que nasceu para dirimir os conflitos entre o capital e o trabalho. Na verdade, o direito do trabalho tem por princípio a proteção da parte mais fraca nas relações contratuais, desde o século XIX, quando se enxerga a inferioridade de um contratante em face do outro, cuja superioridade lhe permite impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco¹⁹.

O Direito do Trabalho surgiu, em meados do século XVIII e início do século XIX, como uma reação jurídica contra os conceitos do direito civil aplicados às relações de trabalho. Estas eram até então consideradas como qualquer relação jurídica de interesse privado, em que predominava o pressuposto da igualdade jurídica das partes. Uma das partes, representada pelo capital, dono do poder, que enfeixava em suas mãos todos os instrumentos legais, institucionais e morais

16. Ob. cit., p. 196.

17. O IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) adota critérios oficiais para medir pobreza e extrema pobreza, utilizando linhas de ½ e de ¼ do salário mínimo (SM), respectivamente. São consideradas pobres todas as pessoas que vivem em domicílios com renda *per capita* inferior às linhas de pobreza e extrema pobreza, respectivamente. *Sobre a recente queda da desigualdade de renda no Brasil*, p. 17. Brasília, 30/08/2006. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/notas/notastecnicas9.pdf>.

18. ANJOS, Márcio Fabri. *Bioética no Brasil: algumas notas*. In PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (organizadores). *Bioética: Alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001, p. 66.

19. SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr., 1999, p. 22.

para estabelecer o rumo das relações jurídicas. A outra parte, o trabalhador, se encontrava sem meios para fazer valer a sua individualidade, ou seja, não dispunha de qualquer poder negocial ou instrumento de barganha nas relações com seus patrões, impondo-se a intervenção estatal para legislar sobre o assunto, colocando limites à liberdade de contratação. É possível, então, estabelecer um paralelo entre a bioética, que é a disciplina que busca estudar e dirimir os conflitos morais no sentido de proteger os mais vulneráveis, e o direito do trabalho.

No caso do direito do trabalho, o Estado foi chamado inicialmente para intervir em virtude da vulnerabilidade dos trabalhadores frente ao poder do capital. No caso da bioética, numa abordagem da América Latina e especificamente do Brasil, há consenso entre os doutrinadores no sentido de empreender estudos de uma bioética das situações persistentes, ou seja, daquelas condições que ainda persistem e ainda continuam a inspirar perplexidade, tais como exclusão social, discriminação das mulheres, racismo, iniquidade na alocação e distribuição de recursos de saúde pública, o abandono de crianças e idosos, o aborto, a eutanásia, doenças tropicais e meio ambiente, entre outros²⁰.

O princípio da proteção do hipossuficiente é um princípio especial do direito do trabalho no sentido de que, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores²¹. Compensa-se, no plano jurídico, a desigualdade no plano econômico.

A hipossuficiência ou inferioridade dos trabalhadores é uma forma de vulnerabilidade. Silva²² afirma que *Gérard Couturier* classifica a inferioridade em três espécies: “inferioridade-constrangimento”, que é aquela que afeta o consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade; “inferioridade-ignorância”, que é a que faz o essencial da desigualdade entre os contratantes quando um é profissional e o outro um leigo; e a “inferioridade-vulnerabilidade”, segundo a qual o assalariado é um contratante vulnerável porque, na execução do contrato, sua própria pessoa está implicada ou corre o risco de ser implicada, uma vez que o contrato de trabalho incide sobre a atividade física e, de certo modo, sobre o corpo do empregado (*in* “La Protection de la partir faible dans les rapports contractuels”, *in* Jacques Chestin (diretor), L.G.D.J., 1996, p. 616).

20. GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo (organizadores). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 36.

21. Silva, ob. cit., p. 29.

22. *Ibid*, p. 22/24.

No contexto específico da bioética, a vulnerabilidade pode ser entendida como característica, condição e princípio, segundo a lição de Maria do Céu Patrão Neves²³. Esta autora começa por explicar que a palavra vulnerabilidade deriva do latim *vulnus (eris)*, que significa “ferida”. Por esta razão, tanto na linguagem corrente como em domínios especializados, a expressão é definida como suscetibilidade de ser ferido. O trabalho rural, quase tão antigo quanto o homem, não deu ensejo ao surgimento de um direito que protegesse os trabalhadores. A explicação para isso é que, sendo escravos, os trabalhadores rurais lutavam pelo bem maior da liberdade e, ademais, não possuíam força política para reivindicações de direitos. Assim sendo, depreende-se que a formação da massa trabalhadora nas cidades ocorreu porque se tratava de homens livres. Já a disciplina do direito do trabalho rural surgiu no meio intelectual e político, como um reflexo natural do avanço do direito social surgido após a segunda guerra mundial.

Faz-se necessário voltar a um passado relativamente longínquo para explicar a evolução das leis trabalhistas no que diz respeito ao trabalho rural no intuito de construir historicamente através da legislação as relações sociais construídas no campo no que tange ao trabalhador da cana-de-açúcar e seus direitos.

No Brasil, a primeira lei que alcançou o trabalho no campo é de 13/09/1830, mas não fazia qualquer referência aos trabalhadores inseridos em atividades tipicamente rurais. O Decreto n.º 2.827, de março de 1879, é que cuidou especificamente do rurícola, o qual regulava a locação de serviços rurais e o trabalho desenvolvido em parcerias rurais. Observa-se que essas leis focalizavam os trabalhadores estrangeiros, que começaram a chegar ao Brasil no século XIX, por volta do ano de 1850, para trabalhar no regime de colonato, porquanto não havia ainda sido abolida a escravidão.

Todas essas leis tiveram uma preocupação específica, qual seja, de um lado, as leis promotoras do fim da escravatura no Brasil e, de outro lado, a preocupação dos proprietários rurais com a perda dessa mão-de-obra e o comprometimento de suas atividades produtivas, a justificar o disciplinamento legal da locação de serviços após o fim da escravatura.

Como defende Caio Prado Júnior²⁴ a escravidão que se estabelece no Brasil vai criar profundas mazelas sociais, pois o povo escravizado não tinha nenhuma proteção e assim continuou após a abolição do cativeiro. Parte dos libertos seguiu

23. NEVES, Maria do Céu Patrão. *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. In “Revista Brasileira de Bioética”, vol. 2, número 2, 2006, páginas 157-171.

24. PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. 408 p.

para as cidades ocupando espaços marginais adscritos aos sobrados, criando as primeiras ocupações ilegais que hoje denominamos favelas, e outros continuaram no campo trabalhando em situação de completo desamparo legal, refletindo de forma acentuada nas relações atuais. Em síntese, podemos afirmar que a sociedade atual está marcada por seu passado escravista e essa é a única justificativa para a legislação abandonar por tanto tempo o trabalhador rural.

Uma vez libertos, os escravos não tinham acesso à terra e se mantinham na condição de trabalhadores assalariados nas fazendas. Neste período as relações de trabalho no campo, na cultura da cana-de-açúcar, estão fincadas no escravismo. Os escravos não negociavam a sua força de trabalho. Se produziam mercadorias para o exterior, não participavam do mercado, que era inexistente. Paralelamente, o trabalho livre recuava diante da escravidão absorvente, transformando este amplo segmento de “desclassificados sociais” do Brasil rural em trabalhadores socialmente dispensáveis.

Já na República, o Decreto n.º 213, de fevereiro de 1890, revogou o direito antigo. Em 1906, as Leis n.º 1.150 e 1.607 trataram dos salários dos camponeses e o Decreto n.º 979, do mesmo ano, autorizou os sindicatos rurais.

Em 1916, o Código Civil regulou a “locação de serviços”, dando certa proteção ao rurícola. Ressalta-se o art. 759, parágrafo único, do mesmo Código, que estabelecia que a dívida de salário do rurícola teria preferência sobre os outros créditos e seria paga com o produto da colheita para a qual ele tivesse trabalhado. Mas não se pode dizer que houvesse aí qualquer feição ou caracterização de ordenamento jurídico de cunho trabalhista. Vieram depois o Decreto n.º 23.611, de dezembro de 1933, instituindo os “consórcios profissionais cooperativos”; e o Decreto-Legislativo n.º 7.038, de novembro de 1944, sobre sindicalização rural.

Quando entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, através do Decreto-Lei n.º 5.452, de 01/05/1943 (CLT), ela excluiu, de forma expressa, os trabalhadores rurais da sua proteção (art. 7º, letra “b”). Não obstante, o diploma consolidado assegurava a esses mesmos trabalhadores o direito a um salário mínimo, ao gozo de férias e às normas de proteção ao contrato individual de trabalho.

A promulgação da CLT representou uma conquista dos trabalhadores urbanos, isto é, dos empregados da cidade. Com ela, o primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945) conseguiu atualizar pelo menos cem anos em relação ao atraso de cento e cinquenta anos de legislação de direito do trabalho no âmbito internacional. Várias etapas foram ultrapassadas com o objetivo de reverter a economia predominantemente rural para uma economia industrial.

Entretanto, os trabalhadores rurais foram alijados da revolução proporcionada pela introdução de uma legislação trabalhista consolidada. Isto ocorreu em nome de um projeto de governo de implantar a industrialização do País, tendo em vista que a agricultura exportadora estava se tornando incapaz de produzir os bens necessários para as demandas da sociedade brasileira e, em conseqüência, não era mais capaz de sustentar o desenvolvimento do País. Ao lado disso, somaram-se o baixíssimo nível cultural em virtude do analfabetismo existente, a desqualificação e a ausência de consciência coletiva dos trabalhadores rurais.

Em 1946 a Constituição Federal ampliou a proteção ao trabalhador rural e fez incluir o direito à estabilidade e à indenização resultante da dispensa imotivada, tendo a lei n.º 605/49 garantido o direito ao repouso semanal remunerado. Em seguida, a lei n.º 4.066/62, que tratava da proteção aos recibos de quitação e pedidos de demissão, e a lei n.º 4.090/62, que instituía a gratificação de natal ou 13º salário, também alcançaram os trabalhadores rurais.

O desenvolvimento das relações de trabalho na agricultura e na pecuária não deixava dúvidas acerca da necessidade premente de uma legislação trabalhista protetora aos inseridos naquelas atividades, razão pela qual surgiu o Estatuto do Trabalhador Rural, através da lei n.º 4.214, de 02/03/1963 (ETR), que regulava em detalhes o trabalho no campo, embora, com freqüência, repetindo a CLT.

A lei n.º 5.889, de 08/06/1973, com apenas vinte e um artigos, revogou a lei n.º 4.214/63 (ETR) e mandou aplicar as regras da CLT “no que com ela não colidirem”. O Decreto n.º 73.626, de 12/03/1974, que regulamenta a lei n.º 5.889/73, no art. 4º mostra quais as normas da CLT e de outras leis que são aplicáveis ao rurícola.

Essa ausência de proteção ao longo dos anos criou uma cultura de exploração no campo e reforçou o movimento de migração do trabalhador rural para as grandes cidades. No período de 1930 a 1980, o Brasil inverteu sua matriz de localização populacional: antes, 80% da população estava localizada no meio rural; após a implantação do modelo de industrialização, em apenas algumas décadas, mais de 80% da população já está morando ou “se empilhando” nas grandes metrópoles.

A predominância no Brasil das fontes formais e de origem estatal evidencia a preocupação em assegurar aos proprietários rurais o acesso à mão-de-obra para a manutenção do trabalho no campo e não a proteção legal dessa classe trabalhadora.

A Constituição Federal promulgada em 05/10/1988 consagrou, por evidências históricas e reais, direitos aos rurícolas até então esquecidos sem qualquer razão

ou justificativa, equiparando por força do art. 7º o empregado urbano ao rural. A emenda constitucional n.º 28, em vigor desde o dia 25/05/2000, deu nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revogou o art. 233 da Constituição Federal de 1988, dispondo a igualdade de prazo prescricional para os trabalhadores urbanos e rurais: “XXIX – ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho”.

O trabalhador rural da cana-de-açúcar permaneceu ligado à terra, arando-a e cultivando-a quase nos mesmos moldes escravistas, ou seja, trabalhando em extensas jornadas e sem equipamentos de proteção individual adequados. Autoriza-se o uso da palavra escravo para definir o tipo de trabalho realizado pelos cortadores de cana-de-açúcar, porquanto, segundo o Dicionário do Pensamento Marxista²⁵, “como o escravo é o tipo mais conhecido e mais dramático de trabalhador não-livre, acreditou-se geralmente que fosse também o mais comum; daí o uso metafórico, nas línguas ocidentais, das palavras “escravo”, “escravidão”, “escravizado”, em contextos não relacionados necessariamente com o trabalho desde o grego antigo”. É preciso ter em mente que, para reconhecer o modo de produção escravista, ainda que seja como metáfora, o critério é o quanto a elite depende desses trabalhadores para assegurar sua riqueza. Ressalte-se a peculiaridade do trabalho rural que habitualmente requer que o empregado more no próprio emprego, desenvolvendo um relacionamento familiar com o empregador, tornando-se afinal um agregado ao local de trabalho, ali constituindo e criando sua família. Estes envoltimentos entre os empregados e os fazendeiros provocavam a permanente fixação do trabalhador rural nas propriedades e, por isso, justificavam os longos períodos não sujeitos à prescrição, o que, no entender do legislador, era mais justo para os trabalhadores rurais.

O trabalho de corte da cana-de-açúcar é realizado de forma braçal. No estado de Sergipe, especificamente na região da Vara do Trabalho de Propriá, o cortador de cana tem que atingir a meta diária de sete (7) toneladas de cana, cujo labor ele empreende a golpes de facão²⁶. Após o corte da cana, ele deve carregar os pedaços cortados em montes de até quinze (15) kg para um local determinado e daí a cana cortada será transportada pelo caminhão. O trabalhador é remunerado

25. BOTTOMORE, Tom. *DICIONÁRIO DO PENSAMENTO MARXISTA*. Tradução de: A dictionary of Marxist thought. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988, p. 132/133.

26. Depoimentos pessoais dos reclamantes nas reclamações trabalhistas ajuizadas em face de SANAGRO Santana Agroindustrial Ltda., perante a VT de Propriá. Os trabalhadores afirmam que a produção mínima diária é de 4 (quatro) toneladas por dia, mas que existem trabalhadores que chegam a atingir a produção de oito (8) ou nove (9) toneladas/dia.

por produção, ou seja, a sua remuneração depende de sua produtividade, o que, no dizer dos trabalhadores, não importa no aumento real de remuneração.

O contrato de trabalho é celebrado pelo tempo determinado de uma safra, que, em média, tem a duração de seis meses (de setembro a março). Isto impede o recebimento do seguro desemprego e o saque dos depósitos do FGTS, muito embora os empregados sejam recontratados mais de uma vez, sempre no mesmo período de safra²⁷. Isto revela que os trabalhadores alimentam a expectativa de terem emprego garantido durante seis meses do ano, mas no restante do tempo permanecem excluídos do sistema de proteção social (trabalhista, previdenciário e de seguridade social), inclusive quanto ao acesso à Justiça do Trabalho.

A precarização do trabalho rural está também evidenciada na terceirização, no emprego temporário, nas atividades autônomas, na informalidade e nas cooperativas de trabalho. É importante ressaltar que aqui se utiliza como sinônimos os termos precarização e flexibilidade, com respaldo em DRUCK- BORGES²⁸, porquanto estas são formas de trabalho assalariado disfarçado. Essas práticas representam novas necessidades do sistema, que exige maior mobilidade para os capitais e processos produtivos menos rígidos, estimulados por investimentos e resultados de curto prazo. Silva²⁹ não utiliza o termo precarização. Para este autor, a flexibilidade é o antônimo de rigidez e “significa a supressão ou o afrouxamento dos constrangimentos que o impõe o Direito do Trabalho aos empregadores a fim de proteger os trabalhadores contra as conseqüências prejudiciais da sua inferioridade”.

A flexibilidade ou precarização tem dois modelos, sendo um deles a completa desregulamentação e a submissão do contrato de trabalho ao Direito Civil. O segundo modelo, que é o adotado parcialmente pela CF/88, consiste na possibilidade de derrogação das normas de ordem pública social do trabalho pela negociação coletiva.

Não se pode defender a bandeira da flexibilidade na América Latina e, especificamente no Brasil, tendo em vista que aqui o Direito do Trabalho já está flexibilizado. Inclusive por determinação constitucional, uma vez que a Constituição Federal admite a redução de salários por essa forma.

27. Seguro desemprego: lei n.º 7998/90, art. 2º, inciso I. O saque dos depósitos do FGTS é feito nos moldes da lei n.º 8.036/90, art. 20, inciso IX, ou seja, não incide sobre os depósitos nenhuma indenização compensatória, nos termos do art. 7º, inciso I c/c art. 10, inciso I, do ADCT.

28. DRUCK, Maria da Graça; BORGES, Ângela. Terceirização: balanço de uma década. *In*: CADERNO CRH. Salvador: Centro de Recursos Humanos/UFBA, n.º 37, 2002, p. 12/13.

29. Ob. cit., p. 36.

No Estado de Sergipe, especificamente na região da Vara do Trabalho de Propriá, que abrange dezessete municípios, existem quatro sindicatos de trabalhadores rurais, todos filiados à Central Única dos Trabalhadores (CUT-SE): Propriá, Neópolis, Malhada dos Bois e Aquidabã. A cana-de-açúcar é uma das fontes de riqueza do Estado e se constitui no setor que mais gera empregos na região. Não obstante, os trabalhadores rurais da cana-de-açúcar do Estado de Sergipe não estão reunidos em sindicato. A associação profissional que enquadra os trabalhadores rurais sergipanos está situada no estado de Alagoas³⁰. Em sendo assim, não se pode esperar que esses trabalhadores tenham poder de barganha perante os seus empregadores. A flexibilidade nada tem de moderno. A inferioridade dos trabalhadores é consubstancial não só ao contrato como ao próprio sistema capitalista, razão pela qual haverá sempre a necessidade de proteção enquanto este existir.

Historicamente a monocultura da cana-de-açúcar traz danos sócio-ambientais, tanto os danos que causa ao meio ambiente, pois empobrece o solo, polui o ar com as queimadas, como os danos que causa ao trabalhador, que é obrigado a trabalhar até 12h por dia para aumentar a sua produtividade.

A tecnologia é uma realidade inatacável tanto no campo como na cidade. Entretanto, há de se ressaltar que o trabalhador do campo não absorveu essa tecnologia devido, sobremaneira, aos baixos níveis de instrução e de educação formal da população rural.

Nas atividades de cote e plantio de cana, os trabalhadores utilizam roupas com mangas compridas, gorros, lenço na cabeça, bonés, de forma a não ficarem com praticamente nenhuma parte do corpo exposta, mas isto os protege tão somente dos danos causados pela folha da cana. Não há conscientização da necessidade de proteção dos trabalhadores contra as radiações solares. O vestuário, por não ser considerado equipamento de proteção individual, não é fornecido pelos empregadores ou então o custo é descontado na folha de pagamento.

O papel do Direito do Trabalho, com enfoque específico para o trabalho rural deve ser, então, o proteger o trabalhador de modo a valorizar o seu labor como gerador de riquezas. É por isso que Maria auxiliadora Minahim defende que deve ser enfatizado o compromisso do direito com a concretização de uma ética voltada para a preservação da dignidade humana³¹. Não se pode condenar o

30. Sindicato dos trabalhadores na indústria da fabricação de álcool no Estado de Alagoas, que celebrou acordo coletivo de trabalho, com vigência de 01/09/2006 a 31/08/2007, abrangendo a cidade de Japoatã-SE, sede das empresas Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool e Agrisul Agrícola Ltda., ambas sucessoras de SANAGRO Santana Agroindustrial Ltda.

31. Ob. cit., p. 25.

progresso tecnocientífico, pois é graças a ele que o homem pode desfrutar de uma melhor qualidade de vida e ter condições mais humanas de trabalho, se livrando de tarefas rotineiras e embrutecedoras. O progresso, isto é, tudo o que contribui para o aperfeiçoamento da personalidade humana, é positivo.

CAPÍTULO III. OS EFEITOS DA PRODUÇÃO DE ETANOL SOBRE O MEIO AMBIENTE

O Brasil está sendo apontado como o detentor da solução para o problema da escassez de combustíveis fósseis, porquanto domina a tecnologia da produção de combustíveis alternativos: o biocombustível e o etanol. O argumento dos empresários e dos países ricos para o aumento da produção do etanol é o de aliviar, de uma só vez, dois grandes males do século 21: a escassez do petróleo e o efeito estufa. Não obstante, esse discurso apresenta contradições. Além disso, essa proposta não se mostra sustentável do ponto de vista da situação dos trabalhadores dos canaviais. A produção de açúcar está associada com o trabalho escravo de índios e negros. As jornadas extenuantes dos cortadores de cana também são ignoradas pela mídia corporativa, que aderiu à animação com o etanol.

O tema bioética na agricultura e nas relações de trabalho está na ordem do dia e esse trabalho pretende fazer uma leitura da bioética, analisando seus efeitos nas relações de trabalho no município de Propriá-SE, em virtude, primordialmente, dos impactos causados pela produção de etanol.

A escolha do tema se dá pela importância dos estudos da bioética nas relações de trabalho. Não há dúvida de que a demanda de produção do álcool-combustível para fins de exportação ensejará um aumento das áreas de plantação e cultivo da cana-de-açúcar. Isto já é apontado pelos meios de comunicação. Na verdade, isto já está suscitando críticas de conhecidos aliados do governo brasileiro, tais como o ex-presidente Fidel Castro, de Cuba, e Hugo Chavez, atual presidente da Venezuela, que dizem temer o recrudescimento da fome, o primeiro, e que o etanol servirá unicamente para fornecer combustível para os automóveis dos ricos em detrimento do progresso da região sul-americana, o segundo³².

Já os impactos ao meio ambiente estão sendo ignorados pelos que defendem a substituição do petróleo pelo álcool combustível como medida para reduzir o aquecimento global. Um dos processos de produção mais comuns é a queima da palha do canavial, para facilitar o corte manual e aumentar a produtividade do cortador de cana. Essa prática reduz custos de transporte e aumenta a eficiência

32. Revista VEJA, de 04 de Abril de 2007: *Cuba. Fidel Castro critica o encontro entre Lula e Bush.*

das moendas nas usinas. No entanto, a queima libera gás carbônico, ozônio, gases de nitrogênio e de enxofre (responsáveis pelas chuvas ácidas) e provoca perdas significativas de nutrientes para as plantas, além de facilitar o aparecimento de ervas daninhas e a erosão. Como opção às queimadas, responsáveis por boa parte das mortes dos cortadores, a mecanização pode ser extremamente prejudicial ao solo, pois o comprime, não permitindo a entrada de oxigênio.

Os efluentes do processo industrial da cana-de-açúcar também prejudicam a natureza. Sem o devido tratamento, os dejetos lançados nos rios comprometem a sobrevivência de diversos seres aquáticos. A Mata Atlântica nordestina foi dizimada pelos canaviais. Além disso, como toda monocultura, a plantação da cana em larga escala diminui a diversidade biológica e empobrece o solo.

O álcool parece constituir a menor parcela da energia que se pode obter da cana-de-açúcar. Maior quantidade é conseguida pela queima do bagaço e mais energia ainda poderia ser obtida da combustão das folhas, se estas não fossem queimadas no próprio campo. Esse desperdício de energia causa danos para o solo e para a própria cana, porquanto reduz a produção de álcool, e poluição atmosférica na forma de fumaça e fuligem.

Embora o etanol seja um recurso renovável, o solo sobre o qual ela cresce não é, ou seja, um programa de grande escala de produção de álcool combustível pode exaurir o solo na mesma velocidade em que estão sendo exauridos, atualmente, outros recursos naturais.

No que concerne ao Estado de Sergipe, que é o mais pobre e o menor estado da Federação, teme-se pela invasão das plantações de cana-de-açúcar às propriedades que formam o Platô de Neópolis. No governo de João Alves Filho, no período de 1994-1998, foi criado e implementado o pólo de fruticultura na cidade de Neópolis, com o objetivo de tornar a região do Baixo São Francisco um centro de plantação de frutas também para exportação³³. Entre os objetivos do projeto de fruticultura irrigada estavam a diversificação da produção agrícola e agroindustrial, permitindo o desenvolvimento da agro-exportação, e a contribuição para o aumento de número de empregos e da renda na área rural. Não obstante, até a presente data não foram gerados mais do que setecentos e cinquenta (750) empregos na região³⁴.

33. Decreto Estadual n.º 12.882, de 07/05/1992, que desapropria área de terra localizada nas divisas dos municípios de Neópolis, Pacatuba e Japoatã, Estado de Sergipe, destinada a implantação de projetos de irrigação.

34. Fonte: <http://www.infonet.com.br/noticias/ler.asp?id=69463&titulo=Noticias>. Acesso em 15/01/2008.

Obviamente, as duas situações são problemáticas. A monocultura implica em dependência total do mercado externo. Uma das hipóteses que se coloca é que a necessidade do aumento da área plantada de cana-de-açúcar irá acarretar a invasão das terras hoje destinadas ao plantio de frutas e, mais do que isso, eliminará a possibilidade do cultivo da agricultura de subsistência e para alimentos.

A implantação de um pólo de fruticultura, conquanto seja voltado basicamente para o mercado externo, da mesma forma que a monocultura, afasta o problema da dependência econômica exclusiva, mas redundando em diminuição dos postos de trabalho.

O presente trabalho traz para reflexão os problemas éticos que a produção do etanol em larga escala poderá trazer para o meio ambiente e para as relações de trabalho no meio rural da cana-de-açúcar. As políticas públicas têm que estar voltadas para delimitar as áreas que servirão para a plantação de cana-de-açúcar, de modo a evitar a ocupação de áreas destinadas ao plantio de alimentos, especialmente para o mercado interno.

A Constituição Federal de 05/10/88 dispõe sobre o meio ambiente do trabalho seguro e adequado, sobretudo a saúde e a integridade física e psíquica do trabalhador urbano e rural: art. 7º, inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança); inciso XXIII (adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei); e inciso XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa).

No artigo 225, *caput*, da CF/88, o constituinte buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), afirmando que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. A definição legal de meio ambiente está disciplinada na lei n.º 6.938/81, art. 3º, segundo o qual “meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

A consagração de tais direitos evidencia a opção por uma condensação proporcional de tais direitos a todos os seres humanos. É a conformação ou positividade jurídico-constitucional dos direitos sociais. A intenção do legislador constituinte é que o ser humano esteja na Constituição. São direitos subjetivos públicos, isto é, direitos inerentes ao espaço existencial dos cidadãos, cuja regra matriz é, no

entendimento de Alarcón³⁵, a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inciso III).

Neste diapasão, conclui-se que o meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador e não de um direito trabalhista vinculado ao contrato de trabalho³⁶. Está clara a necessidade de focar os efeitos da produção do etanol em larga escala sobre o meio ambiente e as relações de trabalho de maneira multidisciplinar e interdisciplinar. Não há como separar os estudos das diferentes disciplinas, porquanto o objeto de uma, o Direito, que é o contrato de trabalho, e de outra, a Biologia, que é o meio ambiente, estão vinculados de maneira evidente. A análise multi-inter-transdisciplinar³⁷ adiciona conhecimentos à disciplina em questão, que é a Bioética, de maneira a enriquecer os objetos de estudo.

O mundo industrializado privilegia os direitos civis e políticos porque suas sociedades têm suas necessidades básicas satisfeitas para a população em geral. Neste sentido, os países de economia central se preocupam com maior interesse por uma bioética centrada em um desenvolvimento científico e tecnológico. Entretanto, os países e as regiões de economia periférica reclamam com maior ênfase os direitos econômicos, sociais e culturais, porque em uma região como a América Latina a porcentagem de população na pobreza, na indigência e na exclusão é maioria³⁸.

Isto, entretanto, é uma ilusão, porquanto o aumento da pobreza é um fenômeno mundial. Capra³⁹ afirma que dentro dos Estados Unidos, 15% da população (e 25% de todas as crianças) vive hoje abaixo da linha de pobreza. O fenômeno dos “sem teto” é uma das características marcantes da chamada nova pobreza.

É importante refletir que todo esse projeto de produção de combustível oriundo de fontes alternativas é louvável e deve ser aplaudido. Entretanto, não se pode perder de vista alguns pontos relevantes: primeiro, o etanol será produzido para movimentar os automóveis dos proprietários de automóveis dos países de economia central, o que poderá causar uma diminuição da produção de alimentos para todo o resto do mundo. Segundo, aqueles países ficarão livres da poluição

35. ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Patrimônio genético humano*. São Paulo: Método, 2004, p. 215.

36. ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr., 2007, p. 421.

37. GARRAFA et al., 2006, p. 73/84.

38. TEALDI, Juan Carlos. *Para uma declaração universal de bioética y derechos humanos: una visión de América Latina*. In “Revista Brasileira de Bioética”, vol. 1, número 1, 2005, páginas 7-17.

39. CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 155.

atmosférica – pelo menos é isso o que eles pretendem – em detrimento da qualidade do ar que os países de economia periférica, como é o Brasil, serão obrigados a respirar. Terceiro, o Brasil está investindo num projeto industrial de fabricação de combustível natural e renovável para fazer movimentar um tipo de automóvel que ainda se mostra altamente ineficiente e poluente. Quarto e último: a combustão do álcool produz um outro tipo de poluente, em muito maior quantidade que a gasolina, que são os aldeídos. A maioria desses aldeídos é irritante aos olhos, mucosas e vias respiratórias.

Fritjof Capra⁴⁰ (2002: 259) afirma:

À semelhança de tantos outros produtos do desenho industrial contemporâneo, o automóvel atual é absurdamente ineficiente. Só 20% da energia do combustível é usada para fazer girar as rodas, ao passo que 80% se perde no calor e nos gases produzidos pelo motor. Além disso, 95% da energia *utilizada* serve para mover o carro, e só 5% move o motorista. A eficiência global, ou seja, a proporção de energia do combustível usada para mover o motorista, é de 5% de 20% – não mais do que 1%!

Isto faz refletir sobre o paradigma dominante nas relações do homem para com o homem e do homem para com o meio ambiente. Guattari⁴¹ alerta que não se pode consentir que homens como Donald Trump se apoderem de bairros inteiros nas cidades de Nova York ou Atlantic City, p. ex., com o intuito de renová-los e depois transformem os antigos moradores, que eles expulsaram, em *homeless* (sem lar), que o autor denomina de equivalente aos peixes mortos da ecologia ambiental. Não obstante, esses mesmos homens têm medo da morte, são aterrorizados diante da finita existência terrena e a ignorância do seu destino futuro.

Entretanto, como lembra Minahim⁴², esses medos desaparecem nas ações de agressão ao meio ambiente, na exploração predatória dos recursos naturais e no uso de tecnologia, que, mesmo se revelando desastrosas, servem para produzir mais por menos. Isto porque, na explicação da mesma autora, tudo é devido a um elemento externo que é a ciência, e, assim, o homem se sente aliviado e com menos responsabilidades.

Leonardo Boff⁴³ afirma que há uma contradição básica entre ecologia e capitalismo, porquanto quando a lógica do capital assume o discurso ecológico ou

40. Ibid, p. 259.

41. Ob. cit., p. 26.

42. Ob. cit., p. 27.

43. BOFF, Leonardo. *O ecocídio e o biocídio. In: Sete pecados do capital*. SADER, Emir (organizador). Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 33.

é para fazer ganhos com ele ou para espiritualizá-lo e assim esvaziá-lo, impossibilitá-lo, destruí-lo. Ele afirma que o chamado “desenvolvimento sustentável” é uma armadilha do sistema capitalista, tendo em vista que a forma de organização econômica, política e social que privilegia uns poucos à custa da exploração e da miséria das grandes maiorias não previu as suas conseqüências sobre a natureza e as relações sociais.

O desenvolvimento capitalista é um processo sempre linear e crescente, enquanto que a sustentabilidade, cujo termo provém da biologia e da ecologia, constitui um processo complexo, de inter-retrodependências, sem explorar ou marginalizar ninguém.

Para este autor, o sistema do capital se mantém pelo medo, de modo que, para se perpetuar, recorre permanentemente à violência econômica e à agressão militar. Ele resume dizendo que “a injustiça social se mostra, assim, como uma injustiça ecológica”⁴⁴.

O mesmo autor acredita que o paradigma hegemônico ou dominante começou a ser erodido pela física quântica, pela teoria da relatividade, pela nova biologia, pela ecologia e pela filosofia crítica. A busca da sustentabilidade ecológica e econômica, baseada numa aliança de fraternidade com a natureza e entre os seres humanos; a acolhida da diversidade biológica e cultural, fundada na preservação e no respeito a todas as diferenças e no desenvolvimento de todas as culturas; o incentivo à participação nas relações sociais e nas formas de governo; e o cultivo da espiritualidade como expressão da profundidade humana são os quatro eixos que dão consistência ao novo paradigma ou paradigma emergente.

Fritjof Capra⁴⁵ adverte que o capitalismo global fez aumentar a pobreza e a desigualdade social tanto através da transformação das relações entre o capital e o trabalho, mas também por meio do processo de “exclusão social”, isto é, enquanto os fluxos de capital e informação interligam redes que se espalham pelo mundo inteiro, eles ao mesmo tempo excluem dessas redes todas as populações e territórios que não têm valor nem interesse para a busca de ganhos financeiros.

No presente caso, deve-se ter em mente os limites da técnica e a função da ética nesse contexto, o que repercute finalmente sobre o Direito, pressionando-o a consolidar as reflexões da Bioética, e a dar novos sentidos aos conceitos atingidos pelas descobertas técnico-científicas⁴⁶.

44. Boff, ob. cit., p. 44.

45. Capra, ob. cit., p.155.

46. Minahim, ob. cit., p. 29.

A meta central da teoria e da prática econômica atuais, isto é, a busca de um crescimento econômico contínuo e indiferenciado, é insustentável porquanto trata-se de um planeta finito. Não resta dúvida que as atividades econômicas no ritmo em que se encontram já estão prejudicando a biosfera e a vida humana de tal modo que, em pouco tempo, os danos poderão tornar-se irreversíveis.

Tendo em vista a necessidade de receber investimentos estrangeiros, os países de economia periférica devem dedicar-se à produção de poucos produtos específicos para exportação e importar a maior parte das demais mercadorias, de acordo com as determinações dos países de economia central que implantaram o neoliberalismo. A ênfase na exportação levou ao rápido esgotamento dos recursos naturais necessários para a produção dos produtos agrícolas de exportação, entre eles a cana-de-açúcar, que é uma espécie que necessita de grande quantidade de água, o que culmina no esgotamento do lençol freático.

O ecologista e ativista agrícola Vandana Shiva, citado por Fritjof Capra⁴⁷, afirma que o impacto da instabilidade climática e da destruição do ozônio na atmosfera recai principalmente sobre os países do Hemisfério Sul, onde a maioria das regiões depende da agricultura e onde pequenas mudanças climáticas podem destruir totalmente os meios de vida da população rural. Ademais, as regras de livre comércio permitem que as empresas multinacionais desloquem também para o Hemisfério Sul suas indústrias poluentes, o que piora a destruição ambiental. O mesmo ativista indiano resume dizendo que “os recursos vão dos pobres para os ricos enquanto a poluição vai dos ricos para os pobres”.

Tudo isso só pode causar perplexidade. Verificando a persistência de condições de desigualdade em um mundo supostamente pós-moderno, Carvalho⁴⁸ cita José Augusto Lindgren Alves, in “A declaração dos direitos humanos na pós-modernidade”, para dizer:

Enquanto para a sociedade de classes, da antiga modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o *Welfare State*), para a sociedade eficientista, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade (in *Cidadania e Justiça*, Revista da AMB número 5, 1998, pp. 11 e 16).

47. Capra, ob. cit., p. 158.

48. CARVALHO, Augusto César Leite de. *Dignidad humana y origen del derecho social*. Evocati Revista n. 18, jun. 2007.

Deve se evitar a exaltação da moral individualista, o que acarreta uma minimização da idéia de justiça. Não se podem menosprezar os contextos históricos e culturais da América Latina e Caribe. O momento atual de neoliberalismo e econômico encontra a nação, seus grupos e indivíduos em grande parte fragilizados e vulneráveis nas bases de sua autonomia. Defender aqueles de condição vulnerável, tal como conceitua Maria do Céu Patrão Neves⁴⁹ (2006), é uma etapa importante e isto faz parte das atuais reivindicações da bioética no Brasil.

Considerando que os principialismos apresentados à bioética não são universais nem universalizantes, que são também estranhos à realidade latino-americana e que um dos traços característicos da América Latina é a desigualdade, há de se ter em conta principalmente que toda ética terá de se inspirar intransigentemente em dois postulados: a busca de justiça e o exercício da proteção.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo de economia globalizada dominado por países de economia hegemônica a escassez de energia é ponto crucial. Por isso a produção do etanol em larga escala em países de economia periférica deve ser vista com cautela, levando em conta que se trata de uma cultura que ocupa vastas áreas de terras agricultáveis que outrora serviam para a produção de alimentos. Como se trata de um produto de exportação o agro-negócio se voltará para produção da cana-de-açúcar em detrimento da produção de alimentos, em virtude de um maior retorno financeiro, trazendo como conseqüência o aumento dos preços dos alimentos e, em última instância, desabastecimento para as populações mais carentes, ampliando assim a exclusão socioeconômica.

No campo do trabalho, verifica-se que o avanço da mecanização da agricultura com incentivos governamentais para a ampliação da produção tornará a cana-de-açúcar uma cultura poupadora de mão-de-obra, além do que não ampliará a utilização de mão de obra qualificada. Como solução para o caso dos alimentos necessita-se de políticas públicas para incentivo ao pequeno agricultor que, à sombra da nova matriz energética, produzirá alimentos com valor subsidiado.

A igualdade é o ponto de chegada da justiça social, referencial dos direitos humanos mais elementares, cujo objetivo futuro é o reconhecimento da cidadania⁵⁰. Com base nesse entendimento, deve-se refletir sobre a proposta de aumento

49. NEVES, Maria do Céu Patrão. *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. In "Revista Brasileira de Bioética", vol. 2, número 2, 2006, páginas 157-171.

50. GARRAFA, Volnei; PESSINI, Léo (organizadores). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003, p. 35-44.

da produção de etanol no Nordeste brasileiro, porquanto isto deverá se reverter em benefício tanto para os trabalhadores rurais da cana-de-açúcar como para o meio ambiente.

Muitas são as promessas, mas, em verdade, não existem garantias nesse sentido. A monocultura da cana-de-açúcar é uma fonte permanente de miséria social, vide os exemplos de duas capitais nordestinas, Recife – PE e Maceió-AL, que são, respectivamente, a primeira e a segunda capitais com maior número de homicídios do Nordeste, de acordo com o Mapa da Violência⁵¹ (Waiselfisz:1998), publicado pela Organização dos Estados Ibero-Americanos para a Educação, a Ciência e a Cultura (OEI). O trabalho, que é publicado desde 1997, faz uma análise da vitimização juvenil no Brasil e em 60 países do mundo. Uma das principais conclusões é a de que quase 30% das mortes de jovens são causadas por armas de fogo – entre os homicídios juvenis, esse número sobe para 74,2%.

Da mesma forma, não se pode desprezar o fato de que Angola é riquíssima em diamantes e Nigéria produz petróleo e, não obstante, seus índices de desenvolvimento não apontam para essa espetacular produção, o que demonstra que o crescimento das exportações de determinado produto não se traduz em desenvolvimento econômico e melhoria de condições de vida para a população local. Isto significa que não é bastante plantar a cana e produzir o etanol, há de se refletir sobre que bases éticas irão dirigir esses procedimentos e quais as políticas públicas destinadas à inclusão social serão aplicadas para que esse fato econômico traduza-se em melhoria das condições sócio-ambientais e econômicas daqueles que se encontram marginalizados do crescimento econômico.

Devem-se destacar alguns elementos de ordem ambiental da produção de álcool a partir da cana-de-açúcar que necessitam ser levados em consideração para que políticas públicas corrijam esses fatos e para que o poder econômico, buscando maximizar seus investimentos, não consiga ampliar as mazelas sociais do País.

O governo federal está sinalizando o intento de aplicar maiores investimentos na produção de etanol, razão pela qual setores da agroindústria já se mobilizam para substituir lavouras de arroz, milho e soja por canaviais, o que aponta para uma queda de produção desses produtos e, em consequência, no aumento dos preços destes para o consumidor final. Tendo em vista que esses produtos fazem parte da cesta básica dos estratos sociais mais baixos com menor poder aquisitivo, isto significa que, em última instância, essas modificações na matriz

51. WAISELFISZ, Jacobo. *Mapa da violência: os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 1998. 136 p.

energética brasileira sem políticas públicas compensatórias para os produtores de alimentos causarão aumento da miséria social. Ressalte-se que, quando se substituem lavouras pequenas por culturas extensivas, provoca-se o rompimento do equilíbrio ecológico afastando a fauna, ampliando a manifestação de pragas e, em consequência, maior uso de agrotóxicos para aumentar a produtividade. O resultado final é a contaminação do meio ambiente e dos trabalhadores que trabalham nessas culturas.

Outro fator observado e ambientalmente condenável é a utilização das queimadas que destroem a micro fauna e a microflora causando mineralização do solo e aumento da emissão do dióxido de carbono (CO₂), causador do efeito estufa, que aumenta a temperatura terrestre trazendo graves efeitos sobre o ecossistema planetário.

Seria necessário cultivar ao lado da cana-de-açúcar outras culturas como forma de manter a oferta de alimentos em patamares aceitáveis, no intuito de oferecer alimentos mais baratos à população de menor poder aquisitivo. No entanto, a redução de áreas que oferecem produtos de maior rentabilidade por produtos que tenham menor retorno econômico, é impensável na lógica capitalista. A solução é implementar políticas públicas com subsídios para as culturas destinadas à alimentação da população.

Outro elemento de ordem ecológica são os resíduos da cana-de-açúcar. Sabe-se que existem pesquisas para a reutilização desses resíduos, como o vinhoto que, por ser rico em potássio, poderia ser utilizado como fertilizante, mas o processo de transformação ainda é relativamente caro tornando-o inviável para o paradigma capitalista. Por isso grande parte de vinhoto é despejado nos rios, causando danos à natureza. Destarte, é necessário que as plantas de produção de álcool devam agregar tecnologia que produzam menos vinhoto e o transforme em gás natural gerando energia assim como o bagaço da cana. Para isso é necessária a regulação mais efetiva do Estado sobre esse setor, que é estratégico tanto no nível econômico, como ambiental e social.

É mister salientar que o lucro da indústria do álcool no Brasil está fincado na enorme exploração que se permite exercer sobre o trabalhador ao longo da cadeia produtiva, destacando o papel histórico do latifúndio, que ainda exerce uma forma de exploração com relações de trabalho semelhantes às aquelas predominantes no século XIX.

Por esta razão, conclui-se que se deve fortalecer a visão de uma Bioética regional, de proteção, de resistência, que tenha o enfoque direcionado para a solução dos problemas persistentes no Terceiro Mundo, isto é, América Latina

e Caribe. No momento em que todos os olhos estão voltados para a pujança do setor sucroalcooleiro no Brasil, no momento em que o Brasil desponta como o maior produtor de cana-de-açúcar do mundo, não se pode perder de vista que este também é um país que aparece no cenário internacional como violador de direitos humanos.

O presente trabalho deixou clara a idéia de que já não existe mais a clássica oposição entre Ciências Naturais e Ciências Humanas. O conhecimento não permite mais a departamentalização dos seus campos, de modo que é possível refletir de maneira dialógica sobre as relações de trabalho rural, a produção de etanol e os efeitos desses fenômenos sobre o meio ambiente.

Para tanto, deve-se lançar mão de toda produção científica nesses campos do conhecimento para que se possa contribuir para a solução dos conflitos colocados de maneira ética. Não se pode olvidar que a legislação trabalhista existente no ordenamento jurídico brasileiro oferece dispositivos suficientes, que poderão se adequar às demandas do progresso técnico-científico. Isto significa dizer que o trabalhador do campo não necessita de novas leis e sim que se cumpram aquelas que já existem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Patrimônio genético humano*. São Paulo: Método, 2004.
- BOFF, Leonardo. *O ecocídio e o biocídio*. In: Sete pecados do capital. SADER, Emir (organizador). Rio de Janeiro: Record, 1999.
- BOTTOMORE, Tom. *DICIONÁRIO DO PENSAMENTO MARXISTA*. Tradução de: A dictionary of Marxist thought. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988c. 454 p. ISBN 8571104190.
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas. Ciência para uma vida sustentável*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Dignidad humana y origen del derecho social*. Evocati Revista n. 18, jun. 2007. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=127. Acesso em: 05/07/2007.
- CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade. A era da informação: economia sociedade e cultura. Volume 2*. São Paulo: Paz e Terra, 1999-A.
- _____. *Fim do milênio. A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume 3*. São Paulo: Paz e Terra, 1999-B.

- DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- DRUCK, Maria da Graça; BORGES, Ângela. *Terceirização: balanço de uma década*. In: CADERNO CRH. Salvador: Centro de Recursos Humanos/UFBA, n.º 37, 2002.
- FERRER, Jorge José; ÁLVAREZ, Juan Carlos. *Para fundamentar a bioética. Teorias e paradigmas teóricos na bioética contemporânea*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.
- GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. *Bases conceituais da Bioética. Enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.
- _____; PESSINI, Léo (organizadores). *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.
- GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. Tradução: Maria Cristina F. Bittencourt. São Paulo: Papyrus, 14ª edição, 2003.
- HOOFT, Pedro Federico. *Bioética e direito? Ou Bioética e biodireito? Biodireito: uma crítica ao neologismo*. In: *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Loyola, 2003.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Fundamentos da proteção ao trabalhador rural*. In “Direito do Trabalho Rural – Homenagem a Irany Ferrari”, coordenação de Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, Melchiades Rodrigues Martins e Tércio José Vidotti (coordenadores), 2ª ed. – São Paulo: Ltr., 2005.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (Ciência do direito penal contemporâneo; v. 8).
- MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. 2ª ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. In “Revista Brasileira de Bioética”, vol. 2, número 2, 2006, páginas 157-171.
- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (organizadores). *Fundamentos da Bioética*. São Paulo: Paulus, 1996.
- _____. *Bioética: Alguns desafios*. São Paulo: Loyola, 2001.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. São Paulo: Brasiliense, 2000. 408 p. (Grandes nomes do pensamento brasileiro). ISBN 8574021938.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr., 2007.
- SCHRAMM, Fermín Roland. *Bioética sem universalidade? Justificação de uma bioética latino-americana e caribenha de proteção*. Comentário de Daniel Piedra Herrera. In: *Bases conceituais da Bioética. Enfoque latino-americano*. Organizadores: GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya. São Paulo: Gaia, 2006.

- STÉDILE, João Pedro. *O Latifúndio*. In: Sete pecados do capital. SADER, Emir (organizador). Rio de Janeiro: Record, 1999.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2ª edição. São Paulo: LTr., 1999. ISBN 85-7322-678-1
- TEALDI, Juan Carlos. *Para uma declaração universal de bioética y derechos humanos: una visión de América Latina*. In “Revista Brasileira de Bioética”, vol. 1, número 1, 2005, páginas 7-17.
- VIANA, Márcio Túlio. *O Trabalhador Rural*. In “Curso de Direito do Trabalho – Estudos em memória de Célio Goyatá”, vol. I, Coordenação de Alice Monteiro de Barros, Ed. LTr., São Paulo, 2ª tiragem, 1993, pág. 285/315.
- WAISELFISZ, Jacobo. *Mapa da violência: os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: Garamond, 1998. 136 p. ISBN 8586435163.

XIII

JURISDIÇÃO E A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Manoel Carlos de Almeida Neto

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA em intercâmbio com a Universidade Nacional de Brasília – UnB, Especialista em Direito Público pelas Faculdades Jorge Amado e Curso *JusPodivm*, Especialista em Direito Processual Civil pela UESC, Professor da Pós-Graduação da Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – LFG / Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Pesquisador do CNPq, Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal – STF.

RESUMO: O escopo do presente artigo é discutir, a partir dos movimentos constitucionalistas, os fundamentos da Jurisdição e da Supremacia das Normas Constitucionais, bem como a sua relação com a Democracia, caminhando pelos meandros das correntes doutrinárias nacionais e estrangeiras mais abalizadas sobre o tema.

ABSTRACT: The target of the present article is to argue, from the constitutionalistic movements, the beddings of the Jurisdiction and the

Supremacy of the Constitutional Ruleses, as well as its relation with the Democracy, walking for the meandros of abalizadas national and foreign doctrinal chains more in regards to the subject.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo; Jurisdição Constitucional; Democracia.

KEYWORDS: Constitutionalism; Constitutional Jurisdiction; Democracy.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. Rigidez e Supremacia das Normas Constitucionais – 3. As Concepções da Constituição – 4. Noções de Inconstitucionalidade – 5. Noções sobre Jurisdição – 6. Pressupostos da Jurisdição Constitucional – 7. Conceito de Jurisdição Constitucional – 8. Jurisdição Constitucional e Democracia – 9. Conclusões – 10. Referências Bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Desde tempos imemoriais, o ser humano busca incessantemente limitar o poder do próprio homem em busca da proteção dos seus direitos fundamentais. Assim, exsurge o constitucionalismo como um movimento de limitação do poder do homem pelo próprio homem, ou nas palavras de EDVALDO BRITO, uma “*expressão da soberania popular que representa, em certo momento histórico, o*

*deslocamento do eixo de poder, cuja titularidade ou exercício era exclusivamente do ‘soberano’*¹ ou consoante J.J. CANOTILHO como uma teoria, ou movimento de carga ideológica capaz de transformar a sociedade limitando o poder com *finis garantísticos*².

LOEWENSTEIN identificou o aparecimento do constitucionalismo na Antiguidade Clássica, onde, no Estado Teocrático Hebreu, limitava-se o poder político pelas chamadas Leis do Senhor³. Consoante MAURIZIO FIORAVANTI o constitucionalismo é concebido como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII dedicaram-se a recuperar os horizontes da moderna Constituição em seu aspecto de limites e garantias fundamentais⁴.

Assim sendo, o constitucionalismo é anterior ao Direito Constitucional, cujo aparecimento remonta aos séculos XVII e XVIII nos movimentos constitucionalistas inglês, americano e francês, nos quais principalmente se desenvolveram os fundamentos históricos da Teoria da Constituição e conseqüentemente da Supremacia das Normas Constitucionais.

O movimento *historicista* inglês foi profundamente marcado pela evolução das declarações de direitos, desde a Magna Carta das Liberdades da Inglaterra de 15 de junho de 1215, até a chamada *Glorious Revolution*⁵ de 1688 onde se passou de uma monarquia absolutista para uma monarquia constitucional com o *Bill of Rights* de 1689. Contudo, foi durante o movimento constitucionalista norte-americano, *We the people*, que surgiu o chamado *constitucionalismo moderno* cuja marca fundamental⁶ foi o aparecimento da primeira Constituição rígida e escrita do mundo em 1787, seguida da Francesa de 1791, marcada pela influência do *laissez faire*. Entretanto, após a 1ª Guerra Mundial, o Constitucionalismo fora desassociado do *Estado Liberal* e Passivo e associado ao *Estado Social* e Intervencionista.

LEWANDOWSKI observa que o objetivo que inspirou a elaboração das primeiras Constituições permanece o mesmo até hoje, que é a *contenção do poder*

1. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 26.
2. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 51.
3. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970. p. 154.
4. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución – de los antiguos a los modernos*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001. p. 85.
5. “O que distingue, sobretudo, a evolução inglesa de 1688 (*Glorious Revolution*) da que um século mais tarde ensanguentaria a França está em que aquela se insere numa linha de continuidade, ao passo que a francesa tenta reconstruir a arquitetura toda do Estado desde o começo.” in MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 72.
6. Nesse sentido: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

e a *defesa dos direitos individuais*⁷. Essa indubitavelmente é a grande luta do Constitucionalismo.

2. RIGIDEZ E SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Toda a problemática do controle de constitucionalidade está fundamentalmente relacionada com a supremacia da Constituição sobre todas as outras leis. Nesse sentido, KELSEN⁸ observou que o fundamento de validade da norma jurídica está justamente na existência de outra norma⁹.

Consoante a originalidade lógica de KELSEN, as normas jurídicas encontram-se hierarquizadas dentro do ordenamento jurídico, de tal sorte que uma norma de escalão inferior jamais poderá sobrepor-se a uma norma hierarquicamente superior, devendo estar com esta última harmonizada, pois, caso contrário, comprometeria todo o ordenamento jurídico¹⁰.

O jus-filósofo RECASÉNS SICHES em sua obra clássica, concluiu que o problema da vigência e validade de todas as normas jurídicas resolve-se a partir da afirmação de que essas normas são necessariamente expressões da vontade do próprio Estado¹¹ “*entendida ésta como el centro común de imputación de todos los mandatos contenidos en el ordenamiento jurídico*”¹².

CANOTILHO anota que a Constituição é a fonte da produção normativa (*normae normarum*), devido a sua supremacia, o que conduz à sua *superioridade hierárquico-normativa* em relação a todas as outras normas do ordenamento. Desta superioridade, decorre que: a) as normas constitucionais formam uma *lex*

7. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 53.
8. “*O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior.*” in KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215
9. Nesse mesmo sentido: BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 624. “*As normas de direito encontram sempre seu fundamento em outras normas jurídicas.*”
10. “*Entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior, quer dizer, entre uma norma que determina a criação de uma outra e essa outra, não pode existir qualquer conflito, pois a norma do escalão inferior tem o seu fundamento de validade na norma do escalão superior. Se uma norma do escalão inferior é considerada como válida, tem de considerar-se como estando de harmonia com a norma do escalão superior*” in KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
11. “*No se diga que es inexacta la afirmación de que todas las normas jurídicas sean expresión de la voluntad del Estado*” in SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978. p. 282.
12. *Idem*, *Ibidem*, p. 283.

superior que fundamenta a sua validade em si mesma (*autoprímazia normativa*); b) as normas da Constituição são *normas de normas (normae normarum)*, sendo essas, fontes de produção jurídico-normativa para as demais; c) a superioridade das normas constitucionais geram o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição¹³.

A primeira distinção entre Constituição rígida e a flexível, foi feita por Lord Bryce criticando a tradicional classificação de *escritas* e *não-escritas*. Em todo caso, a consequência da Constituição escrita é a rigidez presumida e a hierarquia das leis, sendo que a primeira determina a criação da segunda¹⁴.

Todavia, é indispensável advertir que a supremacia constitucional somente se verifica, do ponto de vista jurídico-formal, com a existência da *rigidez* constitucional, a qual significa, nas lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, a “*imutabilidade da constituição por processos ordinários de elaboração legislativa. Sob este aspecto, trata-se de problema de natureza puramente formal, jurídica: só as constituições escritas entram neste conceito*”¹⁵.

Do *Princípio da Supremacia da Constituição* emana a rigidez constitucional conferindo maior grau de dificuldade para a alteração da Lei Maior do que para as demais normas infraconstitucionais. A respeito da rigidez constitucional, anota LUÍS ROBERTO BARROSO:

“A dicotomia entre Constituição rígida e Constituição flexível, por sua vez, não se confunde, mas se superpõe em larga medida, com a distinção entre Constituição escrita e não escrita. Diz-se flexível a Constituição cujo processo de reforma coincide com o modo de produção da legislação ordinária, inexistindo diferença formal entre norma constitucional e norma infraconstitucional (...).

Já a rigidez constitucional traduz a necessidade de um processo especial para a reforma da Constituição, distinto e mais complexo do que o necessário para a edição das leis infraconstitucionais, e que no caso brasileiro incluem quorum e procedimento diversos, além de limitações materiais e circunstanciais”¹⁶.

Consoante EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, a Constituição apresenta-se como um sistema preceptivo que emana do povo, como titular da soberania¹⁷,

13. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1074

14. POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 02

15. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 41.

16. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 152.

17. “*De fato, de um ponto de vista sociológico ou político, é possível afirmar que a soberania radica-se no povo ou na nação, mas, de acordo com uma perspectiva jurídica, ou seja, encarando-a como um direito, ela só pode ser exercida pelo Estado. No fundo, a soberania do povo ou da nação é a mesma do Estado,*

em sua função constituinte, advertindo que “*pero la Constitución no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior*”¹⁸.

Assim, a superioridade hierárquico-normativa das normas constitucionais só se verifica onde existam Constituições rígidas. Para CARLOS VALDER DO NASCIMENTO, o “*pressuposto basilar do Estado de Direito é seu vínculo de subordinação ao princípio da supremacia da Constituição, posto que está ligada à vontade estatal estruturada na sua concepção orgânica e assentada nos valores sociais, econômicos, jurídicos e culturais que lhe dão conformidade*”¹⁹.

Desse modo, verifica-se que a *rigidez* constitucional é *conditio sine qua non* para a eficácia e aplicabilidade do *princípio da supremacia da constituição*, sob o qual se erige a Teoria Geral do Controle de Constitucionalidade das Leis.

3. AS CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO

Dentre os diversos sentidos que se tem empregado à Constituição, fruto de profundos debates doutrinários ao longo da história, exsurge a grande indagação: Qual o melhor sentido que se deve conceber a Constituição, o sociológico, o político, o jurídico, ou o cultural?

Na concepção sociológica, a Constituição é fruto da própria realidade social, encontrando, nesta, a sua verdadeira origem. Pertencendo, portanto, ao mundo do *ser* e não do *dever ser*.

Nesse sentido, e consoante às lições de JOSÉ AFONSO DA SILVA, na senda de MEIRELLES TEIXEIRA:

“O sociologismo constitucional fundamenta-se nas seguintes afirmações: a) a constituição é primordialmente uma forma de ser, e não de dever ser; b) a constituição é imanência das situações e estruturas sociais do presente, que, para uma grande parte do pensamento do século XIX – e não somente para MARX –, se identificam com situações e relações econômicas; c) a Constituição não se sustenta numa norma transcendente, pois a sociedade tem a sua própria ‘legalidade’, que é rebelde à pura normatividade e não se deixa dominar por ela; o ser

*porém, apenas num segundo momento, que apresenta caráter eminentemente jurídico.” In LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 232.*

18. ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1985. p. 48.

19. NASCIMENTO, Carlos Valder do. “Coisa Julgada Inconstitucional” In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 09.

tem sua própria estrutura, da qual emerge ou à qual deve adaptar-se o dever ser; d) enfim, se, no que respeita ao Direito, a concepção racionalista da constituição gira sobre o momento de validade, a concepção sociológica o faz sobre a vigência considerada esta como praticidade e efetividade das normas, na verdade como eficácia social da regra jurídica”²⁰.

O maior representante do sociologismo constitucional é FERDINAND LASSALLE (*Breslau*, 1825-1863), contemporâneo de MARX (*Trier*, 1818-1883), e estiveram no mesmo lado durante a Revolução Prussiana de 1848.

O ideário sociológico de LASSALLE fora eternizado quando proferiu uma palestra em 1863 na antiga Prússia sobre a *Essência da Constituição*. Essa conferência foi reproduzida, nos mesmos termos, para o clássico “*A essência da Constituição*”²¹.

Para LASSALLE uma Constituição escrita só pode ser boa e duradoura “*quando esta constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país*”. Afirmando, que se a Constituição escrita, denominada *folha de papel*, não corresponder aos fatores reais de poder, ela sucumbirá perante a constituição real, denominada *forças vitais do país*²².

E assim conclui LASSALLE sobre o que venha a ser a essência da Constituição:

“Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação.

Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos de Constituição? Com a Constituição Jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escreveremos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e, por conseguinte é punido.

Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos”²³.

KONRAD HESSE, no afã de responder a LASSALLE, escreveu *A força normativa da Constituição (Die normative kraft der verfassung)*, obra em que defende a

20. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 22-23.

21. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 33.

22. Idem, *Ibidem*, p. 33.

23. Idem, *Ibidem*, p. 17-18.

preservação e o fortalecimento da força normativa e da vontade de Constituição. Nesse sentido concluiu HESSE que:

“Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós”²⁴.

A concepção política de Constituição é preconizada por CARL SCHMITT, o qual a considera como uma *decisão política fundamental*. Assim, para o *decisionismo político*²⁵, a essência da Constituição não se acha numa lei ou ato normativo, mas sim, numa *decisão política do titular do poder constituinte*, qual seja, o povo na democracia, ou o monarca na monarquia pura²⁶.

A concepção jurídica de Constituição nasceu juntamente com o constitucionalismo moderno e está vinculada a idéia do – *laissez faire* –, Estado Liberal. Nessa concepção, cujo expoente maior é HANS KELSEN, a Constituição pertence ao mundo do *dever ser* (formal) e não do *ser* (informal).

Segundo KELSEN, *o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma*²⁷, que em último grau hierárquico é denominada *norma fundamental hipotética*. E acrescenta o mestre de Viena:

“Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; quando – no último caso – o indivíduo ou a assembléia de indivíduos que instituíram a Constituição sobre a qual a ordem jurídica assenta são considerados como autoridade legislativa. Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada

24. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991. p. 32.

25. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 27-28.

26. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional, 1996.

27. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 215.

como constituição em sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido lógico-positivo”²⁸.

O outro sentido empregado por KELSEN à Constituição é o *jurídico-positivo*, onde esta se equivale à norma suprema, ocupando o cume da pirâmide das normas jurídicas não-pressupostas. O grande mérito da Teoria Pura do Direito é ter revelado a natureza do *dever ser* da norma jurídica. Entretanto, deve-se ressaltar que o *positivismo* exacerbado, com o seu formalismo excessivo, não se coaduna com o fenômeno multifário jurídico, mormente no campo do Direito Constitucional, permeado de influências sociais, políticas e culturais.

A concepção cultural da Constituição, parte da afirmação do Direito como um *objeto cultural*. Assim, a cultura constitui uma *unidade organizada* material ou espiritualmente (economia, técnica, ciência, arte, usos e costumes, Direito, moral, religião) que interagem entre si formando um sistema.

HERMANN HELLER destaca a importância dos fatores culturais para a idéia de Constituição total quando aduz que: “*Estos factores naturales y culturales tienen para la Constitución del Estado una gran importancia, tanto constructiva como destrutiva; pero la Constitución no normada es solo un contenido parcial de la Constitución total*”²⁹.

Nessa linha de intelecção – de sentido cultural –, MEIRELLES TEIXEIRA, define a Constituição como *expressão da cultura total, em determinado momento histórico*; e como um “*elemento configurante das demais partes da Cultura influndo sobre a evolução cultural com determinados sentidos ou, como diz Burdeau, a Constituição vincula o poder à idéia de Direito, impondo-lhe exigências e diretrizes para a sua ação*”³⁰.

Essa concepção cultural de Constituição é sem dúvida a melhor que desponta na doutrina, considerando que reúne e explora aspectos relevantes das concepções política, sociológica, e jurídica de Constituição. Tais sentidos são partes de um todo, não podendo, ser tratadas como compartimentos estanques.

4. NOÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE

A noção de inconstitucionalidade decorre também do *princípio da supremacia da constituição*, ou seja, do fato da Constituição ocupar o topo da pirâmide do

28. Idem, Ibidem, p. 221-222.

29. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica / cfe, 2002. p. 319.

30. TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991. p. 77.

ordenamento jurídico. A inconstitucionalidade é o resultado do conflito de uma norma ou de um ato hierarquicamente inferior com a Lei Maior, a qual pode advir de *ação* ou *omissão*.

A inconstitucionalidade por *ação* é aquela que resulta de atos administrativos ou legislativos que violam no todo ou em parte regras ou princípios da Constituição. JOSÉ AFONSO DA SILVA observa que o fundamento da inconstitucionalidade por *ação* está no fato de que “*do princípio da supremacia da constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a constituição*”³¹.

A inconstitucionalidade por *omissão*, por outro lado, decorre da inércia ou silêncio dos órgãos do Poder Público, que deixam de praticar ato exigido pelo Texto Maior, no intuito de torná-lo aplicável. Todavia, JORGE MIRANDA adverte que estes conceitos de *ação* e *omissão* são operacionais, quando ligados aos órgãos do poder, sustentando, ainda, que não é inconstitucional qualquer desconformidade com a Constituição³².

Outra classificação das modalidades de inconstitucionalidade é a da *inconstitucionalidade formal e orgânica*, e a *inconstitucionalidade material*. Inconstitucionalidade orgânica é aquela decorrente de vício de incompetência do órgão que inaugura o processo legislativo, ou que produz a lei ou ato normativo. Já a formal propriamente dita ocorre quando o órgão que produz o ato não segue o procedimento legislativo fixado na Constituição. MERLIN CLÈVE afirma ser desnecessário lembrar que no Brasil, a inconstitucionalidade formal avoca “*uma dimensão superlativa, na medida em que a Constituição Federal incorpora uma série de dispositivos de natureza regimental, disciplinando de modo quase minucioso o processo legislativo*”. Assim, a distribuição de competências – incluindo a legislativa –, entre os entes federativos (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), torna a problemática ainda mais relevante³³.

Já a inconstitucionalidade material, é aquela que “*reporta-se ao conteúdo do ato normativo*”³⁴. Logo, quando uma lei ou ato normativo não for compatível com a disciplina dada por uma norma constitucional, padecerá do vício de inconstitucionalidade material.

31. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 47.

32. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Editora Coimbra, 1985. p. 274.

33. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000. p. 41.

34. Idem, *Ibidem*, p. 42.

CELSO RIBEIRO BASTOS anota que a norma que infringir a Constituição, quer quanto ao seu aspecto formal, quer quanto ao aspecto material, deve, “*em nome do princípio da validade da norma em função da sua adequação à norma hierárquica superior, conclui-se que toda norma infringente da Constituição é nula, írrita, inválida, inexistente*”³⁵.

Dessa forma, uma norma constitucional eivada de inconstitucionalidade deve ser expurgada do ordenamento jurídico.

5. NOÇÕES SOBRE JURISDIÇÃO

Partindo das diversas definições sobre a jurisdição, decorrente do latim *iuris dictio*, que significa *dizer o direito*, as mais importantes discussões ocorreram justamente na Itália, por decênios, devido ao duelo dialético travado entre CHIOVENDA e CARNELLUTI. O primeiro define a jurisdição como sendo a “*função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*”³⁶. Para CARNELLUTTI, a jurisdição deve ser definida como a função que busca a “*justa composição da lide*”³⁷.

Para LIEBMAN, essas duas definições podem ser consideradas complementares, visto que a primeira representa uma visão puramente jurídica do conteúdo da jurisdição, estabelecendo a relação entre lei e jurisdição, ao passo que a segunda considera a atuação do direito como meio para atingir uma finalidade ulterior, qual seja, a composição do conflito de interesses, procurando, assim, captar o conteúdo efetivo da matéria à qual a lei vem aplicada e o resultado prático, sob o aspecto sociológico, a que a operação conduz³⁸.

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, na senda de CHIOVENDA, define a função jurisdicional como “*a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática*”³⁹. Para DIDIER

35. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 626-627.

36. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998.

37. CARNELLUTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Servanda, 1999.

38. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos, 2003.

39. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 69.

JR., a jurisdição “*é a realização do direito, por meio de terceiro imparcial, de modo autoritativo e em última instância*”⁴⁰.

A função jurisdicional tem por característica a definitividade, ou seja, as decisões não são submetidas ao controle de outros poderes. Sendo assim, por ser uma atividade exclusiva do Estado, através da atividade jurisdicional, o juiz não pode negar-se a julgar ou solucionar um problema, ainda que não exista norma que trate do tema. Esse é o princípio da proibição do *non liquet*.

Esse princípio faz justiça à plenitude do princípio da proteção legal, que por sua vez, corresponde à competência universal do sistema jurídico para todas as questões de direito. Além disso, deve-se levar em consideração que não há como se prever positivamente todos os casos concretos. Desse modo, não existem lacunas no direito, mas sim, problemas de decisão não regulamentados por lei.

Desse modo, o sistema não pode operar somente com uma lógica puramente dedutiva. Não há jurisprudência mecânica. Os Tribunais devem, assim, interpretar, construir, e, se for a questão, distinguir os casos para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto à sua consistência frente ao direito vigente.

Em suma, o juiz vê-se coagido a tomar uma decisão e fundamentá-la (proibição *non liquet*). Portanto, torna-se imprescindível ao magistrado ter a liberdade de construção do direito e pela sua função interpretativa (criatividade judicial) vir a tomar uma decisão definitiva.

Sobre essa característica da função jurisdicional, importa destacar o pensamento de NIKLAS LUHMANN⁴¹ sintetizado por DIDIER JR.⁴² no sentido de que: *a) Somente os tribunais, no exercício da função jurisdicional, têm a obrigação de decidir todo e qualquer caso que lhe for submetido, haja ou não previsão legislativa expressa que o regule, sendo vedado o non liquet; b) A decisão do órgão jurisdicional é a última, porquanto não possa ser submetida ao controle de nenhuma outra função estatal – a jurisdição é a última forma de controle social; c) Porque é obrigado a decidir qualquer conflito, o órgão judicial tem o poder de criar a regra jurídica do caso concreto – tem, pois, poder de criação de norma jurídica; d) As decisões judiciais, porque últimas, precisam ser indiscutíveis (coisa julgada).*

40. DIDIER JR. Fredie. Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.

41. LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990.

42. DIDIER, Fredie Jr. Direito Processual civil. 5º ed. v. I. Salvador: Edições Juspodivm, 2005. p. 80.

6. PRESSUPOSTOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Dentre os pressupostos da jurisdição constitucional, a doutrina⁴³ aponta: a) a existência de uma Constituição formal; b) a existência de uma Constituição rígida e suprema; c) a previsão de um órgão competente para o exercício da atividade.

A fiscalização de constitucionalidade requer a existência de uma Constituição formal e escrita, compreendida como instrumento jurídico, posto que as denominadas Constituições costumeiras ou não-escritas não dispõem de um controle de constitucionalidade. Contudo, sobre as Constituições escritas adverte KONRAD HESSE, que “a vinculação à Constituição escrita não exclui o Direito Constitucional não-escrito”⁴⁴ e conclui o mestre de Freiburg que “a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional”⁴⁵.

Contudo, HERMANN HELLER ressalta que “la Constitución moderna no se caracteriza, sin embargo, propriamente por la forma escrita, sino por el hecho de la estructura total del Estado deba ser regulada em un documento escrito único”⁴⁶.

Por Constituição formal ou escrita, entende-se aquele documento normativo superior, elaborado por um órgão exercente do Poder Constituinte. Já a Constituição costumeira, é aquela construída ao longo do tempo, difusamente por meio da força dos costumes e cristalizada pela história. MERLIN CLÈVE observa que a tendência das Constituições costumeiras, com o passar do tempo, é serem reduzidas à forma escrita, de “modo que a expressão gráfica da normativa constitucional não evidencia critério suficiente para a discriminação de ambas as categorias”⁴⁷.

A Constituição, portanto, deve ser compreendida como a norma jurídica fundamental, rígida e suprema⁴⁸. Por esse motivo, é impraticável o controle de constitucionalidade nos países que adotam as constituições flexíveis e inconcebível

43. Cf. Clèmerson Merlin Clève in *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, e Celso Ribeiro Bastos in *Curso de Direito Constitucional*.

44. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 44.

45. Idem, *Ibidem*, p. 419.

46. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica / CFE, 2002. p. 342-343.

47. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 29-30.

48. Idem, *Ibidem*, p. 30.

onde não se aplique o princípio da supremacia da constituição o qual depende da rigidez constitucional⁴⁹.

Desse modo, verifica-se que a Supremacia da Constituição é dependente do princípio da rigidez constitucional. Entretanto, tal princípio – por si só –, não é capaz de assegurar a Supremacia da Constituição. Assim, a tarefa da jurisdição constitucional para HESSE, “*é, em casos de Direito Constitucional controvertido ou violado, se decidir autoritariamente sob recurso, seja na relação entre órgãos da federação, entre estados, entre federação e estados ou na relação entre estado e cidadão; jurisdição constitucional serve exclusivamente à conservação da Constituição*”⁵⁰.

Por último, para o exercício da jurisdição constitucional, é necessária a existência de um órgão fiscalizador. Esse órgão tanto pode exercer a fiscalização mediante a função jurisdicional, ou ainda, com a função política. No Brasil, inobstante qualquer juiz ou tribunal exercer, pela via difusa, o controle de constitucionalidade das leis, o poder de fiscalização é conferido constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal.

7. CONCEITO DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Exsurge então a necessidade de se delimitar a questão da jurisdição constitucional. Nesse sentido, a jurisdição deve ser abalizada consoante a natureza do conflito. Portanto, quando o conflito cuidar de *matéria de natureza constitucional*, ou seja, aquele que tem por finalidade a guarda da Constituição através da fiscalização da constitucionalidade das leis ou atos normativos, certamente a jurisdição é Constitucional.

Consoante às lições de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, a jurisdição constitucional “*é aquela função jurisdicional exercida para tutelar, manter e controlar a supremacia da Constituição, pouco importando o órgão jurisdicional que a exerça*”⁵¹. Nessa mesma linha de inteligência, BARACHO aduz que a jurisdição constitucional é entendida como a atividade jurisdicional que possui o escopo de verificar a consonância das normas de hierarquia inferior, leis e atos normativos, com a Constituição, “*desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os*

49. Idem, Ibidem, p 32.

50. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 420.

51. CUNHA JR. Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*, p. 376.

*órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade”*⁵².

Ao analisar a jurisdição constitucional no Tribunal Constitucional Federal Alemão (*Bundesverfassungsgericht*), KONRAD HESSE sustenta que a jurisdição da ordem constitucional caracteriza-se pelas amplas funções de proteção jurídica e controle de constitucionalidade conferidas ao Tribunal. Tal ampliação ultrapassa o tradicional quadro da jurisdição constitucional de forma a conferir ao Poder Judiciário, o poder de fiscalização, e o de manter o equilíbrio da ordem constitucional e entre as demais funções do Estado⁵³.

Desse modo a jurisdição constitucional consiste na atividade jurisdicional estatal que possui a finalidade de exercer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em caso de inconstitucionalidade por ação ou omissão, mantendo-se a Supremacia da Constituição.

8. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA

A implementação da jurisdição constitucional encontrou uma resistência histórica por força do princípio da soberania do monarca e posteriormente por força da soberania popular representada pelo Parlamento, que, na qualidade de representante do povo, não poderia estar submetido a qualquer tipo de controle externo.

Na Alemanha travou-se um intenso debate no intuito de se descobrir a quem caberia a guarda da Constituição. Em 1931 o eminente jurista CARL SCHMITT publicou um livro intitulado *O guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung)*⁵⁴, nessa obra, defendeu-se a legitimidade exclusiva do Presidente do *Reich* – devido à sua representatividade –, para desempenhar o papel de guardião da Constituição, e, conseqüentemente negando tal função ao Judiciário.

Para SCHMITT, o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, transformaria o Judiciário num órgão legislador, desequilibrando todo sistema constitucional do Estado. A conclusão encontra seus fundamentos justamente na concepção política⁵⁵ que o referido pensador alemão tinha de Constituição.

52. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 97.

53. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 419-420.

54. SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

55. Sobre a concepção política de Constituição, conferir item 3, do presente estudo.

Todavia, ainda em 1931, KELSEN publicou uma resposta direta a SCHMITT, em artigo intitulado *Quem deve ser o guardião da Constituição? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*. Em tal estudo, afirma-se que todo o escrito de SCHMITT ignora solenemente a possibilidade de uma violação da Constituição pelo Chefe de Estado ou pelo governo. Então, procedeu-se a seguinte indagação: “*Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?*”⁵⁶.

Mas a história parece ter dado razão a KELSEN, pois com a ascensão de Hitler ao Poder em 1933 – sem qualquer lesão à legalidade existente no sistema político de *Weimar* –, demonstrou-se, da pior forma possível, como um sistema Constitucional pode ser completamente destruído. Nesse sentido, Hitler – escória da humanidade –, intitulou-se “*o juiz supremo do povo alemão*” sustentando ainda que “*o verdadeiro líder (Führer) sempre é também juiz. Da liderança (Führertum) emana a judicatura (Richtertum)*”⁵⁷.

Portanto, para KELSEN a democracia só poderia ser garantida pelo Judiciário, como guardião da Constituição, por meio da jurisdição constitucional. Ressalte-se que a idéia kelseniana de democracia está relacionada com a *liberdade*, enquanto que para SCHMITT, a única idéia verdadeiramente democrática é a de *igualdade*. Tal discussão ganha relevo nos dias atuais, por conta das vantagens e riscos que jurisdição constitucional oferece à democracia.

De fato, a jurisdição constitucional não é essencial à democracia. Na Inglaterra e na Holanda, por exemplo, a democracia foi construída por conquistas históricas de seu povo, inexistindo, portanto, controle de constitucionalidade. Entretanto, a própria história mostra os riscos de um sistema sem um órgão neutro, capaz de decidir as questões mais relevantes, visto que os governos possuem uma tendência natural de usar o poder para impor as suas vontades políticas aos opositores. Daí a importância da garantia dos direitos fundamentais por um órgão neutro que exerça a jurisdição constitucional.

Um conceito de democracia não pode ser baseado tão somente na vontade da maioria, sob pena de se caracterizar um regime anti-democrático. Isso porque, numa democracia puramente majoritária, a vontade da maioria governa incondicionalmente, esmagando a vontade das minorias. Por isso, determinadas liberdades

56. KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 241-242.

57. PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 220.

públicas fundamentais não podem ser violadas, como por exemplo a liberdade de reunião⁵⁸ e associação para fins lícitos, ou a liberdade de informação e manifestação do pensamento. Tais liberdades garantem, no mínimo, a possibilidade de mudança em determinados regimes pseudo-democráticos.

Sobre o tema, DIETER GRIMM⁵⁹ observa que a jurisdição constitucional pode oferecer riscos à democracia, visto que o judiciário pode, em tese, afastar a vontade dos representantes do povo, eleitos para o Legislativo e Executivo, sem a mesma legitimidade democrática, e sem a mesma responsabilidade política perante o povo⁶⁰.

Após ponderar sobre os riscos e vantagens da jurisdição constitucional para a democracia, ressaltando, contudo, as vantagens da jurisdição constitucional, GRIMM conclui que o sistema judicial atua em condições diferentes, pois o seu distanciamento perante a sociedade em razão da não prestação de contas – em caso de decisões impopulares –, ou mesmo da falta de diálogo com a mesma, pode ser a maior virtude da jurisdição constitucional. Isso porque, o sucesso político não é parâmetro relevante aos juízes.

Desse modo, a autonomia do magistrado, acrescido de critérios profissionais, “*capacita a corte a insistir no respeito aos princípios das suas obrigações a longo prazo, pelo menos quando elas têm um fundamento constitucional*”⁶¹. Por isso, a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos – garantias inerentes à magistratura –, são fundamentais para garantir uma independência essencial à função jurisdicional.

Como bem observou LUÍS ROBERTO BARROSO “*o ideal democrático realiza-se não apenas pelo princípio majoritário, mas também pelo compromisso na efetivação dos direitos fundamentais*”⁶².

58. “*La liberté de réunion est, de toutes les libertés collectives, la plus élémentaire*” in RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977. p. 356.

59. Ex-juiz do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, Professor das Universidades de Berlim, Yale e New York.

60. “*O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o déficit de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso.*” In BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXI, Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 286.

61. GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito do Estado nº 4. BARROSO, Luiz Roberto. (coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 3-22.

62. BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, Rio de Janeiro: Renovar: 2003. p. 46-47.

Sobre a coexistência entre a democracia e *judicial review*, JOHN HART ELY, ressaltou a importância do Judiciário como instrumento de desbloqueio do processo democrático, garantindo, portanto, a participação das minorias⁶³.

Assim sendo, verifica-se que a jurisdição constitucional não é indispensável à democracia, no entanto, quando bem utilizada, apresenta-se como um poderoso instrumento capaz de fortalecer as instituições democráticas, impedindo que normas vinculadas à maioria, violem direitos fundamentais de minorias.

9. CONCLUSÕES

O presente estudo procurou desvendar os fundamentos basilares da *Jurisdição Constitucional*, partindo do postulado da supremacia da Constituição, de modo que pelo exposto nesse singelo texto, podemos dele haurir que:

A *rigidez* constitucional é *conditio sine qua non* para a aplicabilidade e eficácia do postulado da Supremacia da Constituição, sob o qual se fundamenta toda a teoria geral do controle de constitucionalidade das leis.

Dentre os sentidos de Constituição, a concepção cultural é sem dúvida a melhor que desponta na doutrina, tendo em vista que reúne e explora aspectos relevantes das concepções política, sociológica, e jurídica da Constituição que em verdade são partes de um todo, não podendo jamais ser tratadas como compartimentos estanques. Isso porque a ciência jurídica não é auto-suficiente, como pensou o Mestre de Viena. O Direito como objeto cultural, necessita de investigações *zetéticas*, isto é, no âmbito de outras ciências.

A inconstitucionalidade, também decorrente do princípio da supremacia da Constituição, consiste no resultado do conflito de uma norma ou ato hierarquicamente inferior com a Lei Fundamental, a qual pode advir de *ação*, quando resulta de ato que viola no todo ou em parte a Constituição, ou por *omissão*, quando os órgãos do poder público ficam inertes à vontade da Lei Maior.

A função jurisdicional como última forma de controle social deve decidir e definir todo e qualquer caso que lhe seja submetido, ainda que haja omissão legislativa – criatividade judicial –, por força do princípio da proibição do *non liquet*.

São pressupostos da jurisdição constitucional, a existência de uma Constituição formal, rígida e suprema, bem como a previsão de um órgão competente para o exercício da fiscalização de constitucionalidade das leis e atos normativos.

63. ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 115-119.

Nesse sentido, conclui-se que a jurisdição constitucional consiste na atividade jurisdicional estatal que possui a finalidade de exercer o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, em caso de inconstitucionalidade por ação ou omissão, mantendo-se a Supremacia da Constituição.

A jurisdição constitucional não é indispensável à democracia, no entanto, quando bem utilizada, apresenta-se como um poderoso instrumento capaz de fortalecer as instituições democráticas, impedindo que normas vinculadas à maioria, violem direitos fundamentais de minorias.

Inobstante as dificuldades para a efetivação da nossa Constituição, a nova dogmática constitucional brasileira, revela-se progressista e emancipatória. Procura não se desviar dos postulados constitucionais, tal como a interpretação conforme a Constituição⁶⁴, no afã de se efetivar a *força normativa da Constituição* (*Die normative kraft der verfassung*) preconizada por HESSE⁶⁵, para que a Carta Maior não se torne apenas uma *folha de papel* como advertia LASSALLE⁶⁶.

10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXXI, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *A Nova Interpretação Constitucional: Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*, Rio de Janeiro: Renovar: 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

64. “Consoante postulado do direito americano incorporado à doutrina constitucional brasileira, deve o juiz, na dúvida, reconhecer a constitucionalidade da lei. Também no caso de duas interpretações possíveis de uma lei, há de se preferir aquela que se revele compatível com a Constituição(…)” in MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 294.

65. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

66. LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARNELLUTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Servanda, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- _____. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2000.
- CUNHA JR. Dirley. *Controle judicial das omissões do poder público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DIDIER JR. Fredie. *Direito processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.
- ELY, John Hart. *Democracy and distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3ª ed. Madrid: Civitas, 1985.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución – de los antiguos a los modernos*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.
- GRIMM, Dieter. *Jurisdição Constitucional e Democracia*. Revista de Direito do Estado nº 4. BARROSO, Luiz Roberto. (Coord.), Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica / CFE, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.
- _____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos no Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- _____. *Globalização, Regionalização e Soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Tocantins: Intelectos, 2003.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.
- LUHMANN, Niklas. *A posição dos tribunais no sistema jurídico*. Revista da AJURIS. Porto Alegre: AJURIS, 1990.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1985.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NASCIMENTO, Carlos Valder do. “Coisa Julgada Inconstitucional” In: *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PORTO MACEDO JR., Ronaldo. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1977.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. México: Nacional, 1996.
- _____. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Editorial Porrúa, 1978.
- SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

XIV

ASPECTOS FÍSICOS E O CONSEQÜENTE ENTENDIMENTO JURÍDICO DOS CONTRATOS DE *SHOPPING CENTERS*

Milena Borges e Britto

Advogada; Aluna Especial do Mestrado em Direito Privado e Econômico da UFBA; Especialista em Direito Civil pelas Faculdades Jorge Amado.

RESUMO: O *shopping center* é modalidade de negócio jurídico marcado por um alto grau de autonomia contratual, que possibilita ao empreendedor estabelecer regras e obrigações unilaterais. Em face disso, recaem sobre o lojista, elevadas obrigações financeiras, tais como: pagamento de aluguel fixo, aluguel percentual, décimo terceiro aluguel, despesas rateáveis, contribuição para o fundo de promoções e propaganda (FPP), contribuição sindical para a associação de lojistas, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU), além das despesas advindas do consumo de água e energia elétrica. O presente trabalho objetiva analisar tal modalidade de empreendimento, apontando suas peculiaridades e apresentando o entendimento jurídico pátrio que lhe é conferido.

ABSTRACT: The shopping center is a type of business marked by a high level of autonomy,

which allows the entrepreneurs to establish one-sided rules and obligations. This results on high financial obligations that are assigned to the shopkeepers, such as payment of rent, percentage rent, thirteenth rent (or double rent), some divided expenses, contribution to the fund of promotions and advertising (FPP), union contribution to the association of shopkeepers, property tax on land (IPTU), and costs resulting in the consumption of water and electricity. This work aims to make an analysis on this type of enterprise, pointing their peculiarities and presenting the legal understanding that it is given in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: *shopping center*; estrutura; aspectos jurídicos.

KEYWORDS: shopping center, structure, legal aspects.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Por uma tentativa de conceituação – 3. Infra-estrutura – 4. Das peculiaridades: 4.1. *Tenant mix*; 4.2. Lojas âncoras e satélites – 5. Da relação contratual entre o lojista e o empreendedor proprietário do *shopping center*: 5.1. Pluralidades de contratos: 5.1.1. Do contrato entre o dono do *shopping* e uma empresa incumbida de administrar o empreendimento; 5.1.2 Do contrato entre o empreendedor e cada lojista tendo por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja: 5.1.2.1 Aluguel percentual; 5.1.2.2. Aluguel em dobro no mês de dezembro; 5.1.2.3 Fundo de Promoção e Propaganda (FPP); 5.1.2.4. Despesas rateáveis; 5.1.3. Do contrato de associação dos lojistas; 5.1.4. Do contrato contendo as normas disciplinadoras das participações no empreendimento ou regimento interno do condomínio – 6. À Guisa de conclusão – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

As relações econômicas travadas num sistema capitalista deram ensejo a uma sociedade voltada para a satisfação de necessidades cada vez mais numerosas, instituídas e reconstruídas pela própria engrenagem da economia de mercado. Soma-se a este modelo às inúmeras atribuições impostas pela vida moderna que estabelecem, frente ao pouco tempo disponível para executar tantas atividades, uma nova postura ao cidadão. Ao invés de enfrentar às dificuldades de trânsito nas grandes cidades para ir a lugares distintos consumir diferentes produtos e serviços, o indivíduo prioriza dirigir-se a um único espaço comercial, com amplo estacionamento, áreas de lazer, centros de alimentação, lojas varejistas das mais variadas, diferentes prestadoras de serviços, amplas ruas, praças, jardins, ambiente refrigerado e serviço de segurança. Tratam-se dos *shopping centers*, que, cada vez mais, vem atraindo um maior número de clientes e até hoje revoluciona e impulsiona os meios comerciais, através da movimentação de pessoas atraídas por uma série de facilidades e ofertas encontradas em um único ambiente, seguro e confortável, criado especialmente para aliar compras ao lazer.

Surgidos, no Brasil, na década de 60, o primeiro *shopping center* do Brasil foi o Iguatemi, em São Paulo. Em verdade, o primeiro foi o Méier, no Rio de Janeiro, concluído antes¹; no entanto, pelo porte desse empreendimento (o do Rio era muito pequeno quando foi inaugurado), muitos registram o Iguatemi como sendo o primeiro.

Os *shopping centers* tornaram-se pontos de encontro, de compras, de serviços e pólos de entretenimento. Essa modalidade de negócio vem seduzindo os consumidores pelo mundo devido a sua estrutura, que alia comodidade e bem-estar, oferecendo ao cliente conforto e rapidez de locomoção, características que se tornam imprescindíveis à vida de cada um dos habitantes das cidades. Para os usuários desse grande centro empresarial poderíamos citar algumas de suas vantagens, como a segurança, amplo estacionamento, garantia de uma clientela de alto nível, aumento do poder de escolha, lazer, maior motivação às compras e a possibilidade do comprador fazer um levantamento de preços entre os diversos estabelecimentos lá colocados, para então escolher o produto que mais lhe agrade, pelo menor preço.

Nos dizeres de Ives Gandra da Silva Martins (1991):

1. Informações disponíveis na enciclopédia virtual wikipédia, no site <<http://pt.wikipedia.org>> Acesso em 23 de agosto de 2007.

Os shopping centers são a natural conseqüência do crescimento das cidades e da também crescente necessidade de o comércio, em economia de mercado e competitividade, unir-se ao lazer. Realidade pertinente à mercancia moderna, objetiva ofertar ao usuário horas de satisfação, assim como de compras, em que as alternativas que lhe são apresentadas, terminam por lhe propiciar o usufruto de umas, de outras, ou de ambas.

Já o empresário que opta por um *shopping center*, ao invés de uma ‘loja de rua’, para exercer sua atividade de comércio, o faz instigado pela colaboração da entidade que lhe cede o espaço e lhe garante um público freqüentador cativo, o qual proporciona ao seu fluxo de vendas uma alta rotatividade. Alia-se a estes atributos, oferta de promoções, bem como segurança, característica última que, nos dias de hoje, infelizmente, se torna um diferencial cada vez mais significante.

Segundo levantamento feito pela Associação Brasileira de *Shopping Centers* (ABRASCE), a indústria de *shopping centers* conta hoje com 346 *shoppings*, estando 333 em operação e 13 em construção, o que representa, em volume de vendas, 18% do faturamento de todo o varejo nacional, excluídos os setores automotivo e de derivados de petróleo, alcançando R\$ 40,0 bilhões em 2005, contribuindo para a dinamização da economia ao gerar cerca de 488.286 empregos diretos².

O objetivo do presente trabalho é analisar tal fenômeno comercial mais pormenorizadamente, verificando suas características, traços marcantes, o sistema contratual que o estatui e o relaciona com seus lojistas, buscando também analisar sua interpretação em face da jurisprudência e doutrina reinantes.

2. POR UMA TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO

A palavra *shopping center* é vocábulo que, muito provavelmente, advém da língua inglesa, derivado do verbo ‘*to shop*’, que seria mais do que simplesmente comprar (‘*to buy*’), mas ‘ir às compras’.

Shopping center é um empreendimento, que agrupa múltiplos estabelecimentos comerciais, centralizados arquitetônica e administrativamente e que possui diversas características que o particulariza.

De acordo com conceito, mais minucioso, apontado pela ABRASCE, citado na obra de Maria Elisa Gualandi Verri (1996, p. 21), *shopping center* é:

um centro comercial planejado, sob administração única e centralizada, composto de lojas destinadas à exploração de ramos diversificados de comércio,

2. Informações disponíveis no site da ABRASCE: <<http://www.abrasce.com.br/apresentacaoIS.htm>> Acesso em 20 de dezembro de 2007.

e que permaneçam, na sua maior parte, objeto de locação, ficando os locatários sujeitos a normas contratuais padronizadas que visam à conservação do equilíbrio da oferta e da funcionalidade, para assegurar, como objetivo básico, a convivência integrada e que varie o preço da locação, ao menos em parte, de acordo com o faturamento dos locatários – centro que ofereça aos usuários estacionamento permanente e tecnicamente bastante.

Nesse raciocínio observa-se que *shopping* não é, simplesmente, a reunião de várias lojas, muitas até concorrentes, em um mesmo espaço. Conforme lição de Caio Mário da Silva Pereira (1984, p. 73), “o *shopping center* não é uma loja qualquer; não é um conjunto de lojas dispostas num centro comercial qualquer; não se confunde com uma loja de departamentos (*store magazine*), já inteiramente implantada em nossas práticas mercantis há algumas dezenas de anos”.

Nessa esteira, os Tribunais tem entendido ser necessário diferenciar ‘centro comercial’ de ‘*shopping center*’, que possui legislação própria e requisitos específicos para sua caracterização³.

Sob esse prisma, verifica-se claramente que os shoppings constituem-se num espaço estrategicamente estruturado, formado por uma pluralidade de lojas, regidas sob a égide de um contrato com características peculiares e específicas, organizadas de acordo com um planejamento antecedente, de modo a otimizar a concorrência, oferecendo bens e serviços para a satisfação das mais variadas necessidades do público em geral.

3. DA INFRA-ESTRUTURA

Lemke (1999) cita que, normalmente, um *shopping center* se caracteriza pela beleza arquitetônica e pelo fato de estar situado, preferencialmente nas cercanias das grandes cidades, contando com amplo estacionamento, áreas de lazer, centros de alimentação, lojas varejistas das mais variadas, diversas prestadoras de serviços, amplas ruas, praças, jardins, fontes, ambiente refrigerados e serviço de segurança. Contudo, essas são as características físicas e estruturais dos *shopping centers*, que são assim organizados com fito de atrair os consumidores em potencial pelo maior tempo possível.

Em relação à infra-estrutura oferecida pelos *shoppings*, vê-se que o mesmo deve comportar estacionamento, banheiros públicos, bebedouros, telefones públicos, praça de alimentação (interna), fraldários, entre outras, além de contar com um sistema de climatização que proporcione uma temperatura sempre agradável.

3. Veja-se: TJSC, 2ª Cam. Direito Civil, Rel. Des. Monteiro Rocha, Ap. Civ. n. 02.018436-0, de Brusque-SC, j. em 18.11.2004; TJSC, 2ª Cam. Direito Civil, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Ap. Civ. n. 2001.005378-0, de São José-SC, j. em 05.06.2003.

A respeito do tema, Fábio Ulhoa Coelho (1992, p. 336), assim explicita:

A idéia básica do negócio é por à disposição dos consumidores, em um local único, de cômodo acesso e seguro, a mais variada sorte de produtos e serviços. Assim, as locações devem ser planejadas, atendendo às múltiplas necessidades do consumidor. Geralmente, não podem faltar em um *shopping center* certos tipos de serviços (correios, bancos, cinemas, lazer, etc.) ou comércios (restaurantes, lanchonetes, papelarias, etc.), mesmo que a principal atividade comercial seja estritamente definida (utilidades domésticas, moda, material de construção, etc.), pois o objetivo do empreendimento volta-se a atender muitas das necessidades do consumidor. É esta concentração variada de fornecedores que acaba por atrair maiores contingentes de consumidores, redundando em benefício para todos os negociantes.

Outra característica arquitetônica marcante desse tipo de empreendimento é que o mesmo não possui lojas voltadas para a rua, estando suas lojas (principalmente as chamadas lojas âncoras ou magnéticas), voltadas para o interior do prédio e para os corredores. Esses corredores e galerias são interligados, formando o que chamamos de corredor de clientela. São nesses caminhos de circulação onde transitam os consumidores, que passeiam por diversos estabelecimentos, apreciando suas vitrines e que são facilmente atraídos pelos produtos e serviços ali oferecidos. Quanto maior a circulação, maior a quantidade de lojas visualizadas pelos consumidores. Desse modo, percebe-se que não é por acaso que, muito comumente, as escadas rolantes e as já citadas lojas âncoras situam-se nas extremidades do empreendimento. Para um leigo, essa estrutura que obriga os usuários dos *shoppings* a percorrer grandes distancias para chegar a uma loja seria um ‘erro de projeto’, contudo, mais do que isso, é uma sábia idéia de um grande arquiteto.

4. DAS PECULIARIDADES

4.1. *Tenant mix*

Como já mencionado, os *shopping centers* são fruto de um planejamento mercadológico prévio e continuamente elaborado pelo empreendedor, atrelado a uma estrutura logística peculiar, que diferencia tais empreendimentos de um mero aglomerado de lojas. É, exatamente, dessa noção que se extrai um traço marcante do contrato de *shopping center*: o *tenant mix*.

O *tenant mix*, termo inglês que significa ‘combinação de locatários’, é o resultado final desse estudo de mercado, consubstanciado num complexo de lojas arranjadas de maneira harmoniosa dentro de um espaço comercial determinado, em função das diferentes atividades mercantis desempenhadas, com fito de organizar a competição empresarial, aumentando o afluxo de clientes e o volume das

vendas, gerando uma convivência lucrativa, tanto para os lojistas, quanto para o dono do *shopping*. Assim, o *tenant mix* (ou simplesmente *mix*) das lojas decorre da convivência ordenada de todos os lojistas, de modo que haja complementação e variedade, ao invés de concorrência.

Sobre esse aspecto Ladislau Karpát (1993) aponta que quando um comerciante ingressa em um *shopping center*, dentre todas as particularidades que cercam este empreendimento, conta com mais esta, ligada à ordem geral, e com a qual concorda. Se o empreendedor, por ocasião do planejamento do *shopping center*, não procurar resguardar um certo critério de distribuição das lojas, poderá criar uma concorrência interna e desleal entre os próprios lojistas, levando, o negócio como um todo, ao fracasso. O *mix* é, por assim dizer, o ponto de equilíbrio coletivo.

Lapidar nesse sentido o entendimento expendido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, acerca da impossibilidade de alteração do *mix* pelo lojista, sem a anuência do proprietário do shopping ou da associação, retratado na ementa abaixo transcrita:

CAUTELAR INOMINADA. ALTERAÇÃO NO RAMO DE NEGÓCIO DE LOJA LOCALIZADA EM *SHOPPING CENTER*. IMPOSSIBILIDADE. DESRESPEITO AO CONTRATO.

Sendo o contrato de locação de loja em *shopping center* de natureza diferente dos contratos de locação não residencial comuns, as condições e limitações estabelecidas têm força de norma cogente entre as partes, inclusive quanto à localização da loja e seu ramo de negócio, não podendo ser desrespeitado sem anuência expressa da administração ou da associação de lojistas, sob pena de romper o equilíbrio global.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação Cível n. 54.375-3. Terceira Câmara Cível. Acórdão n. 3926. Relator: Des. Manoel Moreira. Julgado em: 16 fev. 2000).

Frisa-se que a distribuição das lojas (*tenant mix*) no centro comercial pode ser díspar a depender do ramo de atividade a ser exercida. Um exemplo disso é o caso de uma loja de roupa feminina e de uma farmácia. Pode ser que um mesmo *shopping center* comporte 40 lojas de roupas femininas, afinal, sabem, em especial as mulheres, que uma blusa azul pode ter diferentes modelos, texturas, tonalidades, marcas, preços, cortes e acabamentos. Assim, apesar das 40 lojas citadas, porventura, possuírem, a mesma mercadoria (blusa azul), elas são bem diferentes umas das outras, pois pode ser que àquela que atraia uma determinada pessoa, não seduza outra. O mesmo não ocorre com uma farmácia. Sabe-se que os medicamentos ali vendidos são idênticos aos de qualquer outra loja do ramo, de modo que se um consumidor deseja comprar uma aspirina, irá encontrá-la

em qualquer uma das 40 drogarias e, pior, com a mesma faixa de preço, já que os medicamentos são tabelados. Desse modo, é perfeitamente razoável que não existam 40 farmácias num mesmo *shopping*, pois tal prática, por certo, iria saturar o *mix*, vindo a prejudicar a todos do ramo, mas é algo plausível em se tratando de estabelecimentos de venda de roupa feminina.

Noutra quadra, esclarece que a manutenção de um *tenant mix* harmonioso é obrigação bilateral entre lojista e empreendedor. Isso porque, em relação ao proprietário do *shopping*, o mesmo possui a obrigação de alcançar um arranjo ideal da localização e distribuição de atividades dos lojistas, promovendo o perfeito equilíbrio de mercado prometido. Em contrapartida, os lojistas devem respeitar a ordenação existente e somente comercializar aqueles produtos e serviços descritos no contrato previamente celebrado entre as partes. Tudo isso para o alcance da finalidade econômica precípua dessa espécie de centro de compras: potencializar a geração de lucros das empresas ali estabelecidas, a partir de um planejamento mercadológico ininterrupto.

Para corroborar o quanto dito acima, segue-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, esposado na ementa ora adunada:

COMERCIAL. SHOPPING CENTER. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE NA COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO PELO LOJISTA (MIX). DESRESPEITO PELO INCORPORADOR-ADMINISTRADOR. DESVIRTUAMENTO DO OBJETO DO CONTRATO (RES SPERATA). PAGAMENTO PARCIAL DO PREÇO DE COMPRA DA LOJA. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO ALEGADA PELO LOJISTA. POSSIBILIDADE. ART. 1.092 DO CÓDIGO CIVIL/1916 E ART. 476, DO CÓDIGO CIVIL/2002.

- O lojista pode deixar de efetuar o pagamento total do preço do contrato de promessa de compra e venda de loja situada em *shopping center*, se o incorporador-administrador descumpra sua obrigação de respeitar a cláusula de exclusividade na comercialização de determinado produto pelo lojista (*mix*), permitindo que loja âncora venda o mesmo produto vendido pelo lojista. Trata-se de aplicação do art. 1.092 do Código Civil/1916 (art. 476, do Código Civil atual).

- Tratando-se de *shopping center*, o incorporador-administrador, além de ter a obrigação de entregar a loja num ambiente com características comerciais pré-determinadas no contrato assinado com o lojista (*tenant mix*), não pode alterar tais características depois de instalado o *shopping*, isto é, durante todo o período de vigência do contrato entre lojista e empreendedor, sob pena de desvirtuamento do objeto do contrato (*res sperata*).

Recurso especial conhecido e negado provimento.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 764901. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 10 out. 2006).

4.2. Lojas âncoras e satélites

Há uma rigorosa seleção das lojas que irão compor o *tenant mix*, de modo que as lojas em *shoppings* são divididas em três espécies: âncoras (ou magnéticas), satélites (ou mini-âncora) e lojas de pequenos empresários. As lojas âncoras são, por exemplo, os grandes magazines ou supermercados. São pessoas jurídicas de grande porte, já consagradas no mercado, que possuem clientela cativa, e por isso atraem com maior facilidade os consumidores ao empreendimento. Já as lojas satélites são aqueles estabelecimentos de menor porte que as lojas magnéticas, mas que obtiveram êxito em seu setor, só que em menor escala. Por último, preenchem-se os espaços restantes com pequenos comerciantes, os quais se beneficiam dos clientes potenciais atraídos pelos outros dois tipos de lojas.

5. DA RELAÇÃO CONTRATUAL ENTRE O LOJISTA E O EMPREENDEDOR PROPRIETÁRIO DO *SHOPPING CENTER*

5.1. Pluralidades de contratos

A relação contratual entre o lojista e o empreendedor proprietário do *shopping center* é tema controvertido. Doutrina e jurisprudência há muito discutem sobre a natureza jurídica desse tipo de contrato, sem que se tenha alcançado um consenso. Em posição encabeçada por Orlando Gomes (1984), seguida Maria Elisa Gualandi Verri (1996), a relação entre empreendedor e lojista é entendida como mista. Esse é também o entendimento de Álvaro Villaça Azevedo, que em consulta feita pela BRASCAN – Empresa de *Shopping Centers* acerca da natureza jurídica do contrato de utilização de unidade autônoma de *shopping centers*, opina ser essa modalidade de contrato formada com elemento típico (contrato de locação) e com outros elementos atípicos⁴.

Com opinião similar, Rubens Requião (1984) vê na relação jurídica entre o empreendedor e o lojista uma coligação de contratos, dentre os quais o de locação.

Francisco Carlos Rocha de Barros (1995), por sua vez, expressa sua perplexidade quanto ao enquadramento dos contratos de *shopping centers* na lei de locações de prédios urbanos, sustentando que esse tipo de relação resulta em contratação complexa, difusa e atípica.

A jurisprudência pátria caminha no sentido de que “os contratos de locação de espaços em *shopping center* são contratos atípicos, ensejando locação de bens e

4. Parecer intitulado de “Atipicidade mista do contrato de utilização de unidade em centros comerciais e seus aspectos fundamentais”. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=405&p=1>> Acesso em 15 de setembro de 2007.

serviços” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial n. 178908/CE. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Julgado em: 12 set. 2000).

Por fim, Caio Mário da Silva Pereira (1984), Fábio Ulhoa Coelho (1992) e Sylvio Capanema de Souza (1993) prestigiam o entendimento da doutrina mais aceita, que considera de natureza locatícia a relação entre o empreendedor do *shopping center* e o empresário que nele se estabelece. Contudo, ressaltam que este contrato de locação terá condições especiais, em face da peculiaridade do negócio. É, então, contrato de locação, embora revestido de cláusulas especiais, principalmente no que diz respeito à remuneração devida pela lojista ao empreendedor.

Tendo em vista que no Brasil ainda não existe legislação específica para regulamentar os *shopping centers*, impera o quanto regulamentado na Lei de Locações, que afirma abarcar tal instituto e disciplina, no art. 54, que prevalecerão as condições livremente pactuadas nos respectivos contratos. Isso implica em dizer que vale a regra *pacta sunt servanda*, cabendo às partes da relação contratual definirem os termos a que estarão sujeitas.

Indubitavelmente, a relação entre lojista e o empreendedor dessa modalidade de centro comercial é constituída por diversos contratos e regulamentos coligados internamente, consistentes o bastante para prover ambas as partes com os necessários direitos e suas correlatas obrigações.

Todos os contratos são padrão. Ao firmar vários contratos, o lojista assume obrigações peculiares, que limitam sua liberdade na exploração da atividade que pretende desenvolver e também condicionam o funcionamento do seu comércio a determinadas regras e normas, tais como: horário de funcionamento, contribuição para a manutenção dos espaços comuns, participação nas promoções coletivas de vendas, padrão dos produtos oferecidos, aprovação do projeto e *layout* da loja, bem como para seu prazo de execução, integrar a associação dos lojistas, penalidades para descumprimento das obrigações, etc. Também é atribuído poder de fiscalização ao proprietário do *shopping* e à associação de lojistas. É fácil compreender que todos esses contratos e regimentos, que tem suas cláusulas impostas unilateralmente pelo empreendedor, são contratos de adesão, faltando apenas o requisito da inevitabilidade. Nesses contratos encontram-se figuras atípicas, sem previsão legal, como, por exemplo, aluguel percentual, aluguel mínimo e aluguel em dobro nos meses de dezembro.

É oportuno gizar as palavras de Fábio Konder Comparato (1995, p. 23) que assevera:

Vale dizer, o centro comercial tem a sua clientela própria, atraída pelo agrupamento de lojas e não por esta ou aquela em particular. Estamos, portanto,

diante de uma autêntica universalidade de relações jurídicas, unificadas pelo escopo comum da exploração conjunta do centro comercial. O instrumento de constituição dessa universalidade de direito é o contrato grupal, figura nova no conjunto das categorias jurídicas. Não se trata, como no contrato plurilateral, de uma única relação englobando duas ou mais partes, reunidas em torno do escopo comum. O contrato de grupo tem uma estrutura bilateral e até sinalagmática, comportando o intercâmbio de duas prestações. Mas ele só existe coligado a outros contratos da mesma espécie, nos quais aparece sempre a mesma parte, como elemento unificador do conjunto. O agrupamento contratual é, portanto, condição de realização do interesse econômico de cada um dos contratantes agrupados.

Em princípio, estão presentes as seguintes avenças: contrato entre o empreendedor e cada lojista tendo por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja, contrato de associação dos lojistas, contrato entre o dono do *shopping* e uma empresa incumbida de administrar o empreendimento, contrato contendo as normas disciplinadoras das participações no empreendimento e/ou regimento interno do condomínio.

5.1.1. Do contrato entre o dono do *shopping* e uma empresa incumbida de administrar o empreendimento

O *shopping center* é um estabelecimento, pertencente a um empreendedor (ou grupo de empreendedores) sendo este o único proprietário de todas as unidades. O dono desse tipo de centro comercial tem a administração única e centralizada das lojas, que formam um todo incindível, devendo a locação ser única e exclusivamente de uso comercial.

Tal como ocorre em relação a alguns condomínios, a administração do empreendimento, em geral, se fará por empresa especializada, à qual normalmente são dados poderes de representação, que buscará gerenciar o negócio com fito de atingir o sucesso do empreendimento como um todo, ou seja, trazer lucro tanto para o empreendedor, quanto para os comerciantes. Frisa-se que, o próprio empreendedor, na qualidade de maior interessado no êxito da sua empreitada, poderá optar por supervisionar e comandar, diretamente, seu empreendimento.

5.1.2. Do contrato entre o empreendedor e cada lojista tendo por objeto a ocupação remunerada do espaço-loja

Dentre esta intrincada relação contratual que se forma entre o proprietário do *shopping* e o lojista, destaca-se a forma de remuneração dada ao empreendedor pelo uso e gozo de um determinado espaço comercial por parte do lojista.

A *priori*, a situação aparenta ter simples solução, eis que ao lojista é cedida uma determinada área onde irá desenvolver suas atividades comerciais e, em contrapartida destinaria, apenas, uma determinada quantia mensal, em pecúnia, a ser repassada ao empreendedor, como acontece nas locações comerciais em geral. Contudo, tendo em vista as peculiaridades inerentes à constituição e ao funcionamento de um *shopping*, a maneira pela qual se estipulam os pagamentos mensais também se conduz de forma diferenciada.

5.1.2.1. Aluguel percentual

Primeiramente, em sendo a relação existente, basicamente, uma locação, resulta, inevitavelmente, no pagamento de um aluguel. Porém, em face de toda a já citada infra-estrutura que o empreendedor coloca à disposição do lojista (que atrai à clientela para o seu estabelecimento), soma-se ao aluguel uma parcela a mais, um *plus* variável, que é um percentual sob o faturamento da atividade comercial exercida.

O aluguel percentual é um dos traços mais marcantes dos *shopping centers*. Quanto melhor for o empreendimento, maior será o retorno do empreendedor. Desse modo, mensalmente, o lojista/locatário, deverá remunerar o empreendedor/locador pela locação do espaço comercial com uma quantia fixa (aluguel fixo), determinada a partir de uma série de fatores, tais como, tamanho da loja, benfeitorias e localização (proximidade de cinemas, praças de alimentação, pavimento, etc.); e ainda com uma quantia variável (aluguel percentual), calculado pela aplicação de uma determinada alíquota, preestabelecida contratualmente, incidente sobre o valor do faturamento bruto mensal da atividade comercial exercida pelo lojista. Em geral, essa quantia varia de 4% à 12% dependendo do *shopping*, do empreendedor e do tipo de loja, já que as lojas âncoras têm um percentual bem menor em comparação às lojas satélite ou magnéticas e essas em relação aos pequenos empresários.

Frisa-se que existem alguns contratos de *shopping center* que estabelecem, ao invés de uma somatória de um aluguel percentual com um aluguel variável, uma alternância, ou seja, ou o lojista gratifica o empreendedor com um aluguel percentual ou com um chamado aluguel mínimo, o que for maior. Prevalecerá, assim, o que alcançar maior índice, ou seja, aquele em que predomine o quantitativo mais alto: se for o valor percentual do faturamento bruto obtido pela loja, será este o devido; se for o aluguel mínimo corrigido, então este é que prevalecerá.

Mister se faz ressaltar que, apesar de ter sua legalidade muitas vezes questionada, tal cláusula é perfeitamente legal, ante a ausência de legislação regulamentadora e por estar prevista contratualmente. Esse é, inclusive, o entendimento

esposado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme se depreende da ementa transcrita:

SHOPPING CENTER. LOCAÇÃO. ALUGUEL VARIÁVEL E MÍNIMO. SUSPENSÃO DESTE. AÇÃO CAUTELAR. LIMINAR. INJURIDICIDADE.

Estabelecido, em contrato de locação de área de *shopping center*, parte variável do aluguel, em correspondência ao faturamento da locatária, e parte mínima fixa, não pode ser esta suspensa, através de liminar, em ação cautelar inominada, que se revela injurídica porque malferida cláusula livremente celebrada.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Agravo regimental n. 52.120-0/00. Acórdão n. 16102. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Amadiz Barreto. Julgado em: 16 out. 2001. Provimento Unânime).

É também o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Locação de imóveis. *Shopping Center*. Despejo cumulado com cobrança. Procedência parcial. Legalidade da fixação do aluguel em percentual do rendimento bruto mensal da unidade locada e da exigência de apresentação do respectivo demonstrativo. Juros moratórios de 1% desde o vencimento de cada aluguel, e não a partir da citação. Obrigação positiva e líquida. Eficácia igualmente da estipulação da multa de 10% pelo retardo na satisfação dos aluguéis. Cláusulas suportadas pelo princípio da autonomia da vontade. Despesas condominiais - Desnecessidade de provar a previsão orçamentária e mesmo dos gastos. Presunção de regularidade pelo envio dos balancetes. Multa. Prevalência da convenção até a entrada em vigor do novo Código Civil. Juros de mora que se regem pela convenção. Apelo dos réus desprovido, provido o do autor.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 967806800. Relator: Des. Sebastião Flávio da Silva Filho. Julgado em: 17 abril 2007).

Assim, o aluguel percentual, extrapolando a seara típica de uma locação, aproxima-se da noção de uma retribuição ao empreendedor por sua atuação logística e mercadológica, variante de acordo com o sucesso do empreendimento. Para auferir tal importância, é dado, ao proprietário do *shopping*, a prerrogativa de fiscalizar o faturamento dos lojistas, com fins de verificação da veracidade das informações prestadas. Desse modo, apesar dos ataques ferrenhos por parte dos comerciantes, esta atividade desenvolve-se, em geral, pela 'auditoria em boca de caixa' onde o empreendedor disponibiliza preposto seu que passa a auditar as vendas efetuadas em determinado período, diretamente no caixa do lojista. Nada obstante, o empreendedor poderá auditar a contabilidade do lojista, tendo acesso aos seus respectivos sistemas de controle e, inclusive, livros fiscais.

Sobre esse aspecto, merece ser trazido à baila o entendimento jurisprudencial acerca da matéria *sub examine*:

LOCAÇÃO COMERCIAL. ALUGUEL. FIXAÇÃO. *SHOPPING CENTERS*. FISCALIZAÇÃO DO FATURAMENTO EM LIVROS E EM BOCA DE CAIXA

O locador de loja integrante de *shopping center*, bem como a Administradora do empreendimento, em razão de contratos celebrados com o lojista-locatário, tem o direito de examinar livros do comerciante, todos os seus registros mercantis, direta ou indiretamente, inclusive na boca do caixa e de permanecerem os seus prepostos no recinto do estabelecimento pelo tempo necessário à fiscalização para verificarem o faturamento, eis que dele depende o valor do aluguel percentualmente contratado. As pessoas vinculadas por um contrato não tem o direito de esconder da outra os atos negociais que praticam à sombra do mesmo contrato.

(BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro. Sexta Câmara Cível. Apelação Cível n. 10995/90, Relator: Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira. DJ: 11.09.1990. *In*: Folio Infobase. Juris síntese: legislação e jurisprudência. Editora Síntese, n. 17, mai-jun 1999. CD-ROM).

Todavia, mister se faz ressaltar que as informações transmitidas pelo lojista ou obtidas através dos exames e apurações contábeis realizados pelo empreendedor do *shopping* possuem caráter sigiloso e confidencial, de modo que só podem ser utilizadas com fito de apurar o aluguel devido na forma do contrato. Qualquer ato que transborde esse limite é ilícito e, razão pela qual, dando ensejo a prejuízo de qualquer natureza, gera o dever de indenizar.

5.1.2.2. *Aluguel em dobro no mês de dezembro*

Por força dos instrumentos contratuais firmados, e novamente, dadas as características totalmente particulares dos *shoppings*, tornou-se praxe a previsão contratual de um aluguel dobrado no período de maior venda, que é a época natalina. Assim, excepcionalmente, em dezembro, o empreendedor será remunerado com o dobro do valor devido mensalmente.

Tal determinação, também chamada de décimo terceiro aluguel, abrange o dobro do aluguel percentual, ou, como prevêm alguns contratos, o aluguel mínimo em duplicidade. Os proprietários dos *shoppings* sustentam que essa quantia é cabível devido ao seu caráter compensatório, uma vez que, no mês natalino, os lucros auferidos pelos lojistas são sobremaneira maiores e o movimento dos estabelecimentos comerciais ali instalados aumenta demasiadamente, fatos que geram possíveis sonegações por parte dos comerciantes, que dificilmente podem ser fiscalizados nessa época do ano.

Não obstante sofrer pesados ataques por parte dos lojistas, o aluguel dobrado encontra suficiente respaldo em nossa legislação e jurisprudência. No que tange

ao amparo legal da referida prática, estabelece o art. 54, *caput*, da Lei nº 8.245/91 (Lei de locações), que, em relação a contratos de locação em *shopping centers*, prevalece o livremente pactuado entre as partes.

Respalhada no dispositivo normativo supra, o entendimento da jurisprudência majoritária sustenta a legalidade da cobrança do aluguel em dobro, e conseqüentemente, pela validade de tal cláusula, conforme abaixo explicitado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. LOCAÇÃO EM *SHOPPING*. (...) ALUGUEL DE DEZEMBRO.

Por se tratar de mês com vendas expressivas é possível a pactuação prever aluguel em dobro. (*omissis*).

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70003524675. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Paulo Augusto Monte Lopes. Julgado em: 20 fev. 2002).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM *SHOPPING CENTER* – CLÁUSULA QUE PREVÊ PAGAMENTO EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO - LEGALIDADE - ART. 54 DA LEI Nº 8.245/91 - PECULIARIDADES DA RELAÇÃO CONTRATUAL QUE JUSTIFICAM A CLÁUSULA QUESTIONADA - IMPROVIMENTO DO RECURSO - DECISÃO UNÂNIME.

(BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Agravo de Instrumento n. 0169/2004. Primeira Câmara Cível. Relator: Roberto Eugenio da Fonseca Porto. Julgado em: 25 mai. 2004).

5.1.2.3. *Fundo de Promoção e Propaganda (FPP)*

Noutra quadra, o comerciante é obrigado, por cláusula específica constante no bojo no contrato atípico celebrado entre as partes, a contribuir com o Fundo de Promoção e Propaganda (FPP), para ensejar a realização de campanhas promocionais e publicitárias do *shopping center*. Tais contribuições mensais obrigatórias irão financiar propagandas, eventos e comemorações especiais, tais como, a decoração natalina, sorteios nos dias das mães, atividades no dias das crianças, etc.

Orlando Gomes (1994) atenta para o fato de que a abolição de tal taxa criaria inadmissível situação privilegiada para o favorecido, porquanto se beneficiaria com as promoções coletivas sem pagar – de graça.

Essas dívidas referentes ao FPP integram, de maneira plena, a executividade dos alugueis. A jurisprudência pátria, acompanhando a orientação dominante, estabelece que “São exigíveis os valores cobrados a título de encargos comuns,

pois tais verbas, bem como o fundo de promoção, estão previstos no contrato de locação, habilitando o empreendedor de *shopping center*, a aparelhar a ação de execução amparada em título extrajudicial” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 11258499001. Relator: Artur Marques. Julgado em: 17 set. 2007).

Esse fundo é administrado pela associação de lojistas, de que deve fazer parte o lojista, enquanto durar o seu contrato de utilização de sua unidade. É evidente que, a referida associação, administrando esse fundo, deve preocupar-se em promover propagandas e promoções que, realmente, solidifiquem o prestígio do centro comercial e aumentem o desejo de freqüência pelos seus clientes.

Uma questão que vem gerando contínuos conflitos com os lojistas e que muitas administradoras de *shopping* têm sido acusadas é em relação à falta de transparência nos gastos desses fundos de promoção. O argumento de que as parcelas relativas ao fundo de promoção deveriam ter sido demonstradas, para, então, serem arrecadadas, não procede, já que é uma faculdade do inquilino, a cada sessenta dias, exigir sua comprovação, se delas duvidar. Não tendo exercido essa prerrogativa, essa tese não poderá ser alegada em juízo, na dicção do art. 54, § 2º, da L. 8.245/91.

5.1.2.4. Despesas rateáveis

Além dos demais encargos já citados, também responde o lojista pelo rateio das despesas necessárias ao funcionamento do empreendimento. Isso porque, a já citada Lei de Locações enumerou, taxativamente, os gastos que não são passíveis de repasse aos lojistas, de modo que àqueles que não se enquadrem nas restrições legais e que digam respeito à operação do empreendimento podem ser objeto de rateio. Essas despesas que empreendedor não poderá cobrar do locatário em *shopping center*, previstas no artigo 54 § 1º, alíneas a e b da Lei 8.245/1991 são:

- a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel (art. 22, parágrafo único, alínea a);
- b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas (art. 22, parágrafo único, alínea b);
- c) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação (art. 22, parágrafo único, alínea d);

- d) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de, paisagismo nas partes de uso comum (art. 54 § 1º, alínea, b).

Nesse diapasão, pela leitura do § 2º do art. 54, interpreta-se que todas as despesas, não expressamente proibidas e tidas por extraordinárias, são ordinárias e necessárias à manutenção do prédio, e, conseqüentemente, podem ser cobradas do locatário, desde que, com previsão orçamentária, salvo os casos de urgência ou força maior, devidamente demonstrados. Frisa-se que é facultado ao locatário ou a entidade de classe exigir a comprovação de tais gastos.

Lapidar nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, como se observa da decisão trazida a seguir:

LOCAÇÃO. ESPAÇO EM *SHOPPING CENTER*. TAXATIVIDADE DO ELENCO DO § ÚNICO DO ART. 1º DA LEI Nº 8.245/91. CONSEQÜENTE APLICAÇÃO DA LEI DO INQUILINATO AO CONTRATO CELEBRADO. EXISTÊNCIA DE OUTROS DISPOSITIVOS QUE TRATAM EXPRESSAMENTE SOBRE A HIPÓTESE. AÇÃO CABÍVEL PARA A RETOMADA DA ÁREA. DESPEJO. LIMINAR CONCEDIDA NA AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - É taxativo o rol do art. 1º, § único da Lei nº 8.245/91. Se exemplificativo fosse, teria o legislador incluído, no texto do parágrafo transcrito, expressões que indicassem que as hipóteses ali elencadas não passam de elucidação de uma determinada espécie de locação, sobre a qual aplica-se tão somente a Lei Civil. Alternativamente, teria inserido alínea adicional, negando expressamente a natureza *numerus clausus* do dispositivo.

II - A locação de espaço em *shopping center* não se encontra no elenco do supracitado dispositivo, devendo o pacto submeter-se à Lei do Inquilinato.

III - Ademais, o art. 54 do mesmo Estatuto é claro quanto à sua aplicação nas relações entre lojistas e empreendedores daquele tipo de estabelecimento.

IV - A ação cabível para a retomada do espaço locado - *stand* em *shopping center* - é a de despejo.

V - Recurso conhecido e provido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n. 424936/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Julgado em: 17 set. 2007).

5.1.3. Do contrato de associação dos lojistas

A Associação dos Lojistas é entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, que tem por escopo fomentar a união entre os lojistas integrantes do empreendimento. É órgão responsável, dentre outras coisas, por amparar os interesses

dos lojistas no trato com autoridades públicas ou entidades privadas no que tange ao normal funcionamento do *shopping* e por estatuir normas disciplinadoras da atuação dos associados nas atividades comerciais. Assim, sua atribuição é análoga à massa condominial nos edifícios em condomínio, razão pela qual seu estatuto é oponível a todos os que ocupam as suas unidades autônomas, já que os ocupantes das lojas num *shopping* integram uma comunidade comercial e se obrigam a cumprir o estatuto que a disciplina. Possui, ainda, como já dito, a obrigação de gerir o fundo de promoções e propaganda, promovendo e dando publicidade ao *shopping* na sua globalidade.

Nardim Darcy Lemke (1994, p. 157), sustenta que “a participação do lojista na associação é fundamental para o desenvolvimento do centro comercial como um todo e interessa a todos os lojistas e ao empreendedor, de modo que a exclusão do locatário da associação dos lojistas pela prática de falta grave autoriza o despejo”.

Alguns juristas e lojistas questionam essa obrigação de associar-se e manter-se vinculado à Associação de Lojistas enquanto durar a locação, parte integrante da estrutura operacional do *shopping center*. Tal matéria, por se mostrar bastante polêmica, é constante alvo de insatisfações e de demandas judiciais. Sustenta-se, no caso, que a referida cláusula infringe a Lei Maior e agride direito individual nela congregado, o de livre integração em associações⁵. Afirmam-se, ainda, que a Associação é pessoa jurídica estranha à relação locatícia, motivo pelo qual a adesão do lojista deve ser facultativa. Tal discussão visava também, e por via reflexiva, suprimir a cobrança das taxas inerentes ao fundo de promoção e propaganda, atrelado à Associação.

Contudo, para a doutrina e jurisprudência, não há que se falar em ser compelido a participar da Associação dos Lojistas. Voluntariamente o lojista celebra contrato que lhe confere direito de usar uma loja do *shopping* e, por via de conseqüência, adere à comunidade de lojistas. Nesse sentido, com propriedade impar são os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (1984, p. 16):

Além dessas penetrações acidentais no contrato de *shopping center*, outros pontos são apresentados em que também se levantam dúvidas sobre juridicidade de sua presença, de sua obrigatoriedade. Os usuários de lojas em *shopping*

5. Observe-se o que preceitua a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso XX:
Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

centers, por exemplo, são obrigados a participar de uma associação de lojistas e entrar com certa importância para um fundo publicitário.

Pelo fato, então, de as lojas ou os usuários das lojas de um *shopping center* fazerem parte de uma associação, não há nenhuma ilegitimidade em cláusulas dessa natureza. É de se notar, apenas, a circunstância de que, normalmente, num *shopping center*, a publicidade não é individual, não é unilojista; é conjuntural, é integral. Quando vemos nos jornais, na televisão, uma atriz muito bonita fazendo balé para anunciar um *shopping center*, ela não está anunciando uma loja, porém, o *shopping* como um conjunto, sugerindo ao cliente, real ou potencial, todo o conglomerado. E é em razão desta publicidade global que se estabelece a necessidade da criação de um fundo que somente pode ser movimentado mediante recursos que são arrecadados dos próprios lojistas.

É necessário não perder de vista a posição que a jurisprudência pátria vem assumindo diante da matéria sub examine, conforme se depreende da ementa ora transcrita:

CONDOMÍNIO. DESPESAS. ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS DE SHOPING CENTER. CONDOMÍNIO. CONTRIBUIÇÃO

ASSOCIAÇÃO DE LOJISTAS DE SHOPING CENTER. Regularidade na constituição da entidade, que tem origem no condomínio do empreendimento. Obrigatoriedade no pagamento de contribuições (...).

(BRASIL. Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro. Quinta Câmara Cível. Apelação Cível n. 11492/93. Relator: Juiz Bernardino Machado Leituga. DJ: 09.02.1994. In: Folio Infobase. Juris síntese: legislação e jurisprudência. Editora Síntese, n. 17, mai-jun 1999. CD-ROM).

5.1.4. Do contrato contendo as normas disciplinadoras das participações no empreendimento e do regimento interno do condomínio

As normas gerais complementares do contrato de locação disciplinam todas as ocupações do empreendimento quanto ao uso da loja e as áreas de circulação, a utilização dos bens e o aproveitamento dos serviços para os que utilizam o local. O objeto da escritura de normas gerais ou regimento interno é traçar as diretrizes para o relacionamento entre os empreendedores e os lojistas, inclusive definindo seus direitos e deveres no funcionamento do *shopping center*, bem como definir as regras gerais a todos que participam, direta ou indiretamente, do empreendimento, incluindo os lojistas, empreendedor e terceiros contratados.

Os lojistas aderem a essas normas no momento da assinatura do contrato de locação, assumindo desde então o compromisso de cumprir com os seus termos

e condições. São nesses instrumentos onde normalmente consta a proibição de venda de mercadorias de segunda mão, de realização de leilões, de promoções sem que isso seja parte da estratégia de marketing daquele momento, a obrigatoriedade de permanecer aberto nos horários de funcionamento do *shopping* e de manter materiais de qualidade em seu estoque, bem como de respeito às áreas comuns do empreendimento. Esses documentos possuem tamanha relevância legal, dada a força da livre manifestação das partes, que o seu descumprimento tem o condão de demandar a rescisão contratual.

6. À GUIA DE CONCLUSÃO

Ao longo dos anos, os *shoppings centers* alcançaram um patamar de destaque na vida econômica do país, atraindo tanto consumidores, quanto lojistas e empreendedores. Essa modalidade de centro comercial apresenta traços bem distintos daqueles presentes nos empreendimentos que possuem aspecto apenas imobiliário. O empreendedor participa dos lucros das diversas sociedades empresárias situadas no *shopping*, estabelecendo com elas uma permanente integração de interesses que gera ganhos de produtividade, os quais, em última análise, são transferidos ao consumidor. Mais do que um mero centro onde se dispõem lojas de diferentes espécies, o *shopping center* possui características que o particularizam, tais como, a sua estrutura logística, o *tenant mix*, o aluguel percentual, o aluguel dobrado, a possibilidade de fiscalização sobre o faturamento do lojista, a obrigatoriedade de adesão à associação dos lojistas e planejamento de distribuição do espaço de maneira a otimizar a concorrência.

Tais peculiaridades, que devem ser observadas no tratamento jurídico a ser dado a esse conjunto, penetram nos instrumentos contratuais estabelecidos entre lojista e empreendedor, sob a forma de cláusulas específicas, incitando fortes questionamentos sobre a essência do vínculo jurídico que une os pactuantes.

A falta de regulamentação legal para esses tipos de empreendimentos no Brasil (embora exista um anteprojeto de Lei sobre a matéria transitando há anos no Congresso), é a principal geradora de questionamentos jurídicos, já que tal instituto se mostra cercado de lacunas e imprevisibilidades legais. Disciplinado, muito vagamente, pela Lei do Inquilinato, sua atipicidade é livre, valendo a regra *pacta sunt servanda*, cabendo às partes da relação contratual definirem os termos a que estarão sujeitas. Assim, os Tribunais Pátrios tem entendido os contratos como lei entre as partes, aplicando à máxima, o princípio basilar da autonomia da vontade, devendo-se única e exclusivamente as partes, não convencionar, o que for expressamente tido por ilícito.

Assim, procurando-se aclarar os meandros de incerteza inerentes a uma falta de regulamentação legal específica, torna-se imprescindível à vigência de um normativo legal regulamentar da matéria sobre apreço, equilibrando e harmonizando a relação estabelecida entre o proprietário de *shopping center* e lojista, aquietando, assim, buliçoso debate doutrinário e jurisprudencial.

Por derradeiro, adverte que um lojista interessado em aderir a essa modalidade de empreendimento deve estar atento às considerações aqui expostas, referentes às características que permeiam os contratos de *shopping center* (diferentes de uma simples locação comercial), bem como, com o tratamento jurídico dado à matéria.

7. REFERÊNCIAS

- ABRASCE – Associação Brasileira de *Shopping Centers*. Disponível em: <<http://www.abrasce.com.br>>. Acesso em 10 de setembro de 2001>.
- BARROS, Francisco Carlos Rocha de. *Comentários à lei de inquilinato*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Novo Código Civil*, Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2003, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1993.
- BUSHATSKY, Jaques. *Shopping Center visto pelos tribunais*. 1. ed. Bauru: Edipro, 1993.
- BUZUID, Alfredo. *Da ação renovatória*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de locação de imóveis urbanos*. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *As cláusulas de não-concorrência nos shopping centers*. In. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, p. 23-28, n. 97, jan./mar. 1995.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

- GOMES, Orlando. Traços do Perfil Jurídico de um *Shopping Center*, In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (org.). *Shopping Center - aspectos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- HEIDE, Márcio Pecego. Traços jurídicos, físicos e econômicos da modalidade de negócio chamada *shopping center*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=610>>. Acesso em: 04 jun. 2006.
- KARPAT, Ladislau. *Shopping Center – manual jurídico*. 1. ed. São Paulo: Hemus, 1993.
- LEMKE, Nardim Darcy. *Shopping Center – questões jurídicas*. 1. ed. Blumenau: Academia, 1999.
- MAMEDE, Gladston. *Contrato de locação em shopping center*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Locação de imóveis urbanos: comentários à Lei n. 8.245, de 18-10-1991*. São Paulo: Atlas, 1996.
- PINTO, Dinah Sônia Renault. *Shopping Center, uma nova era empresarial*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos *shopping centers*. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=115>>. Acesso em: 10 jul. 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Shopping Centers* organização econômica e disciplina jurídica. In: ARRUDA, José Soares; LÔBO, Carlos Augusto da Silveira (org.). *Shopping center - aspectos jurídicos*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- REQUIÃO, Rubens. Considerações jurídicas sobre os *shopping centers* no Brasil. In: ARRUDA, José Soares; LOBO, Carlos A. da S. (coord.) *Shopping center - aspectos jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- SLAIBIFILHO, Nagib. *Comentários à nova lei do inquilinato*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SOUZA, Sylvio Capanema de. *A nova lei do inquilinato comentada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria; AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Tratado da locação predial e urbana*. v.1. São Paulo: Saraiva, 1980.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- VERRI, Maria Elisa Gualandi. *Shopping centers: aspectos jurídicos e origem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

XV

A VERDADE NA PERSPECTIVA DE HEIDEGGER E A DECISÃO JUDICIAL

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; Especialista em Direito do Estado com na Responsabilidade Fiscal, pelo Centro de Pós-graduação e Pesquisa da Faculdade Visconde de Cairu e em Teoria Geral do Direito e Direito Processual Civil, pelo Centro de Cultura Jurídica da Bahia; Professora convidada da Pós-Graduação da FJA e da Graduação da Faculdade UNIRB; Agente de Controle Externo do TCE/Ba.

RESUMO: Existe verdade? O que é a verdade? Qual a sua natureza? As respostas a esses questionamentos são os grandes desafios enfrentados neste artigo, que pretende estabelecer um conceito de verdade a partir da contribuição filosófica existencial de Heidegger, que em sua ontologia fundamental abandona a definição metafísica de verdade enquanto correspondência. Especificamente, no que tange à decisão judicial, busca-se analisar se há verdade no Direito, de que tipo e para qual necessidade atende, concluindo-se que a verdade que serve ao Direito é aquela argumentativa, justificadora, aquela que atende às exigências de racionalidade formal do sistema jurídico.

ABSTRACT: Does truth exist? What is the truth? What's its nature? The solutions to these ques-

tionings are the very challenges faced in this article, which intend to establish a concept of truth from the existential philosophical contribution of Heidegger, whose fundamental ontology let goes off the metaphysical definition of truth while correspondence. Specifically, referring to court decisions, it intends to analyze if there is truth in Law, of which kind and to what purpose, concluding that the truth dealt in Law is that argumentative and justifying one, that which attends the juridical system's formal rationality exigencies.

PALAVRAS-CHAVE: Verdade, Direito, Linguagem, Decisão Judicial.

KEYWORDS: Truth, Law, Language, Court decision.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A linguagem e a busca da verdade – 3 As concepções de verdade – 4. A verdade na perspectiva de Heidegger – 5. A verdade na decisão judicial: 5.1. Essência do direito; 5.2 Verdade e Direito; 5.3. Verdade e os tipos de processo; 5.4. Verdade e instrução processual: 5.4.1. A verdade e as partes; 5.4.2. A verdade e os advogados; 5.4.3. A verdade e o juiz; 5.4.4. A verdade e o processo; 5.5. Verdade e decisão judicial; 5.5.1. A verdade dos fatos; 5.5.2. A verdade do direito – 6 Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os homens, a partir do trabalho são capazes de modificar as coisas e, conseqüentemente a realidade. Eles constroem casas, desenvolvem meios de comunicação

e de transporte cada vez mais ágeis, produzem roupas, alimentos, tecnologias e demais objetos de consumo para atender às necessidades reais e àquelas impostas pela sociedade. Além disso, os homens organizam-se social e politicamente.

Porém, tudo isso somente é possível, porque o homem acredita que o mundo existe, que é tal como se vê ou como o descrevem ou se ensina, podendo ser modificado ou mantido. O homem acredita nesta verdade e, também, que os outros homens são animais racionais como ele.

Segundo Marilena Chauí (2001, p. 94), essa atitude dogmática de tomar o mundo como um dado verdadeiro, já feito e pensado deve-se à crença e confiança na realidade como ela é vista e sentida. Assim, o homem, numa postura dogmática, aceita sem nenhum problema a realidade exterior e reconhece que ela pode ser conservada ou tecnicamente transformada. Portanto, o homem acredita na existência do espaço e do tempo e que sua própria existência está submetida e delimitada por estas grandezas.

Embora reconheça a existência dessa crença humana, Marilena Chauí (2001) debruça-se filosoficamente sobre as indagações a respeito do tempo utilizando-se literalmente das palavras de Santo Agostinho em suas Confissões:

O que é o tempo? Tentemos fornecer uma explicação fácil e breve. O que há de mais familiar e mais conhecido do que o tempo? Mas, o que é o tempo? Quando quero explica-lo, não encontro explicação. Se eu disser que o tempo é a passagem do passado para o presente e do presente para o futuro, terei que perguntar: Como pode o tempo passar? Como sei que ele passa? O que é um tempo passado? Onde ele está? O que é um tempo futuro? Onde ele está? Se o passado é o que eu, do presente, recordo e o futuro é o que eu, do presente, espero, então não seria mais correto dizer que o tempo é apenas o presente? Mas, quanto dura um presente? Quando acabo de colocar o 'r' no verbo 'colocar', este 'r' é ainda presente ou já é passado? A palavra que estou pensando em escrever a seguir é presente ou futuro? O que é o tempo, afinal? E a eternidade? (CHAUÍ, 2001, p. 95)

Com efeito, é difícil conceituar-se o tempo, e, muito mais ainda separá-lo da existência humana. O tempo é relativo: quanto menos tempo se tem mais tempo se tem. Seria então o tempo uma impressão humana? Um cachorro teria noção de quanto tempo se passa entre suas refeições ou entre a saída e a chegada de seu dono em casa?

Heidegger, um dos mais fundamentais pensadores do século XX, em sua obra "Ser e Tempo" (1927), conceitua o tempo como o estado do ser. Logo, o futuro, o passado e o presente nascem no cerne do existir humano e são os três momentos fundamentais da temporalidade humana. O tempo é, portanto, o próprio homem conduzido à plena elucidação de seu mais íntimo ser.

À luz da analítica heideggeriana, o tempo deixa de ser algo exterior que sobreviria de fora para impor ao homem sua lei, para ser algo inerente à condição humana.

O tempo é, na realidade, o homem mesmo como ser-no-mundo, entendendo o homem enquanto tolhido na faticidade e já possuído pela morte, mas igualmente homem na ultrapassagem gloriosa do projeto da humanidade. O porvir enquanto dimensão interna da liberdade constituiria a parte divina da natureza humana; aquela que se viesse a preencher todo o espaço disponível tornaria o homem um Deus onipotente e onipresente.

Com isto, o existir aparece essencialmente ligado ao tempo, e isto explica a conexão entre os dois termos centrais da filosofia de Heidegger, que dão título ao seu livro mais conhecido: *O Ser e o Tempo*.

Mas e o espaço? O que seria ele? A esse respeito Marilena Chauí (2001) traz as seguintes indagações:

As coisas são mesmo tais como aparecem? Estão no espaço? Mas, o que é o espaço? Se eu disser que o espaço é feito de comprimento, altura e largura, onde poderei colocar a profundidade, sem a qual não podemos ver, não podemos enxergar nada? Mas a profundidade, que me permite ver as coisas espaciais, é justamente aquilo que não vejo e que não posso ver, se eu quiser olhar as coisas. A profundidade é ou não espacial? Se não for espacial, como pode ser a condição para eu que veja as coisas no espaço? (CHAUÍ, 2001, p. 95)

Assim, o espaço e o tempo são, apenas, impressões que podem ser vistas ou sentidas a partir do nível de consciência de cada ser no mundo. Esse nível é que proporciona ao homem sua forma de percepção de mundo.

Com efeito, o homem é um ser complexo e a existência humana não é um simples fato: ela articula, no próprio ato da sua manifestação, a questão do Ser, e a característica essencial do Ser é estar no mundo. Existir é habitar estaticamente na verdade do Ser.

2. A LINGUAGEM E A BUSCA DA VERDADE

A busca da verdade (humana ou divina) tem sido um projeto duradouro da humanidade, embora atualmente pareça que muitos homens, sob o escudo da dogmática e da pragmática, estejam abandonando essa busca.

O desejo da verdade surge muito cedo nos seres humanos como um desejo de confiar nas coisas e nas pessoas, isto é, acreditar que as coisas são exatamente tais

como se apresentam ou se apropriam, acreditar que pode conhecer a si mesmo e ao outro.

Porém, nunca a verdade foi tão difundida, influente e corrosiva de seu próprio conceito, arredia e até mesmo impossível de ser expressa como tem sido nos tempos atuais.

A busca pela verdade foi a grande fonte de inspiração e estímulo do progresso das civilizações e continua sendo, pois a evolução humana não tem fim e, conseqüentemente, a busca pela verdade do ser é perene.

Com efeito, o homem “está na crença”, mas “vai ao encontro das idéias”, por isso sempre opta pela busca da verdade, pois a verdade pura não lhe pertence. É o que ilustra Felipe Fernández-Armesto (2000) com a frase de Gottold Lessing:

Se Deus segurasse toda a verdade oculta em sua mão direita e, na mão esquerda, a persistente luta pela verdade... e dissesse “Escolha!”, eu humildemente me curvaria diante de sua mão esquerda e diria: “Pai, dá-me a luta. Porque a verdade pura é para Ti somente”. (FERNDEZ-ARMESTO, 2000, p. 08)

O conflito entre verdades reveladas pelo divino e alcançadas pelos humanos através do exercício da inteligência e da razão sempre foi uma questão que atormentou a Filosofia desde o surgimento do Cristianismo. Afinal, se só existisse verdade em Cristo e os humanos não pudessem conhecê-las, poderiam ser considerados culpados? Mas como poderiam ser considerados culpados ou pecadores por não conhecer algo que seu intelecto não tem força de alcançar?

Com isso conclui-se que existem duas verdades? O que é verdade, afinal? E como é que nasceram os problemas filosóficos a despeito da verdade?

Partindo do ponto de quando nasceu o problema da verdade para os homens, é possível afirmar que ele nasceu quando o homem aperfeiçoou sua linguagem.

E a aperfeiçoou de tal forma que conseguiu atingir a abstração, ou seja, quando ele conseguiu se referir a algo ou alguma “realidade” não presente nem concreta no instante da comunicação, por exemplo, algo que viu ou ouviu. Com isso nasceu o problema de se indagar se era verdade a história ouvida, ou melhor, se havia correspondência entre o que o homem comunicava e o que existia e, com isso estabelecer-se um consenso e justificá-lo.

Isto não significa que as coisas não existiam antes do homem se referir a elas através da sua linguagem, ou melhor, através do poder de abstração de sua linguagem. As coisas sempre existiam, mas, os problemas com a verdade da existência das coisas e da sua proporção certamente aumentam quando o objeto da comunicação não está presente podendo ser visto, tocado pelo receptor.

Em outras palavras: sempre existiram situações perigosas para a espécie humana. A comunicação ocorria com perfeita adequação quando o sinal relativo a algum perigo correspondia à aproximação do mesmo. Pois bem, enquanto a linguagem servia apenas para identificar especificamente cada um dos perigos visíveis, palpáveis, a comunicação se fazia direta e perfeita e o aviso relativo à onça, de fato, anunciava a chegada do animal.

Realmente, o problema da verdade surgiu quando a linguagem humana atingiu o poder de abstração, adentrando o mundo do subjetivismo, possibilitando ao homem referir-se a um objeto ausente para outro homem, por exemplo, quando precisa explicar a onça (o perigo) sem que ela estivesse presente, e, às vezes, para aquele que nunca a tivesse visto.

Com o aumento da importância do problema da verdade, aumentaram os problemas com a mentira, pois passou a ser necessário verificar-se se o comunicado correspondia, ou não, a algum tipo de realidade, ao que era.

Assim, o papel fundamental de revelação da verdade é dado à linguagem, e também, o da falsidade. É que a linguagem possui essa duplicidade misteriosa de servir para mostrar ou esconder, de servir ao despertar para a busca da verdade quanto de servir para manter o dogmatismo.

Como exemplo desse grau de abstração da linguagem, tome-se a visita de um hipotético ser de outra galáxia à Terra. Se não for capaz de criar conceitos abstratos, jamais poderá retransmitir aos outros de sua comunidade a experiência vivida aqui, pela absoluta ausência de concretude no planeta de origem das coisas vistas aqui.

Porém, detendo o extra-terrestre tal capacidade (linguagem abstrata), se acaso se materializasse no nosso mundo com 1,0 centímetro, descreveria com perfeição um mundo que nós mesmos dificilmente reconheceríamos (um mundo de gigantes). Um outro extraterrestre, com idêntica missão, materializado no planeta terra com 4,0 quilômetros de altura, detendo a capacidade de linguagem abstrata, com a máxima fidelidade, relataria aos seus conterrâneos quando retornasse a existência de um outro mundo (de criaturas minúsculas). Desaparecidas as duas civilizações, uma terceira capaz de compreender a linguagem de ambas, não conseguiria identificar os dois relatos como verdades pertencentes a um mesmo planeta.

Assim, demonstrado está que a verdade é um problema de comunicação e de linguagem e que sua busca é humana e interminável.

Isto, contudo, não deixa de permitir algumas abordagens distintas do tema verdade, a depender da concepção filosófica que a defina. E a depender de se

admitir ou não a existência de uma verdade absoluta, independente da existência e da vontade humana, e de outra, relativa, relacionada contextual, cultural e historicamente ao homem, pelo que se analisarão a seguir algumas dessas concepções.

3. AS CONCEPÇÕES DE VERDADE

De acordo com Marilena Chauí (2000, p. 99), a idéia de verdade foi construída ao longo dos séculos, a partir de três concepções diferentes, vindas da língua grega, da latina e da hebraica.

Em grego, verdade significa o não-oculto, não-escondido, não-dissimulado. O verdadeiro é o que se manifesta aos olhos do corpo e do espírito; a verdade é a manifestação daquilo que é ou que existe tal como é; a verdade é a revelação. O verdadeiro se opõe ao falso, ao encoberto, ao escondido, ao dissimulado, ao que parece ser, mas não é. A verdade é o que pode ser plenamente visível para a razão.

Em latim, verdade significa precisão, rigor, exatidão do relato, ao que se diz com detalhes, com fidelidade do que aconteceu. Um relato será veraz se a linguagem enuncia fatos reais. Seu oposto é a mentira, a falsificação.

Em hebraico, verdade significa confiança. Verdadeiro é aquele que cumpre o que promete, que não trai a confiança.

A partir dessas três concepções de verdade, existem várias teorias filosóficas sobre a verdade, a depender da posição predominante, senão vejamos:

a) Verdade/Correspondência

A primeira teoria e mais tradicional é a que, tomando por base a concepção grega, traz como marca do conhecimento de verdade, a idéia de correspondência e de certeza: uma coisa é verdadeira, porque corresponde à realidade externa, à descrição mental, à adequação intelectual e pode ser cientificamente comprovada. Esta é a idéia de verdade cartesiana, que muito serviu ao positivismo e que Immanuel Kant, dentre outros filósofos clássicos, foi adepto.

b) Verdade/Coerência

Para a segunda teoria, baseada na concepção latina, uma coisa é verdadeira não porque corresponde à realidade externa, mas porque existe coerência interna ou devido à validade lógica dos argumentos apresentados. A verdade é o acordo do pensamento e da linguagem consigo mesmos, a partir de regras e princípios.

c) Verdade/Consenso

Já a terceira teoria, baseada na concepção hebraica, considera que a verdade depende de um acordo ou de um pacto de confiança entre os pesquisadores, que definem um conjunto de convenções universais sobre o conhecimento verdadeiro e que deve sempre ser respeitado por todos. A verdade, portanto, para essa teoria, se funda na convenção e no consenso. Essa teoria se aproxima da teoria da coerência interna/justificação, pois as convenções ou consensos verdadeiros costumam ser baseados em princípios e argumentos lingüísticos e lógicos, princípios e argumentos de linguagem, do discurso e da comunicação. Nestes termos, pode-se dizer que Jürgen Habermas representa essa teoria. Para ele, o consenso é o argumento que sobrevive no final do processo argumentativo travado, é a construção que se chega através do diálogo interpretativo.

d) Verdade/Pragmática

Existe ainda uma quarta teoria que define o conhecimento verdadeiro por um critério que não é teórico, mas prático. Trata-se da teoria pragmática, para a qual um conhecimento é verdadeiro por seus resultados e suas aplicações práticas, sendo verificado pela experimentação e pela experiência. Essa concepção se aproxima muito da teoria clássica da verdade como correspondência, a diferença é que os resultados é que são denominados de verdadeiros ou falsos. Richard Rorty defende essa idéia sobre a verdade, cujo objetivo prático é convencer.

4. A VERDADE NA PERSPECTIVA DE HEIDEGGER

Inicialmente, interessante destacar as diferenças entre a idéia de verdade da metafísica Kantiana e a do existencialismo de Heidegger, vejamos:

a) Verdade e metafísica

Kant defendia a existência da verdade enquanto dogma absoluto, inquebrável, inviolável, alcançada pelo método científico.

Para ele, era verdadeiro algo que pudesse ser comprovado cientificamente e somente através do método científico. Inclusive, isto teve grande importância para o positivismo. Para ele, a verdade tem o significado de certeza, de não dar margens a dúvidas, de não haver nada inseguro no mundo desde que provado/correspondido cientificamente.

Entretanto, essa visão metafísica gera alguns problemas, pois, por exemplo, o que é verdade pra física clássica pode não ser pra física quântica. Ademais, como provar a verdade nos sentimentos: amor, ódio e a fé em Deus? Não seriam

os sentimentos verdadeiros, porque impossíveis de serem comprovados cientificamente?

Outra questão é a que diz respeito a existir ou não um dever e um direito perante a verdade.

Segundo Kant, existia o dever e o direito sobre a verdade. Era um dever dizer a verdade e a humanidade tinha direito de ouvi-la. A verdade, assim, era irrevogável e irrenunciável a ponto de se afirmar que a mentira dita a um assassino para proteger um amigo, acerca do paradeiro deste, que estava sendo perseguido pelo assassino, seria um crime.

Conclusão: para Kant, o homem não teria o direito de ser inverídico nunca, ainda que para o fim de evitar um crime que o ameace ou a outra pessoa.

A justificativa disso é que a mentira, ainda que não prejudique o mentiroso, sempre prejudicará alguém, ainda que não especificamente outro homem, mas a humanidade em geral. Por isso, a mentira, mesmo que dita por bondade e com a finalidade de proteger outrem, era, para ele, passível de penalidade. Não haveria o “suposto direito de mentir” nunca. Por isso aquele que mentisse, por mais generosa que pudesse ser sua intenção ou causa, deveria responder pelas conseqüências deste ato, afinal o compromisso com a verdade era um dever que deveria ser considerado base de todos os deveres.

Portanto, a verdade era um mandamento da razão, incondicional e que não admitia nenhuma restrição, ainda que fosse para evitar a realização de um crime. E só poderia ser quebrada pela ciência, ou seja, se a ciência provasse outra verdade que contrapusesse aquela existente e, com isso, a revogasse.

Ou seja, Kant admitia a verdade como um dever, sem admitir qualquer exceção. Assim, não haveria o direito de exigir de outra pessoa que mentisse para obter qualquer vantagem, porque seria uma exigência completamente ilegal.

[...] o direito a exigir de outro que deva mentir para vantagem nossa resultaria em uma exigência contrária a toda legalidade. Todo homem, porém, possui não só o direito, mas até mesmo o estrito dever de enunciar a verdade nas proposições que não pode evitar, mesmo que venha a prejudicar a ele ou a outras pessoas. Ele mesmo, por conseguinte, não comete com isso propriamente nenhum dano a quem é lesado, sendo o acaso a causa desse dano. Porque nesse caso o indivíduo não é absolutamente livre para escolher, porquanto a veracidade é um dever incondicionado. (KANT, 2006, p. 126)

Com efeito, a verdade absoluta é atraente e reconfortante, especialmente por conferir algum sentido à errante existência humana e por fornecer para o cientifismo o apoio semelhante ao que Deus confere à religião. Porém, a evolução do conhecimento humano e da linguagem, levou o homem a não aceitar mais a idéia

de verdade absoluta e então surgem as críticas ao conceito corrente de verdade enquanto correspondência.

b) Verdade e existencialismo

O existencialismo entende que a concepção de verdade no mundo nunca é uma questão posta, é, sempre, uma busca. Para Heidegger o homem é um ser no mundo, que está no mundo, que está vivendo, acontecendo. O existir é um verbo que deve ser sempre conjugado no gerúndio.

Heidegger sustentava que a verdade estava atrelada indissociavelmente à condição humana, condição de “ser no mundo” e que, portanto, não haveria método para alcançá-la, aliás, todo método carregava a verdade que se colocava nele, por isso era inútil para comprovar qualquer coisa.

O “ser no mundo”, que “é no mundo” e “para o mundo”, só pode ser compreendido pela linguagem, porque a linguagem é experiência, é existência, é presença, é Dasein. Ela não é instrumento, não é meio, é a expressão do próprio Ser.

E o que há então fora da linguagem? E o que é linguagem? Linguagem é o mesmo que verdade? Correria algum risco se alguém pensasse assim?

Para a ontologia da existência, o Ser é histórico (temporal e finito) e é lingüístico. Logo, “a linguagem é a morada do Ser”. O Ser se revela na linguagem. E a verdade, portanto, como tem morada no interior do Ser, vai se revelar, também, na linguagem e sua essência será a liberdade do homem.

Assim, para Heidegger não pode haver nenhuma verdade absoluta, todas serão humanas e, por isso, relativas, temporais e fugazes. A cada instante o ser desvelará uma verdade. A cada momento se terá uma verdade a ser revelada, alcançada, buscada, a depender de onde o homem esteja. Afinal, o que é o horizonte, senão aquilo que se vê de onde se está? Tudo é relativo. Assim, para Heidegger, não há métodos para alcançar a verdade.

Ele não aceitava a idéia de verdade como concordância, como conformidade, como correspondência. Para ele, a verdade estava na essência da coisa. E dava o seguinte exemplo: o ouro só é falso enquanto ouro se for comparado com ouro verdadeiro, mas o ouro falso é verdadeiramente outra coisa. Ou seja, não importava se a coisa ou a proposição é verdadeira, porque estava de acordo ou conforme algo pré-concebido, construído, dado. Esta era a concepção tradicional de verdade, enquanto fórmula, externa, construída, que servia para fornecer validade à coisa, mas que não “des-velava” nada, porque não revelava a essência da coisa. Se o homem desconhecesse a fórmula, jamais seria possível chegar à verdade. Assim, o que importava, para Heidegger é o que a coisa era em essência.

Para ele, não se pode admitir que a verdade seja simplesmente uma concordância, uma conformidade, como na concepção grega. Também não se pode admitir que a verdade seja aquilo que possa ser comprovado, como propõe a metafísica.

A verdade reside no Ser e este mora na linguagem. Logo é através da linguagem que se alcança a verdade que poderá sempre ser questionada, por ser humana, e, por conseguinte, temporal e relativa. Afinal, o tempo e o espaço são apenas impressões. Aliás, para Heidegger, o tempo é “estado do Ser”.

Portanto, a verdade é a descoberta do Ser em si mesmo. A base ontológica da verdade aparece atrelada à estrutura do Dasein (ser-aí), do estar no mundo, do reconhecer-se enquanto ser livre.

Por isso, a essência da verdade para Heidegger é a liberdade, que é o “deixar ser”, não no sentido de indiferença, omissão, ausência de preocupação, mas, ao contrário, no sentido de “entregar-se”, entregar-se ao outro, ao aberto e à sua abertura, ou seja, às possibilidades infinitas.

Somente consciente da liberdade, o homem é capaz de conhecer a verdade.

A liberdade, antes de negativa ou positiva, é, essencialmente, o abandono no sentido da entrega ao desvelamento, do mergulho ao descobrimento do desconhecido, ou seja, estar aberto para as descobertas.

Desvelar é por a vista o ente retirando o véu que o recobria, é fazer conhecer, é revelar, tornar claro, elucidar, esclarecer, porque o que se vê é a aparência não a essência, já que a verdade é interior.

Porém, o desvelamento na concepção heideggeriana é humano e limitado à condição humana de conhecimento. Exemplo: há 200 anos era impossível se conhecer uma molécula e hoje se estuda sub-partículas dela. Isso resolveria o problema que a metafísica gerou entre a física clássica e a física quântica, reconhecendo-se a relatividade e temporalidade da verdade.

Assim, a verdade é mais que uma simples conformação, é um problema de comunicação, de linguagem, de capacidade de abstração e de referencial.

Com a mentira, ou não-verdade Heidegger não se preocupou muito, o que o preocupou foi o afastamento do homem de sua verdade interior. Para ele, cada homem possui sua verdade, embora muitas vezes diante da vida corrente (cotidiano e rotina) esqueça-se da sua totalidade, deixe de meditar sobre o fundamento próprio de cada tomada de decisão sua e se engane em suas medidas, afastando-se de sua verdade.

Afastando-se de sua verdade e aproximando-se da não-verdade, da realidade corrente, do cotidiano, o homem aproxima-se da errância.

Errar, para Heidegger é quando o homem desvia-se do mistério e se dirige para a realidade corrente, corre num vai e vem de um objeto da vida cotidiana para outro, sem pensar, sem refletir, repetindo comportamentos.

Ele diz que a questão da essência da verdade encontra resposta na proposição “a essência da verdade é a verdade da essência”. Ou seja, para descobrir a essência da verdade é preciso que o ente descubra a verdade da sua própria essência. Então, a verdade está dentro de cada um, no interior verdadeiro de cada um, na essência de cada um.

O velar iluminador, ou seja, o desvelamento, o esclarecimento pertence ao ser e o nome dessa clareira é *aletheia*, que significa verdade. Esta é a questão decisiva para Heidegger. A verdade do ser é fundamento da nova posição historial do homem, entregue à subjetividade humana.

A verdade, portanto, como a razão, está na História e é histórica. As verdades mudam, a idéia de verdade (a forma de conhecer) muda, mas não muda a busca pelo verdadeiro, isto é, permanece a exigência de vencer o senso comum, o dogmatismo, a atitude natural e sem preconceitos. É a procura da verdade e o desejo de estar no verdadeiro que permanecem. Mas como alcançá-la?

Segundo Heidegger, é o questionamento sobre o “ser no mundo” o melhor caminho para se alcançar a verdade, vejamos:

As fases da interrogação constituem em si o caminho de um pensamento que, em vez de oferecer representações e conceitos, se experimenta e confirma como revolução da relação com o ser. (HEIDEGGER, [s.d], p.50)

O espanto e a admiração, assim como a dúvida e a perplexidade fazem o homem querer saber o que não sabia, fazem-no querer sair do estado de insegurança ou de encantamento, criam o desejo de superar a incerteza. Quando isso acontece, o homem está imbuído no espírito da busca da verdade e é a exigência do verdadeiro que dá sentido à existência humana.

5. A VERDADE NA DECISÃO JUDICIAL

5.1. Essência do Direito

O Direito por ser objeto cultural, não pode ter uma estrutura estática, e, sim, ter uma abertura dinâmica. O Direito é um sistema autopoietico, que se cria e recria sempre, se auto-regulando e se auto-reproduzindo.

Ora, como objeto cultural, o Direito se dá a conhecer e a retroalimentar-se pela cultura.

Neste sentido da dinâmica e da evolução cultural do Direito, Karl Engisch pontua:

O sol, a lua, as estrelas brilham hoje da mesma forma que há milhares de anos atrás; a rosa desabrocha ainda hoje tal como no paraíso; o Direito, porém, tornou-se desde então diferente. O casamento, a família, o Estado, a propriedade passaram pelas mais diversas configurações. (ENGISCH, 1996, p. 16)

Por outro lado, que mais o Direito é senão texto? Texto produzido e reproduzido pelo homem, que, historicamente constrói os significados das coisas através de seus sentidos e não de seus instintos. Afinal, o homem não organiza seu mundo como as formigas. O mundo do humano é muito mais complexo.

O homem é o único animal com a capacidade de abstrair a realidade, seus valores são historicamente mutáveis. Ademais, como diria Ortega Y Gasse, o homem é ele com suas circunstâncias. Dessa forma, Direito sem o homem não é nada. Mas, enfim, o que é Direito? Qual a sua essência?

Gregório Robles (1998, p. 41) afirma que Direito é texto. E, sendo assim, pergunta qual o significado deve se atribuir à palavra texto. E em seguida reflete que quando se diz que Direito é texto e que detrás do texto há mais coisas (como homens, interesses, aspirações, ideais, bens, conflitos, decisões, poderes, sentimentos, vinculações...) não está se dizendo que todas essas coisas que estão detrás do texto não pertencem a ele.

Com efeito, quando se diz que Direito é texto pode-se estar querendo dizer muitas coisas. Pode-se querer dizer que Direito se manifesta ou aparece como texto, ou querer dizer que a essência do Direito é o texto. E ainda, que Direito existe como texto e que se não fosse assim, não existiria.

Então, quando se diz que Direito é texto, quer dizer que Direito aparece ou se manifesta como texto, que sua essência é ser texto e que sua existência real é idêntica à existência real de um texto.

Com isso, Gregório Robles (1998) volta ao ponto de partida e esclarece que o que quer dizer a palavra texto, é, sem dúvida, alguma coisa escrita, uma carta, uma novela, a Bíblia, o Código Civil. Mas, também, significa o que não está escrito, sendo manifestado oralmente. A verbalização, oral ou escrita, por conseguinte, é a marca inequívoca do texto. Mas texto não é apenas isso. Um aperto de mãos, um beijo, a comunicação dos surdos e mudos com gestos de sinais também é texto,

uma ação humana também é texto, porque são signos e todo signo representa ou significa alguma coisa.

Com isso conclui-se que: se os signos são formas de linguagem, e se o Direito se manifesta através de signos escritos (textos), então Direito é linguagem. Linguagem que necessita de interpretação humana para ser compreendida. Assim, a partir da interpretação é que se extrai a norma jurídica. Afinal, o texto em si não encerra verdade alguma. É só aparência, não essência. Texto não é norma. A norma é produzida no homem e pelo homem, a partir da interpretação do texto.

O Direito surge da necessidade complexa de regular a sociedade para evitar litígios e para solucionar juridicamente os conflitos oriundos das relações sociais, que se jurisdicizam pela incompetência dos homens (sujeitos de direito) de conciliarem-se sem a presença de um terceiro que, em nome do Poder Jurisdicional do Estado, interpreta e aplica um código específico de linguagem artificial que é o Direito.

Esse dizer interpretativo do Direito, que deve ser a atividade desenvolvida pelo juiz, dá-se porque o objeto do Direito não é a norma jurídica pronta e acabada; é texto, enunciado prescritivo. A norma é o resultado extraído da interpretação do texto jurídico, que pode ter várias interpretações possíveis dentro da moldura legal, desde que fundamentada juridicamente a escolha.

Kelsen (1994), concluiu que se interpretação é a fixação do sentido da norma (objeto a interpretar), o resultado da interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve, necessariamente, conduzir a uma única solução como sendo a correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, devendo-se escolher a melhor dentre as corretas.

Mas, mesmo que fundamentada e dentro da moldura, não haverá nunca interpretação imparcial e neutra ou puramente técnica, ela sempre será valorativa, pois o intérprete mais zeloso sempre deixará escapar o seu interesse. Por isso nunca haverá uma única interpretação correta, ainda mais em se tratando do Direito, mas, sempre deve-se buscar a interpretação que melhor solucione o caso.

Isto porque, o texto jurídico é um texto aberto, sendo que a abertura também não se dá de uma só vez, ela vai se gerando e regenerando progressivamente como mecanismo autopoiético que rege o direito. (ROBLES, 2006, p. 55)

Direito, então, conforme J.J. Calmon de Passos não é sólido, líquido ou gasoso: Direito é linguagem! Por isso a verdadeira ciência do Direito é a hermenêutica

jurídica, que buscará dar sentido aos signos lingüísticos normativos que são elásticos, maleáveis, plásticos, indeterminados e ambíguos, que estão fora do ente e que têm a finalidade de convencer.

Entretanto, e acima de tudo, Direito é bom senso, é compromisso com o humano (do juiz, do advogado, do promotor, do servidor, do médico...) e é também saber técnico.

5.2. Verdade e Direito

A verdade, como visto, é uma questão da comunicação humana, mas enfrenta dois desafios distintos na busca do entendimento dessa comunicação: a verdade dos conceitos objetivos e subjetivos.

Com efeito, embora todo o problema da verdade, de fato, se desenvolva no subjetivo da mente humana, ou seja, seja um conceito subjetivo, a evolução da linguagem humana permitiu que o homem se comunicasse não apenas por meio da idéia sobre coisas existentes, reais, mas capacitou o homem para conceber e se comunicar sobre conceitos ideais, sobre coisas virtuais.

Ainda que a questão da verdade se apresente da mesma forma, ou seja, como correspondência, a existência de uma realidade concreta relacionada ao conceito (ou a possibilidade de sua concretização) fornece referências que circunscrevem o dilema da verdade (e da mentira) dentro de limites desconhecidos para o mundo dos conceitos ideais.

Objetos originados da mente humana, como o Direito, enfrentam um desafio ainda maior quando confrontados com a questão da verdade, pois sua inexistência fora da condição humana revela-se um significativo complicador para o estabelecimento de um modelo de verificação, como exigiria uma visão clássica de verdade.

O Direito é, ele próprio, uma criação humana, não poderia, em princípio, se valer senão da própria verdade humana, esta é que interessa ao Direito.

Afinal, mesmo para os que crêem na verdade absoluta e inquestionável, esta não está normalmente disponível para as ciências humanas, dada a sua natural historicidade.

Por isso, para o Direito, somente existe a verdade humana, única da qual pode se apropriar para existir, pois esta tem a mesma natureza de sua própria essência: o homem.

5.3 Verdade e os tipos de processo

a) A verdade no processo penal

É princípio largamente usado no direito processual penal o da verdade real, cuja tradução é a importância para se buscar atingir a plena convicção dos magistrados sobre os fatos postos à exame pelo Poder Judiciário.

b) A verdade no processo civil

O direito processual civil aceita historicamente o predomínio da verdade formal/processual, ou seja, a valorização da verdade extraída dos autos do processo, construída ainda que sem tanta correspondência com a realidade.

Verifica-se a opção do CPC pela verdade formal quando: 1) Dispensar-se prova sobre fatos não controvertidos (art. 334, II e III), objeto de presunção (art. 334, IV), ou; 2) Na falta de convencimento do Juiz, ao invés de prosseguir-se na instrução julga-se a questão com base em presunções legais ou, na sua falta, aplicando a regra de ônus da prova, independente da verdade real. Por outro lado, permitem o ingresso de aspectos da opção pela verdade real pela possibilidade do Juiz requerer todos os meios de prova de ofício.

Atualmente, observa-se uma migração gradativa do princípio da verdade real do processo penal para o processo civil e isso tem produzido efeitos práticos tanto na instrução quanto nas próprias decisões judiciais.

5.4. Verdade e instrução do processo

5.4.1. *A verdade e as partes*

a) As partes no processo civil

No processo civil, é dever das partes, sem distinção entre autor, réu, ou terceiros que venham a integrar a relação jurídica processual, expor os fatos conforme a verdade. (art. 14, I, CPC), sendo infundada a crença disseminada entre leigos e entre profissionais do Direito de que a parte pode mentir em juízo.

Alguns confundem o fato de apenas a testemunha, por prestar compromisso, estar sujeita a sanção penal pelo crime de falso testemunho, existindo uma permissão para a parte mentir, o que não é correto, pois mesmo sem praticar um ilícito criminal, pratica um ilícito processual, sujeito a sanção também de índole processual: a litigância de má-fé.

Ainda menos autorizada, porém nem por isso menos freqüente, é a importação do direito penal Norte-Americano da possibilidade do acusado deixar de responder a alguma pergunta com a verdade se alegar em seu favor (e deve fazê-lo expressamente) o benefício da quinta emenda, que lhe autoriza a se esquivar de produzir prova contra si. Lá, como aqui, também não se pode mentir em Juízo, apenas se pode, alegando a quinta emenda, apresentar uma escusa válida capaz de tornar possível uma conduta de não colaboração com a Justiça, de forma autorizada.

Inexplicavelmente esta equivocada compreensão do estatuto processual civil brasileiro obteve uma propagação tamanha a importar graves prejuízos para a administração da justiça e para a própria análise da questão da verdade na prestação jurisdicional.

b) As partes no processo penal

O direito processual penal analisa de forma distinta as partes, o Autor e o Réu, em relação aos deveres para com a verdade, vejamos:

O Ministério Público, como representante do Estado na ação penal, tem o dever de observar a verdade em seus pronunciamentos, purgando inclusive pela absolvição do réu se este for o seu entendimento do caso.

O Acusado, porém, não tem, como no processo civil, o dever de colaborar com a Justiça, pois pode deixar de responder às perguntas que lhe forem formuladas sem, por isso, prejudicar-se de qualquer forma, desde que alegue a máxima de que não é obrigado a depor contra si.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, o art. 186 do CPP regulava a matéria dispondo que antes de iniciar o interrogatório do acusado, o juiz deveria salientar ao réu que, embora não seja obrigado a responder as perguntas, o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

Com a inclusão entre as garantias do cidadão estipuladas na Constituição Federal do direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII), conclui-se pela revogação tácita da parte do artigo 186 que atribuía conseqüências processuais negativas ao silêncio do acusado. É importante ressaltar a opinião do Supremo Tribunal Federal (no HC 68.929-9-SP- DJU de 28.02.92, p.13.453) no sentido de que tal direito inclui “por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”.

De igual forma têm-se a segunda parte do art. 198 do CPP, na qual o silêncio do acusado, mesmo não importando em confissão, poderia constituir elemento

para a formação do convencimento do juiz, que também foi revogada por ser incompatível com o direito constitucional do réu de permanecer calado.

Assim, há um quase consenso na doutrina criminal acerca da tolerância com a mentira contada em Juízo como instrumento de defesa pelo réu. Desta forma, o réu estaria fora da obrigação de não faltar com a verdade em juízo, sendo um caso tratado “à parte”.

5.4.2 A verdade e os advogados

O Advogado deve se portar em juízo e fora dele de forma a dignificar a profissão, tem imunidade profissional para não responder pelas declarações prestadas em Juízo em nome da parte no exercício da profissão, mas somente pode fazer imputação de fato definido em lei como crime a terceiro com prévia e expressa autorização do cliente.

O advogado, pela natureza de sua profissão, pelo conteúdo do mandato que recebe, está autorizado a buscar a melhor tese possível para a defesa dos interesses de seu cliente, mas não a de mentir em juízo, respondendo solidariamente com o cliente quando o faz dolosamente, muito menos fraudando documentos, forjando declarações, etc.

5.4.3 A verdade e o juiz

O Juiz tem o dever de buscar a verdade e trazê-la ao processo. A inércia e a imparcialidade dizem respeito apenas à iniciativa na provocação do Poder Judiciário e à ausência de interesse pessoal no favorecimento de uma das partes, mas o impulso do processo é oficial e o compromisso do juiz com a eficaz condução do processo (princípio da eficiência) o compromete com a busca da verdade fática e jurídica, inclusive com uma conduta ativa na instrução do processo. Evidentemente, essa condução ao mesmo tempo que é ativa deve ser realizada com razoabilidade, evitando-se o chamado “ativismo forense” – alargamento demasiado do poder probatório dos juízes.

5.4.4. A verdade e o processo

a) A verdade e o princípio dispositivo

O processo no direito brasileiro somente se inicia por iniciativa da parte, porém, uma vez iniciado se desenvolve por impulso oficial, cabendo ao Juiz liderar a busca pela verdade.

b) A verdade e a livre investigação das provas

No processo já se acatou a idéia do peso legal das provas, ou seja, a prevalência, pela natureza das provas de uma sobre outras. A livre investigação das provas e o livre convencimento – persuasão racional – revelam o comprometimento da Justiça com a ampla instrução probatória e com a verdade real.

c) A verdade e a proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito

O princípio da verdade real sofre um abalo quando provas de fatos verdadeiros não são admitidas por terem sido obtidas por meio ilícito, mas a questão é de ponderação de bens e interesses: devendo-se avaliar se os prejuízos para a sociedade superariam os benefícios, caso este tipo de prova obtida contra o ordenamento jurídico fosse utilizada em Juízo.

5.5. Verdade e decisão judicial

O Poder Judiciário, composto por homens, sempre dependeu das certezas possíveis, como são as alcançáveis pelos seres humanos. Não se quer desvincular a Justiça da verdade, mas apenas ressaltar que a verdade que se poderá produzir nos autos será sempre aquela que estiver ao alcance dos homens em determinado momento histórico. Essa é a verdade possível nas decisões judiciais.

A ação de investigação de paternidade resolvida hoje com o auxílio da tecnologia do DNA não é nova, já foi resolvida com base em exames de sangue, ou, na sua falta, com apenas o testemunho das pessoas. O juiz de 40 anos atrás não se sentia desamparado pela prova dos autos como se sentiria hoje um juiz que fosse obrigado a julgar a ação apenas com a prova testemunhal. Isto revela como a certeza e a verdade que se presume dela são relativos no tempo e no espaço.

O mesmo se diga em relação à importância do desenvolvimento tecnológico na elucidação dos crimes e outros tantos exemplos.

Provas, hoje suficientes com o advento da tecnologia, podem ser consideradas insatisfatórias no futuro, isto não desqualifica as decisões de nosso tempo, apenas exemplifica o argumento de que a verdade e a certeza necessárias para o julgamento revelam-se temporais, humanas e relativas.

5.5.1. A verdade dos fatos

Como na seqüência da elaboração de sua decisão, o juiz precisa relatar os fatos e defini-los para saber se haverá a incidência do ordenamento, o juiz primeiramente busca a verdade dos fatos.

Neste aspecto surge a questão do dilema verdade real x verdade formal, ou seja, qual o “grau” de verdade fática é necessária para a decisão? E daí surgem diversas inquietações a saber:

1. Apenas a absoluta certeza sobre os fatos postos em julgamento admite uma decisão?
2. Se a verdade não aparecer, o juiz pode não decidir, deixar de julgar os fatos que lhes são postos?
3. A verdade real é um objetivo visado pelas partes e pelo Juiz, que compromete a ação de todos os agentes no processo de uma forma proativa para se trazer aos autos esta verdade?
4. Se as parte não se desincumbem de provar, o juiz deve escolher critérios construídos legalmente como o ônus da prova, ou inversão deste para obedecer à proibição do *non liquet*?
5. O Juiz atua como árbitro de uma partida, deixando as partes e seus advogados fazerem o jogo e proclamando o resultado final (quem venceu) ou envolve-se diretamente, especialmente na instrução do feito, na busca pela verdade real para que possa prestar a jurisdição sobre um suporte fático consistente?
6. O Juiz pode buscar a verdade e seu próprio conhecimento dela mesmo quando os fatos são admitidos como verdadeiros por ambas as partes, ou seja, pode instruir o processo mesmo sem antagonismo fático na postulação (sem fatos controvertidos)?
7. O juiz se ocupa apenas da verdade formal, julgando o que está nos autos sem buscar formar seu convencimento com a verdade, sendo-lhe defeso instruir quando a matéria fática for incontroversa?

Respondendo a esses questionamentos é possível concluir que se existe verdade na decisão judicial, esta é criação humana para justificar a necessidade impreterível de julgar (inafastamento do poder judiciário) que está atrelada ao direito subjetivo de acesso à jurisdição.

5.5.2. A verdade do direito

Definido o fato sobre o qual deve incidir o ordenamento, há outra “verdade” a ser encontrada, a do Direito. Se, no plano fático, o problema é da forma e da

qualidade dos registros dos acontecimentos, ou seja, da verificação da capacidade do meio de reter, segurar, a realidade no mundo dos fenômenos, no plano do direito a busca da identidade entre conceitos e a “realidade” ocorre no plano eminentemente (inter)subjetivo, em um fenomenologia cultural.

A verificação da validade das premissas, ilações e conclusões obedece a uma outra ordem de valores e significados, de forma que a “verdade” que o direito busca é outra. É uma verdade construída, justificadora.

6. CONCLUSÃO

A verdade é para a compreensão o mesmo que a música para o ouvido ou a beleza para o olho. A verdade é um problema da linguagem, porque é uma construção lingüística.

Mas a verdade só interessa ao homem e deve ser reconhecida, quando dela o homem participa, quando se apropria dela internamente, essencialmente, independentemente se divina ou humana.

Quanto ao direito, a verdade que interessa é a humana, visto que o direito é objeto cultural do homem, por ele criado, por ele reduzido a texto, traduzido pela linguagem, interpretado pelo homem que lhe dá sentido, resultado, aplicação e utilidade.

Os operadores do direito estão, por isso, obrigados a ler os textos normativos à luz dos princípios e garantias fundamentais, procurando extrair delas um resultado que confira ao Direito o máximo de efetividade.

Assim, a idéia de verdade no Direito não pode ser outra que não a de justificação, que é mais que a correspondência, pode ser mais que a conformidade, mas nunca será mais que a revelação, que a essência. Logo, a verdade heideggeriana não se aplica às decisões judiciais, porque apesar de humana.

A verdade na decisão judicial não se preocupa com o desvelamento. Está muito mais preocupada com o cotidiano, com a prática, com a fórmula, com a utilidade, com o resultado que atenda ao sistema posto do que com a descoberta do ser em si mesmo, o “ser-aí”, o “estar no mundo”. A decisão judicial não é ato de fala, é um discurso, porque dá razão, reflete, fundamenta, submete a fala à possível controvérsia. É um discurso que se legitima não apenas porque aquele que o profere possui competência, mas pela força dos argumentos apresentados, ponderados.

Portanto, a verdade no Direito é argumentativa, justificadora. Atende às exigências de racionalidade formal do sistema. A função da verdade na decisão judicial é dar consistência à decisão; é guardar coerência com o ordenamento; é garantir segurança e pacificação social.

7. REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Introdução à história do Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BONALDO, Nádia. *As confissões de Santo Agostinho*. São Paulo: Paulinas, 1998.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil: estudos sobre o processo civil*. Campinas: Bookseller, 1999, v. I.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, v. I
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Campinas: Servanda, 1999, v. I.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2001.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. I.
- COBRA, Rubem Queiroz. *Martin Heidegger*. Disponível em: www.cobra.pages.nom.br Acesso em: 1/6/2007.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. por: J. Baptista Machado. 7. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERNADEZ-ARMESTO, Felipe. *Verdade: uma história*. Tradução de Beatriz Vieira. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1994.
- GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília jurídica, 1996.
- GHIRALDELLI Jr., Paulo. *A desconfiança na verdade*. Disponível em: http://www.ghiraldelli.pro.br/Desconfianca_na_Verdade_g.htm Acesso em: 4/6/2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: Introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

- HABERMAS, Jurgen. *A ética e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HEIDEGGER, Martin. *A essência da verdade*. [s.l.]: Livraria duas Cidades, [s.d.]
- _____. *El ser e el tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1951.
- JHERING, Rudolf von. *A finalidade do direito*. Trad. por Heder K. Hofmann. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça*. Trad. por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- _____. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- MARINONE, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1997, v. I.
- NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- OLIVEIRA, Cristina G. M. *Presença, abertura e verdade em Heidegger*. Disponível em: <http://www.filosofiavirtual.pro.br/presencaheidegger.htm> Acesso em: 1/6/2007.
- PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Portugal: Edições 70, 1999.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ROBLES, Gregório. *El Derecho como texto: cuatro estudios de Teoría Comunicacional del Derecho*. Madri: Civitas, 1998.
- RORTY, Richard. *Verdade e Progresso*. Tradução de Denise Sales. São Paulo: Manole, 2005.

XVI

AS ORIGENS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Sua incorporação ao ordenamento brasileiro

Paula Sarno Braga

Mestre – UFBA.

RESUMO: A presente monografia teve por objetivo fundamental analisar as raízes históricas do devido processo legal, para chegar ao momento de sua acomodação definitiva no ordenamento jurídico brasileiro.

ABSTRACT: The present monograph aims basically at analyzing the historical roots of the due process of law, arriving to the moment of your definitive incorporation at brazilian juridical rules.

PALAVRAS-CHAVE: lei da terra; João Sem-Terra; origem histórica; Inglaterra; Estados Unidos da América; outros países; Brasil; devido processo legal; proporcionalidade.

KEYWORDS: law of the land; John Lackland; historical origin; England; United States of America; another countries; Brazil; due process of law; proportionality.

SUMÁRIO: 1.Introdução – 2. Pánel histórico: 2.1. Inglaterra. O berço da cláusula do devido processo legal: 2.1.1. O reinado despótico de João Sem-Terra; 2.1.2. A magna carta de 1215; 2.1.3. Dr. Bonham's Case. Índícios de um devido processo legal substantivo; 2.1.4. O governo de Carlos I e a *Petition of Right*; 2.2. Estados Unidos da América – 3. Outros países. difusão ao longo do mundo: 3.1. Alemanha; 3.2. Argentina; 3.3. Itália; 3.4. Espanha; 3.5. México; 3.6. Panamá – 4. Brasil. sua acomodação no ordenamento brasileiro – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pretende-se, com o presente trabalho, fazer um panorama histórico do instituto do devido processo legal, partindo de suas origens anglo-saxãs, para chegar ao momento de sua incorporação definitiva ao ordenamento jurídico brasileiro.

Frise-se, a visão é panorâmica, e não minudente o bastante para exaurir o tema. Sempre existem entremeios onde se pode alçar um vôo mais audaz.

E para cumprir a meta anunciada, parte-se do nascimento da cláusula do devido processo legal, no seio do feudalismo inglês, sucedido do seu progressivo desenvolvimento nas colônias norte-americanas. Segue-se expondo a difusão do instituto ao longo do mundo, invadindo países como a Alemanha, Itália, Espanha,

México etc., até a sua acomodação lenta e gradual no ordenamento jurídico brasileiro, porém definitiva.

2. PAINEL HISTÓRICO

2.1. Inglaterra. O berço da cláusula do devido processo legal

2.1.1. O reinado despótico de João Sem-Terra

A conjuntura político-social da Inglaterra, nos idos do Século XI, foi determinante para o nascimento da cláusula do devido processo legal.

Em 1.066, a Inglaterra foi invadida e conquistada pelos normandos (advindos da França), sepultando-se o império dos saxões e instaurando-se o sistema feudalista.

O feudalismo inglês foi erguido sobre uma estrutura político-social peculiar em relação aos demais países europeus, marcada: por um lado, pela existência de uma monarquia forte e centralizada – com controle administrativo e fiscal das mais diversas áreas –, bem como pela instituição de um direito nacional uno e distinto do direito eclesiástico; por outro, pelo estabelecimento de limites ao poder real, por meio das chamadas “cartas”, repletas de promessas de implementação de um governo eficiente e reverenciador dos direitos dos barões – que participavam constantemente das questões públicas¹.

Enfim, conviviam lado a lado o monarca soberano e seus poderosos súditos (os magnatas feudais).

Foi nesse contexto que, no final do século XII, o príncipe John Anjou, mais conhecido como John Lackland (João Sem-Terra), assumiu, aos trinta e dois anos, o trono inglês, sucedendo seu irmão, Ricardo Coração-de-Leão, então falecido²⁻³.

1. MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, p. 3.

2. Cf. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.16; SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 96.

Dizem os historiadores que Ricardo recebeu o apelido Coração-de-Leão pela heróica liderança das Cruzadas. Mas não passava de governante imprudente e irresponsável, afeito somente a guerras e combates. Chegou ao trono depois de rusgas e desentendimentos com seu pai (Henrique II) e seus irmãos, e já no governo só se interessava por embates belicosos e pela caçada ao misterioso Santo Graal. Abandonado, o país beirou a falência, obrigando-o a aumentar os impostos, o que só fomentava sua impopularidade e má-fama perante os ingleses. (SUANNES, op. cit., p. 96-97).

3. A sucessão de reis não se deu sem discórdia: “Quando Ricardo ingressou na Guerra Santa declarou seu sobrinho, Arthur, o duque da Britânia, como seu sucessor; e por um feito formal, deixou de lado, em favor

Já na cerimônia de sua coroação, na festa de Ascensão, em 27 de maio de 1.199, John Lackland comprometia-se a fazer um bom governo, com a mesma solenidade e magnificência do rei anterior. Com o passar dos anos, as promessas foram deixadas para trás, apagando-se da memória do governante, que se revelou simulado, inábil e nada arrojado⁴.

João Sem-Terra⁵ é descrito por historiadores como um déspota, velhaco e mau administrador, perfil que gerava descrédito e insatisfação perante barões, clérigos e populares⁶. E suas atitudes tirânicas e traiçoeiras não passaram sem um registro histórico: para conquistar a coroa, disputou-a com seu sobrinho, tirando violentamente sua vida; já no trono, no curso de seu reinado, impôs tributos elevados e indevidos; foi, ainda, desidioso nas batalhas travadas com outros países, amargando derrotas prejudiciais para os ingleses – quando perdeu Poatu, Normandia e outros países⁷; isso sem mencionar seus desentendimentos pessoais com a Igreja, desencadeados pela sucessão de arcebispos.⁸⁻⁹

do sobrinho, o título de seu irmão João, que era ainda mais novo que Geoffrey, o pai do príncipe. Mas João muito pouco se submeteu a este destino, e assim que ganhou domínio do Ministério Inglês, através da expulsão de Longchamp, o chanceler e grande judiciário, ele induziu todos os barões ingleses a jurarem que ele manteria o seu direito à sucessão; e Ricardo, em retorno, não levou a diante qualquer das medidas para restaurar e assegurar a ordem que ele antes havia estabelecido”. (tradução livre) (HUME, David; SMOLLETT, Tobias; FAR, E.; NOLAN, F.H. *The History of England*. Volume I. London: J.S. Vitruve & Co, limited City Road and Ivy Lane, p.132)

4. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 22- 23.
5. O epíteto “Sem-terra” para uns justifica-se por suas derrotas, para outros por não ter sido contemplado na herança do pai (SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97).
6. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4. Ressalta sua crueldade, KNAPPEN, M.M. *Constitutional and Legal History of England*. Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company, 1942, p. 93.
7. MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 12.
8. MARTEL, op. cit., p. 4.
Para uma descrição detalhada dos insucessos que permearam o governo de John Lackland, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.40-41.
9. É o que narra Pontes de Miranda, sem qualquer reserva: “Os desastres, cinzas e arbitrariedades do novo governo foram tão asseverantes, que a nação, sentindo-lhe os efeitos envilecedores, se indispôs, e por seus representantes tradicionais reagiu. Foram inúteis as obsecrações. A reação era instintiva, generalizada; e isso, por motivo de si-mesmo explícito: tão anárquico fora o reinado de João, que se lhe atribuía outrora, como ainda nos nossos dias se repete, a decadência, então, de toda Inglaterra. Atuou sobre todas as camadas sociais; postergou regras jurídicas sãs de governo; descurou dos interesses do reino; e, a atuar sobre tudo, desservindo a nobres e humildes, ameaçava desnervar a energia nacional, que se revoltou”. (MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 11).

Em 12 de julho de 1.205, faleceu Huber Walter, arcebispo e conselheiro do rei. Poucos meses depois, John Lackland indicou para o cargo John Grey, bispo de Norwich, rejeitando o arcebispo recentemente consagrado pelo clero local (Stephen Langton).

O Papa Inocêncio III, cientificado da interferência do rei, persuadiu os bispos e monges a elegerem, ainda assim, o bispo Stephen Langton, o que ocorreu¹⁰. Iniciaram os preparativos para que Stephen Langton assumisse o posto eclesiástico, a despeito da discordância do monarca. Esta recusa real em aceitar o novo arcebispo, somada a outras arbitrariedades, culminou na excomunhão do rei João Sem-Terra pelo Papa, em 1.209.

Daí por diante, inúmeras rixas e desavenças marcaram a relação entre o monarca e a Igreja, até que, ameaçado de destronamento¹¹, nos idos de 1.213, submeteu-se ao clero e aceitou que Stephen Langton assumisse a dignidade de arcebispo. E mais, “pagou o dinheiro extorquido da Igreja; e, como humilhação à coroa, rendeu seu reino à Roma, recebendo-o novamente, como um vassalo do Papa, sujeito à tributos, e jurando-lhe lealdade e obediência”¹².

Meses se passaram e quando os focos de tensão sóciopolítica pareciam ter-se dissipado, o baronato e o clero se levantaram contra o rei. Afinal, João Sem-Terra, ao subir ao trono, tinha feito inúmeras promessas e vinha demonstrando que não seria fiel à palavra empenhada. Seus desmandos, injustiças e excessos levaram os barões e os clérigos a se insurgir, exigindo que o rei restaurasse as leis, os bons costumes e a liberdade¹³. E um fato em especial intensificou os conflitos e atiçou os ânimos:

10. “As provisões que as Constituições de Clarendon determinaram para que fosse preservada a substância do controle real em tais assuntos foi para permitir a proteção desta contra o sacerdócio protestante. Eles eram autorizados a eleger, todavia, deveriam fazê-lo na capela da Corte Real. Considerando que poucos sacerdotes eram corajosos o suficiente para desafiar a vontade do rei enquanto cercados por seus cúmplices, os candidatos do rei eram geralmente os escolhidos. No final do século, porém, o papa Inocêncio III sobrepôs o poder papal em um nível bastante alto, e pareceu-lhe possível desafiar esta preponderância real” (tradução livre). (KNAPPEN, op. cit., p. 113). Vide, HUME, David; SMOLLETT, Tobias; FAR, E.; NOLAN, F.H. *The History of England*. Volume I. London: J.S. Vitruve & Co, limited City Road and Ivy Lane, p. 137.
11. O Papa Inocêncio III determinou, ainda, o cerramento das portas de todas as igrejas do país, privando o povo inglês do cultivo à sua fé. E o descontentamento do povo colaborou para que o rei se submetesse à autoridade papal. (Cf. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 97; FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 14).
12. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 23-24. Para mais detalhes, indica-se PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40-42.
13. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 24-26; PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41-43.

[...] no ano seguinte, uma fracassada tentativa do rei de retomar parte das terras ocupadas pela França elevou o clima de confronto entre o baronato e o soberano. Estrategicamente encarregaram ninguém menos que do que o arcebispo de Cantebury para redigir uma petição dirigida ao rei John, onde era reivindicado o reconhecimento de alguns direitos dos súditos em face dos monarcas¹⁴.

A essa altura o rei John já bradava: “Por que não pedem também minha Coroa?”¹⁵.

Depois de meses de protestos, negociações mal-sucedidas e intrigas, os nobres, em maio de 1.215, marcharam sobre Londres, atraindo boa parcela da população para o movimento. Em menos de um mês (15 de junho de 1.215), em reunião realizada em *Runnymede*, o monarca já acatava as reivindicações da nobreza e do clero, quando aceitou os termos dos “Articles of the Barons”¹⁶ – documento que serviu de substrato para a elaboração da Magna Carta de 1.215, na qual o rei João Sem-Terra após seu selo real¹⁷⁻¹⁸.

14. SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 98.

15. MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus* (Direito Constitucional e Processual Comparado). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 16.

16. Perceba-se que, a princípio, o rei resistiu, recusando-se em apor o selo real no documento produzido pelo eclesiasta. E foi o que desencadeou a marcha “do Exército de Deus e da Santa Igreja em direção à cidade de Londres” (SUANNES, op. cit., p. 98).

17. Vide BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar*. 2. Volume. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951, p. 267; SUANNES, op. cit., p. 97-98; PEREIRA, op. cit., p. 41 et seq.; LIMA, op. cit., p. 24-26.

Com relato detalhado do ocorrido, Knappen, nos seguintes termos: “Os barões estavam furiosos com as pesadas exigências de João pelo dinheiro e serviços feudais, geralmente ocasionados pelas guerras francesas que ele conduzia, com pouco sucesso. Em uma consulta preliminar, realizada em 1213, a carta de Henry I foi comentada e o sábio Arcebispo Langton produziu-a em um encontro em Londres no ano seguinte. Ele estava muito ansioso por um substituto legal para os meios violentos de solucionar os conflitos e os barões aceitaram a idéia de uma nova carta a ser assinada por João, apesar de eles esperarem empregar forças – ou ameaçar fazê-lo – para assegurar tal fim. Em maio de 1215 eles formalmente renunciaram a sua aliança com o rei, ao apoiarem a teoria feudal que requeria esta ação antes de recorrerem a uma tentativa por meio de batalha. João, apressadamente, fez concessões a Igreja e também aos cidadãos de Londres, na esperança de alcançar seus suportes, mas ambos os grupos posicionaram-se ao lado dos barões. O rei, neste momento, constatou que a resistência militar seria inútil. Em 15 de junho de 1215, ele reuniu-se com os barões em Runnymede (centro de Runny), próximo a Windsor, ao redor de Thames e acima de Londres, e aceitou os termos por eles impostos. Quatro dias depois, a Carta Magna foi editada” (tradução livre). (KNAPPEN, M.M. *Constitutional and Legal History of England*. Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company, 1942, p. 124 -125).

18. “A teoria tradicional faz da Magna Carta a descendente direta da Carta de Coroação de 1100, emitida por Henry I ao subir ao trono. Mas se a Magna Carta arrancada em Runnymede do Rei John, em 1215, derivou da Carta de Henry I, o fato é que foi muito além do documento anterior, tanto na formulação como nas implicações. Talvez o aspecto mais importante sejam as circunstâncias diferentes em que as duas cartas surgiram. Henry emitiu a Carta da Coroação para conseguir apoio à sua ascensão ao trono; mas o instrumento em si era um ato unilateral da parte do soberano, uma promessa do rei, oferecida como uma concessão, e

2.1.2. A Magna Carta de 1.215

A Magna Carta foi expedida originariamente em sessenta e três capítulos, tendo sido redigida em latim¹⁹. O rei João Sem-Terra, ao selá-la, comprometeu-se a respeitar os direitos e liberdades dos barões feudais, dentre eles, o devido processo legal.

Apesar de existirem autores que enxergam origem mais remota²⁰, o capítulo 39 da Magna Carta é considerado o berço da cláusula do devido processo legal, dispondo que: “nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou

não em decorrência de uma coação exterior” (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 13).

19. “A escrituração latina desse pacto de pacificação da nobreza medieval anglo-saxônica deve-se, segundo o douto Celso Albuquerque Mello, ao objetivo deliberado de fazê-lo inutilizável pela maioria da população como instrumento de proteção dos seus direitos: A Magna Carta nada mais foi do que um dos inúmeros pactos existentes, no período medieval, entre a nobreza e os reis”. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7).

20. Considerando-a base do *due process*, por exemplo, VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 25.

Em sentido diferente, Adhemar Ferreira Maciel: “Se começarmos a espiolhar muito o instituto do devido processo legal [...], veremos que ele se remonta há mais de cinco séculos antes da era cristã. Na ‘Antígona’ de Sófoles, peça estreada em Atenas, presumidamente do ano de 441 a.C., já se invocavam determinados princípios morais e religiosos, não-escritos, que podiam ser opostos à tirania das leis escritas.

Édipo – vou apenas recordar –, quando descobriu que seus 4 filhos eram filhos dele com sua própria mãe, num gesto de autopunição, vasou seus olhos e passou a vagar pela Grécia, guiado pela filha Antígona. Com sua morte, seus dois filhos, vale dizer, irmãos de Antígona, passaram a disputar o poder político de Tebas. Numa batalha, um irmão matou o outro, e um tio deles, Creonte, assumiu o governo. O primeiro decreto de Creonte foi proibir que se desse sepultura a um dos irmãos mortos, Polinices, considerado traidor da pátria. A pena pela desobediência seria a morte do infrator. Antígona, então, após invocar as leis não-escritas, que se perdiam na perspectiva dos tempos, retrucou que acima das leis do Estado, das leis escritas, existiam as leis não-escritas, de cunho universal, que deviam prevalecer sobre as leis escritas, pois se calcavam na natureza do homem.

Pois bem, essa revolta de Antígona é apontada como sendo o germe do direito natural, do qual o direito de resistência seria uma variante.

Alguns anos depois, Aristóteles (384-322 a.C.), na Arte Retórica, ao falar sobre justiça e equidade, invoca essa passagem de Antígona. Séculos depois, Cícero (106-43 a.C.), imbuído do pensamento estoíco, busca mostrar que o direito não era só fruto de convenções dos homens, mas estava sobretudo na natureza das coisas.

A idéia do direito natural foi base do pensamento de dois autores ingleses: o juiz Sir Edward Coke (1552-1634) e o filósofo John Locke (1632-1704), cujas obras repercutiram [...]” (MACIEL, Adhemar Ferreira. *O Devido Processo Legal e Constituição Brasileira de 1988. Revista de Processo, n.85*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 176 -177).

Segundo Ruitember Pereira, a verdadeira origem do *due process of law* remonta o século XI, no reinado de Conrado II, na Alemanha Medieval. O monarca pretendia travar uma relação de estabilidade e lealdade com os condes e vassallos, ainda no modelo feudal. Para tanto, editou, em maio de 1.037, em uma expedição germânica para Milão, o primeiro decreto a registrar por escrito o direito feudal e as práticas relativas à propriedade – preservando os direitos dos senhores feudais. Ali constaria a cláusula do devido processo legal redigida em texto que seria copiado pela Magna Carta de 1.215: “Nenhum homem seria privado de um feudo sob o domínio do imperador ou de um senhor feudal (*mesne lord*), senão pelas leis do Império

posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra”²¹⁻²².

Assegurava-se, pois, que nenhum “homem livre”²³ seria privado de seus bens jurídicos maiores – vida, propriedade, liberdade –, sem que antes tivessem sido atendidas exigências formais, quais sejam, o julgamento por seus pares (*judgment of his peers*) e o respeito à lei da terra (*law of the land*). Isso significava que os direitos naturais do homem somente poderiam sofrer limitações com respeito aos procedimentos e ao direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais²⁴. E foi na expressão *law of the land* que teve origem o princípio do *due*

(*laws of empire*) e pelo julgamento de seus pares (*judgment of his peers*)” (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15-20 et seq..)

O mesmo autor ressalva nas páginas seguintes que o Decreto Germânico-Feudal distingue-se na Magna Carta de 1215 não só por ter nascido em ambiente histórico harmonioso – sem disputas acirradas entre seus atores (barões feudais, vassallos) –, por iniciativa do governo imperial, como também por não se limitar à perspectiva formal do devido processo legal, revelando contornos substantivos – quando visa proteger o direito de posse dos vassallos contra investidas arbitrárias dos senhores feudais ou imperadores (PEREIRA, op. cit., p. 24-25).

O autor identifica, ainda, estritas ligações políticas e familiares entre Alemanha e Inglaterra que permitiram que se reproduzissem em leis inglesas o princípio do devido processo legal (*laws of empire* e *judgment of his peers*) – algumas das leis apontadas, inclusive, anteriores à Magna Carta (PEREIRA, op. cit., p. 28 et seq.).

21. Em latim, é disposta originariamente nos seguintes termos: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisietur, aut ultragetur aut exuletur, aut aliquo modo destruat de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, nec supere um ibimus, nec supere um in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae. Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut iustitiam” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 16-17).
22. “[...] não asseguravam o direito ao *habeas corpus* ou a um julgamento pelo júri, como alguns advogados mais atuais sustentaram. O verdadeiro direito ao *habeas corpus* não foi desenvolvido até anos depois, e em 1215 o julgamento pelo júri foi apenas um dos métodos testados pelo qual um homem se submetia a seus companheiros em corte. Todavia, estas cláusulas eram virtualmente equivalentes a cláusula original do devido processo legal na Constituição Americana, e representaram um triunfo de Langton em resolver os conflitos por meios legais e não violentos”. KNAPPEN, M.M. *Constitucional and Legal History of England*. Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company, 1942, p. 126).
23. “É verdade que os barões estavam exclusivamente preocupados com suas queixas contra John; Mas quando os Artigos dos Barões originais estavam sendo refinados, as palavras ‘qualquer barão’ fora mudadas em diversos dispositivos importantes para ‘qualquer homem livre’ (*liber homo*). Essa mudança de palavras pode ter algo de importância menor na ocasião (‘homem livre’ era uma expressão técnica feudal com um sentido muito mais restrito do que o que lhe damos hoje), mas posteriormente adquiriu maior importância. É que permitiram que os capítulos essenciais da Magna Carta pudessem se ajustar às necessidades de épocas posteriores, fixando precedentes para resguardar as liberdades que iam se desenvolvendo. Os ataques reais aos direitos dos barões podem ter sido a causa direta da Magna Carta, mas a terminologia usada iria se mostrar, ao longo dos tempos, ampla o bastante para proteger a nação inteira” (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 15-16).
24. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

process of law (devido processo legal) – tanto que, com o tempo, os termos passaram (*due process* e *law of the land*) a ser utilizados como sinônimos²⁵.

Trata-se da mais importante garantia conferida aos magnatas feudais²⁶. Bernard Schwartz, visualizando-a como um grande marco histórico, vai mais além e assevera que:

Nela é que se encontra pela primeira vez, na história inglesa, um instrumento escrito arrancado de um soberano pelo grosso da comunidade politicamente articulada, com o objetivo de impor preceitos compulsórios que nem mesmo o soberano podia violar. É na Magna Carta que se encontra o germe do princípio básico de que há direitos individuais fundamentais que o Estado, por mais soberano que seja, não pode infringir²⁷.

Ada Pellegrini Grinover a considera, inclusive, um dos precedentes mais importantes das modernas Constituições que, de forma inovadora, submete o soberano aos ditames da lei:

Vista por muito séculos como garantias solene de direitos individuais, a crítica moderna contribuiu para colocar em seu devido lugar o documento que apesar da forma de outorga de direitos, disfarçou, na realidade, um acordo de vontade entre o monarca e os súditos revoltados. Chegou-se a sugerir que a carta foi ditada exclusivamente para proteger os interesses da nobreza, mas na realidade ela constitui, com os demais pactos medievais, um antecedente das modernas Constituições, no que tange à forma escrita e à proteção de direitos individuais, ainda que de caráter imemorial e destinado a determinados homens. Pela primeira vez a nobreza opõe ao monarca o princípio da supremacia de uma

Ada Pellegrini comenta as interpretações dadas à expressão ao longo dos anos: “O exame minucioso do termo *law of the land* e o estudo dos antecedentes históricos da Magna Carta levaram a doutrina mais recente a interpretar a expressão como a necessidade de observância das ‘leis do país’, para a validade do julgamento, contra o entendimento anterior de que o termo significaria um retorno um retorno às ordálias, em oposição à Justiça do soberano. Mas na frase *by the legal judgement of his peers* não se pode ainda ver, consoante a moderna doutrina, a primeira expressão do *trial by jury*. E quanto à expressão *free man*, que para a doutrina mais antiga abrangia todos os súditos, parece certo que se limita à nobreza, cujos membros eram os únicos que, à época, gozavam daquela condição” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 24).

25 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 20; SUANES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 105 – 106.

26. Muitos doutrinadores ressaltam que as garantias ali previstas só beneficiavam a nobreza – como SILVEIRA, Paulo Fernando. (op. cit., p. 17; GRINOVER, op. cit., p. 23) –, uma minoria, contudo, defende que alcançavam a população em geral.

Sobre a polêmica, confira-se: LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 27 et seq.; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 7.

27. SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 12- 13.

lei que se impõe ao próprio governante, antecipando a idéia fundamental de constitucionalismo do século XVIII²⁸⁻²⁹.

A Magna Carta perdurou. Teve história longa e duradoura, atravessando os séculos seguintes – ainda que com alguns remendos. Foi subscrita e ratificada pelos inúmeros monarcas ingleses que se sucederam. Mas logo quando confirmada pelo rei Henrique III³⁰ – filho de João Sem-Terra, que o sucedeu no trono –, em 1.225, foram feitas algumas alterações secundárias: o documento passou a ter 37 capítulos e o princípio do devido processo legal contou com previsão no seu capítulo 29³¹.

28. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 23-24. Cf. VIGORITI, Vicenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 26.
Também assim, BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 9. A esse respeito, conferir: SCHWARTZ, op. cit., p. 14, 16 e 17.
Orlando Bitar tece críticas sobre a visão que se tem do documento de simples “tábua de privilégios” representativa da classe dos barões feudais. Traz outras explicações sobre sua importância para a história constitucional inglesa.
Qualifica-a como o primeiro grande ato público da nação, depois que firmou sua identidade, sendo que, através dela, os barões incorporaram interesses de todo o país.
Em seu teor, apura-se uma “tonalidade democrática”; “o povo comungara de seu movimento preparatório, seu apoio fora imprescindível e tivera na repartição de benesses apreciável quinhão” Os barões não eram fortes o bastante, diz, para enfrentar retaliações reais sem ajuda de outras classes. Há que diga que os barões eram líderes do povo.
Mas são os princípios nela previstos que “justificam sua gloriosa carreira”. E seu valor maior está em ter inspirado gerações (BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar*. Vol. 2. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951, p. 267-268).
29. Ruitemberg Pereira não poupa esforços em criticá-la. Diz ser diploma permeado por expressões vagas, regras inexequíveis, assistemáticas. Era um instrumento ineficaz (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 48 et seq.).
Não goza sequer de importância histórica para o autor, “seja porque não significou a efetivação de direitos humanos, à medida que a maioria notável de suas previsões nunca sai do contrato firmado entre o Rei e os barões (permanecendo mero *flatus vocis*), seja, sobretudo, porque não significa nenhuma inovação ou originalidade no que tange à evolução do princípio do devido processo legal” (PEREIRA, op. cit., p. 53).
30. Sobre o desastroso governo de Henrique III, que culminou em novo clamor por ratificação dos direitos e liberdades individuais, Pontes de Miranda traz seu relato histórico: “A partir de 1219, Henrique, que tivera a seu lado, até então, graças a seu tutor [...], os barões anteriormente revoltados contra seu pai, governou por si só, aos tropeços, desastrosamente, como fora de esperar-se em príncipe tão inculto e cheio de vícios. Ambicioso, quis retomar os domínios que Felipe-Augusto tirara a João Sem-Terra, e desembarcando, a 12 de maio de 1242, em Royan, com esse intuito, que o espicava, fez declarações em tom cominatório; desafiou em 16 de junho a Luís IX, e, embora mal preparado, deixou-se conduzir a luta temerária, porque desigual. [...] A alta de impostos, consequência lógica de tantos erros e baldas políticas, fez com que se sublevassem os barões, recontinuando-se a revolução que sob João-sem-terra reclamara liberdades e garantias. Daí a confirmação da Magna Carta, em 1255, em reunião de prelados, convocados em Westminster, com expressa ameaça de excomunhão contra quem a violasse” (MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 18).
31. Ainda, segundo Maria Rosynete Oliveira Lima, só doze anos depois o pacto passou a ser denominado de Magna Carta (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 34).

Só no ano de 1354, mais de um século depois, durante o governo de Eduardo III, que a Magna Carta foi traduzida para a língua inglesa³². E com a edição do *Statute of Westminster of the Liberties of London*, no seu Capítulo 29, o vocábulo lei da terra (*law of the land*) foi substituído por *due process of law*, por obra de um legislador desconhecido³³.

Nos séculos XV e XVI a Magna Carta ficou um pouco esquecida – não suscitava mais grandes debates –, pois os ingleses estavam atentos ao fortalecimento do seu Parlamento e à repartição de poderes com o monarca.

Sucedeu que, no século XVII, criaram-se arestas entre Coroa e Parlamento. Novas arbitrariedades reais geraram sucessivas dissidências entre os poderes estatais³⁴, o que conduziu a uma releitura da cláusula do devido processo legal³⁵.

Por reinterpretação de *Sir Edward Coke* (século XVII) e, em seguida, de *Blackstone* (século XVIII), deixava de ser mera fonte de direitos e franquias para senhores feudais, para se tornar garantia de julgamentos conforme o *common law*, de acordo com um processo legal. Sustentavam, por demais, a supremacia da Magna Carta perante todos os poderes do Estado – inclusive o Parlamento³⁶.

2.1.3. Dr. Bonham's Case. Indícios de um devido processo legal substantivo

Ainda no contexto do século XVII, no curso do reinado de Jaime I, releva comentar o *Dr. Bonham's Case* (1610), no qual se constata os primeiros indícios do nascimento do devido processo legal em seu sentido substantivo³⁷.

O Estatuto da Academia Real de Medicina, editado pelo Parlamento, dispunha que nenhuma pessoa poderia exercer a medicina sem licença concedida pela Academia, sob pena de sofrer a imposição de uma multa – sendo seu valor revertido,

32. LIMA, op. cit., loc cit..

33. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 24-25; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 7.

34. Vide, SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 103-104. O Rei “[...] ao se tornar alvo do Parlamento e da autoridade judiciária, que passaram a vigiá-lo, chegando a acusar e processar seus ministros, suspendia discricionariamente os processos já iniciados ou a execução das sentenças, criava normas penais ou elevava tributos, sem aquiescência do Parlamento” (LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 36).

35. MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 15.

36. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 25.

37. As informações sobre o caso foram extraídas da obra MARTEL, op. cit., p. 23- 28.

em parcelas iguais, para o rei e para a Academia –, cujo inadimplemento conduziria à decretação de aprisionamento do infrator. A competência para imposição das penalidades (multa e prisão), a propósito, era atribuída à própria Academia Real de Medicina.

Dr. Bonham exercia medicina sem a licença exigida, contrariando, com sua conduta, o Estatuto da Academia Real de Medicina. Como punição, a Academia citada impôs a sanção pecuniária prevista no estatuto. Inadimplida a multa, a mesma instituição imputou-lhe a pena de aprisionamento. *Dr. Bonham* foi encarcerado.

Propôs-se, então, uma ação judicial cujo processamento ficou a cargo de *Sir Coke* e outros julgadores, que entenderam que a penalidade era inválida, assim como o estatuto que a previa – norma editada pelo Parlamento, a propósito –, pois permitia-se que a Academia julgasse litígio que a tinha como parte, cominando pena pecuniária que lhe favoreceria. Nenhum homem pode ser juiz em causa própria, diziam.

O ato parlamentar, asseverou *Coke*, ia de encontro ao *common law* (direito comum) e com a razão. Com isso, *Sir Coke* e seus pares perfizeram, ainda que despreziosamente – sem intenção de construir uma nova doutrina constitucional³⁸ –, um controle de validade dos atos estatais, com base em argumentos que no mínimo se aproximam da cláusula do devido processo legal substantivo. O julgamento, infelizmente, tornou-se caso isolado na Inglaterra³⁹. Isso porque a

38. Analisando as exatas palavras registradas por *Sir Coke* na decisão do caso, Bernard Schwartz informa que: “Incontáveis estudiosos têm debatido o sentido exato dessas palavras. O consenso moderno é de que a passagem formula um cânone de interpretação ao invés de uma teoria constitucional. *Coke* não tencionava afirmar a teoria de um direito consuetudinário fundamental concedendo aos tribunais o poder de anular estatutos; tencionava apenas que a base da lei estatuída, como direito consuetudinário fundamental concedendo aos tribunais o poder de anular estatutos fosse a razão e a justiça e que era dever dos tribunais interpretar estatutos a fim de pô-los em conformidade com os princípios legais aceitos” (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 60).

39. O que não impediu que ecoasse em solo norte-americano, tempos depois: “As palavras de *Coke* no *Dr. Bonham’s Case* não estavam, porém, destinadas ao esquecimento. Mais de um século depois, essa decisão povoaria o espírito dos colonos ingleses na América do Norte, levando-os a reproduzir as palavras de *Coke* para arguir inconstitucionalidade de atos do Parlamento inglês regulatórios da liberdade e da propriedade nas colônias. Mas não se sabe ao certo se aquela decisão influenciou a aceitação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos, ou se teve papel definitivo na trajetória da versão substantiva do devido processo legal. Como oferece margem a variadas leituras, pode-se apenas situá-la como mais um indício componente do enigma que é o surgimento do devido processo legal substantivo”. (MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 28).

Mas Bernard Schwartz ressalva que: “Durante o conflito que levou à Revolução, os americanos cada vez mais encararam literalmente a sentença do *Dr. Bonham’s Case*, como uma declaração de que havia uma lei fundamental limitando os poderes parlamentares. *Lord Coke* não concluíra, argumentavam entre si, que

estrutura política da Inglaterra é marcada pela posição de supremacia do Parlamento. A máxima do devido processo legal, em solo inglês, não assegurava um controle do teor de sua legislação. O *due process of law* implicava a limitação dos poderes do rei e, não, dos parlamentares⁴⁰.

2.1.4. O governo de Carlos I e a *Petition of Right*

Também no século XVII, na fase do reinado de Carlos I – mais um déspota na história inglesa –⁴¹, outro evento de monta contribuiu para a afirmação definitiva do princípio do devido processo legal.

Constam, em registros históricos, que o monarca ordenou a prisão sumária dos cinco nobres (Hampden, Darnel, Cobert, Heveningham e um outro) que se negavam a pagar o empréstimo compulsório por ele instituído no intuito de financiar as guerras então travadas. Os fidalgos providenciaram então a impetração de *habeas corpus*, obtendo êxito na concessão da medida. Mas os guardas do cárcere se recusavam a cumprir o mandado de soltura, vez que a prisão teria se dado por ordem especial da Coroa. Esse era o desejo do rei⁴².

um Ato do Parlamento contrário à lei fundamental deve ser considerado sem efeito? Isso não significava que os atos do governo britânico em relação às colônias contrários ao direito consuetudinário e à razão não devem igualmente ter qualquer força legal?” (SCHWARTZ, op. cit., p. 60-61).

40. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 39.

41. Algumas notas sobre o falado governante: “Sob Carlos I, monarca mal aconselhado, que pretendia governar sem leis e sem nobreza, a campanha dos povos ingleses recomeçou. A velha ambição de liberdade incendiou novamente o ânimo daquele povo e as novas opressões ainda mais acentuaram a gravidade do momento histórico. Tido pelos súditos como perigoso papista, devido às práticas, convicções e exigências culturais de sua mulher, Henriqueta de França, e malvisto pela confiança do duque de Buckingham, favorito de seu pai e fidalgo frívolo e odioso, que escandalizava o povo com o grande luxo, Carlos foi se tornando aos poucos detestado e suspeito. Contra ele congregaram-se cavaleiros, classe inferior dos conquistadores, que sempre se ligava às comunas para fazer oposição à alta nobreza.

No meio de todas essas dificuldades, com que o temperamento do rei não sabia arrostar, dissolveu ele quatro vezes, sucessivamente, o Parlamento, porque lhe recusava subsídios e lhe fazia justas reclamações; e pretendeu impor ao povo nova liturgia estabelecida pelo arcebispo Laud. [...]

Quando se lançou, então, sem autorização parlamentar, certo imposto geral e sistemático, o *ship-money*, desencadeou-se, [...] a reação nacional [...] Os homens do povo, quando se recusavam a contribuir, eram levados à força pelo serviço da marinha. Os nobres eram constrangidos a comparecer perante o conselho, de onde às vezes os remetiam para as prisões. Entre os que assim foram tratados, acharam-se, certa vez, cinco fidalgos, Hampden, Darnel, Cobert, Heveningham e um outro”. (MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 46).

42. “Impetrada a ordem de *habeas corpus*, Hampden e seus companheiros a obtiveram. Apresentada, porém, ao carcereiro, esse respondeu que os cinco fidalgos se achavam presos em virtude de ordem especial do conselho privado do rei, negando-se a dar informações, porque o conselho não lhe dissera os motivos particulares que possuía para aquelas detenções. Tratava-se, portanto, de ‘vontade especial’ de Sua Majestade” (MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I, p. 47).

A atitude do soberano chamou a atenção do Parlamento, estimulando muitos debates internos, afinal, perguntavam-se, uma ordem real, sem motivação explícita ou aparente, era o suficiente para se restringir o direito de liberdade dos ditos fidalgos? “As atenções incidiram sobre o caso. Alvorçaram-se os juristas. Todos sabiam que a detenção era o recurso e o castigo de que, em seu prurido de coação, ou seu disfarce de medida repressiva, lançavam mão os conselheiros para impor o imposto arbitrário. Urgia uma solução”⁴³.

As discussões culminaram, pois, na elaboração de um documento pelos opositores do rei, liderados por Sir. Coke, em que pleiteavam o reconhecimento da força normativa do direito comum e dos direitos, franquias e liberdades conquistadas nos últimos séculos, sobretudo pela Magna Carta⁴⁴.

Carlos I, em busca de colaboração do Parlamento na obtenção de fundos, assinou a petição, então alcunhada de *Petition of Right* (1.628), cuja origem, concepção e repercussão são bem descritas por Bernard Schwartz:

A Petição de Direitos de 1628 é o antecedente documental seguinte da Declaração de Direitos americanos. Uma parcela considerável de sua criatividade emana da mente do homem que desempenhou um papel fundamental em sua elaboração, Sir Edward Coke. Sob muitos aspectos, Coke é uma espécie de precursor jurídico dos homens que fizeram a Revolução Americana. James Otis, John Adams e Thomas Jefferson, para indicar apenas alguns, foram todos acalentados pelos escritos de Coke e pelo exemplo de sua carreira tripla, cada uma deixando a sua marca indelével nas Constituições inglesa e americana. Como autor e juiz, Coke proporcionou uma base doutrinária para o edifício constitucional americano⁴⁵.

Tratava-se de documento de reafirmação e, não, de inovação. E porquanto espezinhada a garantia do devido processo legal nas últimas ações reais, foi ratificada no texto da Petição de Direitos em duas oportunidades, em capítulos distintos e consecutivos, utilizando-se como sinônimas as expressões *law of the land* e *due process of law*⁴⁶.

Válido conferir, PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 90 et seq.

43. MIRANDA, op. cit., p. 48.

44. Válido conferir, PEREIRA, op. cit., p. 90 ss. O autor comenta o documento e suas repercussões históricas e jurídicas. Defende, nesse contexto, que a solução para o caso narrado já passou pela cláusula do *substantial due process* (PEREIRA, op. cit., p. 93 et seq.). Sobre as contribuições de Coke e Balckstone, VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 28 ss.

45. SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 18-19.

46. Vide BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar*. Vol. 2. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951, p. 269; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 32- 33.

Os parlamentares comemoraram a conquista, talvez sem atentar para a falta de força coercitiva do documento inglês. Tratava-se de documento meramente declaratório, que não trazia qualquer mecanismo apto a garantir sua observância, sua efetivação. Por essa razão, a carta de direitos foi tratada pelo Executivo com desprezo, como se inexistente fosse. O Judiciário, outrossim, permanecia tendente a chancelar os excessos no exercício do poder pelo monarca, permitindo as prisões arbitrárias⁴⁷.

A despeito disso, a partir desse momento, a cláusula do devido processo legal afirmou-se em definitivo em terras londrinas – passando a ser mais utilizada a expressão *due process of law* –, para, em pouco tempo, invadir e se estabelecer em outros territórios⁴⁸⁻⁴⁹.

2.2. Estados Unidos da América

Ainda no limiar do século XVII, os colonizadores ingleses aportaram nas praias norte-americanas, trazendo consigo o ideário inerente ao *due process of law*⁵⁰. O direito norte-americano recepcionava a cláusula do devido processo legal, como forma de conter abusos dos governantes.

Antes mesmo da independência americana, os colonos já tinham avançado bastante na instituição de declarações de direitos individuais. Nos confins do período colonial, muitas garantias fundamentais já estavam acauteladas expressamente em cartas e outros documentos, dentre as quais avultava “o direito a um devido processo (contido, em termos variáveis derivados da Magna Carta, na maioria dos documentos fundamentais coloniais, começando com a Lei para Liberdades do Povo de Maryland)”⁵¹.

Conquistada a independência norte-americana (04.07.1.776), as várias constituições e declarações de direito subseqüentes⁵² também consagravam a garantia,

47. SCHWARTZ, op. cit., p. 22-23.

48. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 37.

49. “Blackstone retoma a idéia de Sir Edward Coke na primeira metade do século XVIII, contudo, a *law of the land* passa a oferecer uma série de garantias aos indivíduos sequer imagináveis ao tempo de Coke. Elas agora estão previstas no *Habeas Corpus Act de 1679*, no *Bill of Rights de 1689* e no *Act of Settlement de 1701*, as quais unidas, ou inseridas, no Capítulo 39, fizeram dela a garantia fundamental do processo inglês inclusive nos dias atuais”. (LIMA, op.cit, loc cit.).

50. Quando os imigrantes ingleses desembarcavam em solo americano, carream com eles todos os direitos, garantias e liberdades asseguradas aos ingleses, o que os levou a reivindicá-las para si mais tarde (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 34).

51. SCHWARTZ, op. cit., p. 55-56.

52. No ano de 1776, John Adams já notava a necessidade de cada estado instituir seu próprio governo, e, junto a isso, de se instalar um governo central. Daí, em meados de 1776, o Segundo Congresso Continental expediu

só que sob a alcunha originária de *law of the land*, nos moldes da Magna Carta inglesa.

É o que se via, por exemplo, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1.776⁵³; na Declaração de *Delaware*, de 1.776; na Declaração de Direitos de *Maryland*, de 1.776; Declaração de Direitos da Carolina do Norte, de 1.776; Declaração de Direitos do Estado de *Vermont*, de 1.777; Constituição de *Massachusetts*, de 1.780; o *Bill of Rights*, que inaugurava a Constituição do Estado de *New Hampshire*, de 1.784⁵⁴, dentre outras⁵⁵.

Assim, a cláusula do *law of the land* foi herdada pelo estado norte-americano – com feição estritamente procedimental, frise-se –, integrando-se ao seu arcabouço jurídico em definitivo.

A expressão *due process of law* ainda não era empregada nessas normas estaduais. Apareceu inauguralmente na Declaração de Direitos do estado de *New York*, de 1777. Depois, foi incorporada na Quinta Emenda à Constituição Americana⁵⁶,

uma resolução recomendando que as colônias providenciassem a instauração de um governo local. Isso desencadeou nos anos seguintes a elaboração de constituições estaduais, o que permitiu “que os direitos individuais fossem instalados pela primeira vez numa firme fundação constitucional. Esses direitos não estavam mais contidos em cartas ou concessões por uma questão de graça e revogáveis à vontade do poder concedente, não eram também promulgações legislativas sujeitas a alteração ou revogação a critério do legislativo, não eram também meras declarações e resoluções sem qualquer efeito compulsório legal. Agora, os direitos fundamentais dos americanos podiam ser garantidos em constituições escritas, investidos de caráter de lei suprema e compulsórios para os sucessores americanos tanto da Coroa como do Parlamento” (SCHWARTZ, op. cit., p. 70).

53. “O conceito de direitos do homem é basicamente de origem americana. A existência anterior do *Bill of Rights* inglês de 1689 tende a obscurecer esse fato. Exceto pelo nome, no entanto, a lei inglesa de 1689 pouco tem em comum com o documento americano posterior. Em primeiro lugar, a lei inglesa foi aprovada como um estatuto comum pelo Parlamento, sujeita assim permanentemente, em termos legais, a emendas ou rejeições a critério de legislaturas subsequentes. A noção americana de uma lei de direitos do homem incorpora garantias de liberdade pessoal a um documento constitucional, cujos artigos definem e limitam as áreas de atuação legislativa legitimada. Nesse sentido, a Declaração de Direitos de Virgínia de 1776, foi a primeira lei moderna de direitos do homem, já que foi a primeira a usar uma constituição escrita para resguardar os direitos individuais dos atos nem sempre estáveis da fantasia legislativa” (SCHWARTZ, op. cit., p. 11).

54. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 9-12.

55. Estes outros registros de consagração da *law of the land* em constituições de outros estados podem ser conferidos na obra de LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 42 a 44. A autora, em suas pesquisas, encontra historiadores dizendo que somente cinco estados não continham essa referência em suas cartas constitucionais, que seriam *Indiana, Kansas, New Jersey, Ohio e Oregon*.

Com um relato mais detalhado da origem e conteúdo dessas declarações e constituições estaduais, tem-se Bernard Schwartz (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 71 et seq.).

56. Conquistada a independência das 13 colônias norte-americanas, 55 delegados foram por elas enviados à Philadelphia, para revisarem os termos dos “Artigos da Confederação”, que instituíam uma estrutura

de 1791 – voltada à contenção de arbítrios do poder federal –, sendo, em seguida, consagrada na Décima Quarta Emenda de 1868 – para registrar que o poder estadual também restaria limitado pelo ditame do *due process*⁵⁷⁻⁵⁸.

A Emenda Décima Quarta de 1868 teve, ainda, o grande mérito de estender os direitos individuais consagrados constitucionalmente a todos os homens. Nessa esteira, a cláusula do devido processo legal veio beneficiar toda a população, protegendo-a contra excessos estatais. É o que comenta Vincenzo Vigoriti:

No primeiro inciso da Emenda XIV, sem dúvidas a mais relevante das normas acrescentadas, distinguem-se duas partes. A primeira estabelece que qualquer indivíduo ‘nascido ou naturalizado nos Estados Unidos’ tem primeiro de tudo cidadania federal e, depois, aquela do estado em que reside. A segunda parte contém, por sua vez, três disposições que pretendem limitar os poderes dos Estados-membros, em confronto com os direitos que decorrem do novo status. A primeira destas veda ‘emanar e fazer aplicar leis que lesam os privilégios e as imunidades ligadas à cidadania federal’; a segunda assegura aos indivíduos a possibilidade de recorrer às Cortes da União quando os Estados violarem os direitos protegidos pelo *due process*; a terceira garante a todos a ‘igual proteção das leis’⁵⁹.

político-governamental precária para os estados – com um poder central enfraquecido. Mas os delegados terminaram redigindo a Constituição Americana de 1787, instituindo um novo sistema governamental – com base nas doutrinas de Locke e de Montesquieu –, uma república democrática representativa, marcada por um sistema federalista – com poder central forte, mas que não anule os estados membros –, e pela repartição do poder político entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Avultava-se, ademais, a atribuição ao Judiciário do poder de controlar atos legislativos e executivos, colocando em posição de destaque dentro de sistema. O embaixador dos EUA na França, Thomas Jefferson, reprovava a carta constitucional então elaborada pela ausência de um *Bill of Rights*, que assegurasse proteção aos direitos individuais contra abusivas ingerências estatais. Daí sua sugestão enviada aos colegas, Madison e Mason, de que se redigissem emendas à constituição para resguardar essas garantias individuais. As ditas emendas (1 a 10) foram, de fato, aprovadas e inseridas no texto constitucional em 1791. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 24-26).

57. Com um bom histórico das mudanças, SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 125-130; LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 44.

Percebe-se, assim, que a “consagração constitucional da cláusula em estudo não teve assento no Texto da Constituição norte-americana de 1787, mas passou a integrá-la por meio do bloco de emendas de 1791, conhecido como *Bill of Rights*, especificamente pela Quinta Emenda, e mais tarde, no ano de 1868, por meio da Décima Quarta Emenda”. (LIMA, op. cit., p. 67).

58. “Ressaltam os juristas que no final da primeira metade do século XIX, antes mesmo da Guerra da Secessão, não havia meio de requerer apelação à Corte Suprema dos Estados Unidos, através de tribunais estaduais, na base de qualquer das Garantias da Carta de Direitos, no concernente às questões como liberdade de palavra ou imprensa, bem como os direitos dos acusados, onde as partes ofendidas não podiam ir além dos tribunais estaduais, sob a justificativa de que era da competência das Constituições estaduais dispor sobre a proteção dos cidadãos dos respectivos estados. A grande mudança de concepção, afirmam os publicistas, deu-se após a adoção da Décima Quarta emenda à Constituição Norte-Americana em 1868” (FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 20- 21).
59. VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, p. 33 e 34 (tradução livre).

Até meados do século XIX, a garantia do devido processo legal prevaleceu no ordenamento norte-americano com conotação meramente processual, vedando a restrição a direitos individuais (vida, propriedade e liberdade) sem que antes se assegurasse um procedimento ordenado – tendo por garantias mínimas, a princípio, a notificação e a defesa.

Firmada a supremacia da Constituição Americana (no momento de sua aprovação)⁶⁰, nos anos seguintes, a Suprema Corte reconheceu seu poder de revisão dos atos normativos inconstitucionais, tendo por parâmetro um caráter substantivo do princípio do devido processo legal⁶¹. Passaram a ser consideradas inválidas leis infraconstitucionais que restringissem indevidamente (irrazoavelmente) os bens jurídicos mais valiosos da pessoa humana, tutelados constitucionalmente. A partir de então, evolui gradualmente a faceta material do *due process of law* nos EUA⁶².

Percebe-se que, nos EUA, a máxima do *due process of law* termina por assumir contornos distintos daqueles traçados na Inglaterra. Os norte-americanos adaptaram-na aos seus anseios e à sua realidade⁶³.

60. No art. VI, 2, da Constituição estadunidense há declaração expressa de sua supremacia hierárquica no ordenamento jurídico (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*, cit., p. 43 e 44).

61. Comentando o primeiro sinal da aceitação do controle de constitucionalidade (*Judicial Review*), no ano de 1803, nos Estados Unidos, Letícia Martel informa que: “A aceitação, pela Suprema Corte, desta interpretação da Constituição foi consagrada na *opinion* do *Chief of Justice Marshall*, no caso *Marbury v. Madison*. Nela, o *Justice Marshall*, pela interpretação do texto constitucional, fazendo uso do *approach* interpretativo compartilhado à época, e com base na argumentação do texto federalista n. 78, declarou inconstitucional um ato do Congresso norte-americano que definia a competência da Suprema Corte. O *Justice Marshall* sustentou ser a Constituição o supremo direito da terra. Em vista disso, asseverou que é função peculiar do Poder Judiciário interpretar a Constituição e recusar-se a aplicar atos governamentais que contrariem seus princípios e suas regras, pois a concordância do Judiciário com esses atos derrubaria, na prática, toda teoria da limitação do poder [...] *Justice Marshall* não inovou, mas traduziu o pensamento de uma grande corrente de intérpretes da Constituição”.

Sucedo que nessa primeira fase de admissibilidade do *Judicial Review* o julgador só poderia decretar a inconstitucionalidade de um ato estatal se nele se consubstanciasse uma afronta direta e visível à dispositivo constitucional. Não se invoca, em regra, violação ao devido processo legal material como fundamento de inconstitucionalidade (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 69-72).

Carlos Augusto Assis, a seu turno, relembra que antes mesmo da aceitação do *judicial review* no célebre caso *Marbury v. Madison* (1803) se viam prenúncios da adoção do *due process* substantivo no caso *Calder v. Bull*, em 1798, no teor do julgamento do Juiz Chase. O seu desenvolvimento maior, contudo, deu-se a partir do fim do século XIX e início do século XX, quando se destaca o caso *Allgeyer v. Louisiana* (1897), em que se invalidou lei estadual por sua irrazoabilidade. (ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59- 60).

62. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 36.

63. Traçando outras diferenças entre os sistemas de direitos individuais inglês e americano, Bernard Schwartz pontua que: “Não resta a menor dúvida de que, sem o desenvolvimento inglês anterior, os direitos

Na Inglaterra, o reconhecimento do *due process* significava uma vitória dos Barões e, empós, do Parlamento sobre a Coroa, com a possibilidade de contenção do poder real pelas leis da terra. Nos EUA, a recepção da cláusula representava um triunfo da sociedade perante todo o estado⁶⁴.

Enquanto na Inglaterra subsistia uma supremacia do Legislativo (Parlamento) sobre os demais poderes estatais, nos EUA, em razão de uma crescente aversão que se tinha ao tirânico Parlamento inglês⁶⁵, consagrou-se uma preponderância do Judiciário. Na América do Norte, tribunais e juízes, além de controlar atos do Executivo, exerciam “a função de declarar o sentido e o alcance das normas jurídicas [...] a ponto de invalidar as regras de direito contrárias à Constituição”⁶⁶.

É necessário destacar que a evolução britânica envolveu confronto entre o Parlamento e a Monarquia, com a posterior supremacia do Parlamento, que acabou se tornando o símbolo da democracia na ilha europeia. Já na América, o Legislativo era visto com reserva, pois representava ainda a idéia de dominação sofrida pela imposição das leis britânicas, o que fez com que os Estados americanos – recém emancipados – utilizassem dois mecanismos principais para coibirem o abuso legislativo: controle da constitucionalidade das leis e o veto presidencial incidente no processo legislativo⁶⁷.

individuais dificilmente teriam evoluído para o nível que alcançaram no direito americano. O desenvolvimento nos Estados Unidos, no entanto, teve uma base diferente do sistema inglês. As cartas de liberdade inglesa, analisadas neste capítulo, são registros da existência de direitos, mais do que estatutos para concedê-los. Estimularam a história americana mais pela fama do que pela substância. A experiência constitucional americana enfatiza a substância das garantias escritas. As constituições americanas e as declarações de direitos são a fonte legal, não meramente os registros, dos direitos básicos. Para se compreender tal desenvolvimento, temos que analisar a experiência americana durante o período colonial” (SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979, p. 32-33).

64. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20-21. FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 21.

65. “Como a Inglaterra estava empobrecida devido às contendas constitucionais do século XVII, quando a estabilidade política apontou, o Parlamento decidiu buscar nas colônias sua fonte de riquezas e recursos, aderindo à crença de que as colônias deveriam pagar pelas despesas da metrópole. Nesse ensejo, o Parlamento inglês editou uma série de medidas controladoras das colônias e constritivas dos direitos dos colonos, mormente a liberdade negocial e a propriedade. Foi contra esses atos parlamentares que os colonos se insurgiram, lançando as bases do que posteriormente viria a ser a doutrina do controle judicial de constitucionalidade”. (MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 61).

66. CASTRO, op. cit., p. 18.

67. BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 16.

De uma forma ou de outra, a garantia do *due process*, em suas facetas formal e material, já estava enraizada em terreno anglo-americano. E em que pese ter ali nascido e se desenvolvido, desgarrou-se de suas origens para alastrar-se por outros países ao longo do mundo.

3. OUTROS PAÍSES. DIFUSÃO AO LONGO DO MUNDO.

3.1. Alemanha

A Constituição de Weimar de 1919, em seu art. 114, só consagrava tacitamente a cláusula do devido processo legal. Também a Carta Constitucional Alemã (Lei Fundamental de Bohn de 1949) não conta com previsão expressa da garantia.

Ainda assim, é indubitável tratar-se de máxima constitucional implícita, não só por ser corolário dos princípios de Estado de Direito e da dignidade da pessoa humana, como também por se encontrarem espalhados em todo o texto constitucional dispositivos que consagram seus subprincípios – publicidade, contraditório, juiz natural etc.⁶⁸.

Como correspondente direto do devido processo legal, fala-se no *fairen Verfahren* (direito a um procedimento justo), assentado no postulado constitucional do Estado de Direito (arts. 1, 20 e 28), que impõe, na esfera jurisdicional, a existência de um processo pautado nos ideais de justiça e equidade.

Trata-se de direito fundamental reconhecido por tribunais alemães, atribuído a todos os sujeitos do processo – partes, testemunhas etc –, na esfera criminal e cível, do qual se extraem outros princípios como a máxima da igualdade e a obrigação de assistência.

Como subprincípios que integram a cláusula do *fairen Verfahren*, têm-se: a) juiz natural (art. 101, alínea 1); b) contraditório (art. 103, I), considerado pelas cortes concretização dos princípios do Estado de Direito e da dignidade humana; c) acesso à tutela jurisdicional, a um processo, como decorrência das máximas acima citadas e do próprio direito à liberdade pessoal etc.⁶⁹⁻⁷⁰.

Até então se falou do devido processo legal procedimental. Diz-se, contudo, que a “garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais” (art. 19, alínea 2, da Lei de Bonn), que veda ofensa aos direitos fundamentais em sua substância,

68. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 47.

69. LIMA, op. cit., p. 48-51.

70. BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 47.

seria uma expressão do devido processo legal substancial e, por conseguinte, do princípio da proporcionalidade⁷¹⁻⁷².

3.2. Argentina

A Argentina, influenciada pelos estadunidenses, acolhe em seu ordenamento jurídico a garantia do *debido proceso legal* (devido processo legal), em suas facetas processual e material.

A expressão “*debido proceso legal*” não é mencionada explicitamente na Carta Constitucional Argentina de 1853, mas a doutrina e a Corte Suprema do país a extraem de dispositivos esparsos, que trazem fragmentos de seu conteúdo⁷³.

É o caso do art. 18 da sua Constituição que assegura garantias de um processo prévio, pautado em legislação já existente (anterioridade, reserva legal), no juiz natural, contraditório etc.

Já os arts. 17, 28 e 33, da Carta Constitucional de 1853, consagram o fundamento constitucional do *debido proceso legal* substantivo, também denominado de princípio da razoabilidade, tal como reconhecem amplamente doutrinadores e a Corte Suprema⁷⁴.

Maria Rosynete Oliveira Lima, interpretando jurisprudência e doutrina argentina, esclarece que “*debido proceso legal, garantia innominada ou razonabilidad*, funciona no ordenamento jurídico argentino como meio de defesa do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, já que as decisões judiciais terminam por colocar limites a ação legislativa, ou executiva”⁷⁵.

Gisele Góes, nessa esteira, defende que a Constituição Argentina, em seu art. 28, ao dispor que direitos (princípios e garantias) fundamentais não podem ser

71. “A Constituição Alemã não explicita o princípio da proporcionalidade; entretanto, para os autores alemães citados por Willis Santiago Guerra Filho, esse princípio está incrustado no art. 19, 2.ª parte, onde é colocada a intangibilidade dos direitos fundamentais” (GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 94). Vide, LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 54-55.

72. “Merece destaque, não obstante não seja objeto do estudo neste momento, a doutrina desenvolvida pelos tribunais alemães no tocante às provas obtidas ilicitamente, justamente pela influência que vem tendo em outros países, inclusive no Brasil, e por dizer respeito ao devido processo. Dois princípios acabaram sendo aplicados com respeito à matéria: por um lado, o princípio de que as provas obtidas por meios ilícitos devem ser excluídas, para preservar a pureza do processo judicial; por outro, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual deve ser sopesado o direito à intimidade das pessoas em cada caso em relação à importância da prova obtida e a gravidade da violação da lei que se imputa à pessoa”. (BONATO, op. cit., loc cit.).

73. LIMA, op. cit., p. 55-62.

74. Ibidem, loc cit.

75. Ibidem, p. 63.

alterados pela legislação, consagra, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, pois “a partir da inviolabilidade dos direitos fundamentais decorre como consequência que qualquer alteração produzida pelo legislador, será desproporcional, porque inadequada, desnecessária e excessiva”⁷⁶.

3.3. Itália

Na fase de vigência do Estatuto Albertino, observava-se a existência de leis que restringiam as vias recursais para aqueles que viam seus interesses serem lesados por ato da administração pública. Como reação a essa legislação, na Constituição de 1948, foi aposto o art. 113, dispondo que:

contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interesse legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti⁷⁷.

Subsistem, além disso, outros dispositivos na Constituição italiana que protegem os direitos individuais contra abusos do poder público. São eles o art. 13, que veda qualquer restrição à liberdade pessoal que não decorrente de decisão judicial fundamentada, de acordo com a lei; o art. 24, que garante a todos um amplo acesso à Justiça e a ampla defesa; e o art. 25, que consagra a máxima do juiz natural⁷⁸.

3.4. Espanha

A Constituição espanhola de 1978 positivou a cláusula do devido processo legal – denominada como *proceso debido*, *proceso debido según ley*, *juicio justo* ou *proceso justo* – nos arts. 1.º, 14, 17, 25, 117, 119, 120, mas, sobretudo, no aclamado art. 24, que dispõe que o processo devido é aquele em que a tutela jurisdicional seja efetiva.⁷⁹

76. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89-90.

77. BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 48.

78. *Ibidem*, p. 48.

79. O art. 24.1 estabelece que: “todas as pessoas têm direito de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa ocorrer falta de defesa”. E o art. 24.2 dispõe que “assim mesmo, todos têm direito ao Juiz ordinário predeterminado pela lei, de defesa e assistência de advogado, de ser informados de acusação formulado contra eles, de um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, de utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, de não declarar contra si mesmo, de não confessar culpa e da presunção de inocência” (BONATO,

Na Espanha, as Cortes Constitucional e Suprema, bem como a doutrina, não chegaram a um consenso sobre a natureza jurídica e o conteúdo da máxima. Alguns a ela se referem como um elemento integrante da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, cujo teor é definido pelo art. 24.2 da Lei Constitucional; outros sustentam que o *proceso debido* é sinônimo da garantia de uma tutela jurisdicional efetiva, consistente no direito a um processo, ao acesso à justiça e à execução da decisão obtida; e, enfim, há aqueles outros que defendem que o *debido proceso legal* é princípio geral do direito, corolário do Estado de Direito, que tem por conteúdo mínimo o disposto no art. 24 da Constituição, podendo englobar outras garantias⁸⁰.

Pode falar-se, outrossim, na incorporação de um *proceso debido* em sentido material.

Segundo Gisele Góes o art. 9.3 da Constituição, ao instituir a vedação a arbitrariedades estatais, proíbe excessos, o que revela matriz do brocardo da proporcionalidade. Relembra, ainda, que a Corte Suprema Alemã extrai no art. 106.1 da Carta Constitucional, a proporcionalidade como princípio geral do direito, por exigir equilíbrio entre meios e fins⁸¹.

3.5. México

A Constituição mexicana de 1917, em seu art. 14, consagra a chamada *garantía de audiencia*. Mas o teor do seu texto permite concluir que se tem ali verdadeira expressão do devido processo legal, ao dispor que: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

Traz valiosa proteção dos direitos fundamentais dos particulares contra atos do Poder Público em geral – não só o Judiciário, como a literalidade do dispositivo dá a entender, como também Legislativo e Executivo; é o que vem decidindo a Suprema Corte local⁸².

Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 50).

80. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 64- 68.

81. GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 90.

82. BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen

Mas a leitura e interpretação do dispositivo permitem concluir que a cláusula do devido processo legal foi consagrada, tão-somente, em sua faceta formal, assegurando: “a instauração de processo antes do ato de privação do direito; que este processo tenha curso em tribunais já existentes e competentes para a apreciação dele; que este processo obedeça às formalidades essenciais do procedimento; e que a decisão seja baseada em leis vigentes à época do fato em julgamento”⁸³.

3.6. Panamá

Os panamenhos, desde o primeiro momento de sua vida constitucional, adotaram a cláusula do devido processo legal.

É o que se vê na Constituição de 1904 (arts. 22, parágrafo primeiro, e 29), na Constituição de 1946 (artigos 31 e 32) e, enfim, na Constituição de 1972, ora em vigor, no seu art. 31 – cujo teor foi transferido para o art. 32, com o Ato Constitucional de 1983 –, bem como em outros dispositivos que integram a substância do brocardo do *debido proceso legal* (devido processo legal).

Até os anos 70, o *debido proceso legal* só era previsto e aplicado aos processos de natureza penal. Nos confins desta década, a Corte Suprema do país passa a estendê-lo para outros tipos de processo (civil, trabalhista etc.)⁸⁴.

A despeito do texto legal só prever o devido processo legal formal, a doutrina já se arrisca em traçar os contornos de um devido processo legal material, “que proíbe uma limitação irrazoável dos direitos fundamentais do indivíduo”⁸⁵.

4. BRASIL. SUA ACOMODAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Analisando-se a evolução constitucional brasileira – que perpassa pelas Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 –, percebe-se que a cláusula do devido processo legal tardou a ser recepcionada.

A primeira carta constitucional brasileira foi outorgada em 1824, pelo imperador D. Pedro I. O seu atraso era visível. Enquanto a Constituição norte-americana já incorporara a Quinta Emenda, consagrando expressamente a máxima do *due process of law*, a Constituição brasileira e a estrutura político-governamental

Juris, 2003, p. 146, 148 e 149.

83. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 147.

84. BONATO, op. cit., p. 57. LIMA, op. cit., p. 150 a 153.

85. LIMA, op. cit., p. 155.

instituída permaneciam imersas em idéias e práticas serôdias, como descreve Paulo Fernando Silveira:

Sob o comando da Carta Política de 1824 – que, com ligeiras alterações, perdurou até a proclamação da República em 1889 –, o Imperador, encarnando o Poder Moderador, era a chave de toda a organização política, com poderes absolutos, inclusive o de demitir os juízes (art. 98, §7.º). Não havendo Poder Judiciário independente, não há como falar em garantias de direitos individuais ou, especificamente, da observância do princípio do devido processo legal, que sequer era expressamente mencionado⁸⁶.

Ao que parece, não se tinha conhecimento no Brasil, à época, da ideologia libertária inerente ao devido processo legal, mas só uma noção distante da sua existência na seara dos procedimentos criminais⁸⁷.

A despeito disso, na Constituição Imperial era possível apontar-se alguns poucos dispositivos que trazem limites ao poder estatal, que são os incisos, VIII, XI, XVII e XXII, do seu art. 179 – positivando a inviolabilidade de direitos civis e políticos, fundados na liberdade, segurança e propriedade, de forma a vetar prisões sem culpa formada, garantir o juiz natural, e a desapropriação mediante indenização⁸⁸.

A Proclamação da República em 1.889 foi seguida da promulgação da Constituição de 1.891. A primeira carta política da fase republicana, inspirada na Constituição estadunidense de 1.787, incorporou o federalismo e firmou um Judiciário, em tese, mais independente e baseado em um sistema dualista (repartindo-o em esferas federal e estadual), mas pouco avançou no que tange às garantias individuais do homem.

Limitou-se a preservar as garantias consagradas na Constituição anterior, incorporando algumas outras como a ampla defesa na esfera criminal, liberdade de associação, liberdade de expressão (art. 72), e uma cláusula aberta que admitia a recepção de outros direitos ali não elencados expressamente (art. 78)⁸⁹. Mais uma vez, não se encontrava menção explícita ao devido processo legal.

Com a Revolução de 1930, Getúlio Vargas sobe ao poder. Nessa fase, seguiram-se duas cartas constitucionais.

86. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 32.

87. *Ibidem*, p. 30.

88. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 159- 160.

89. *Ibidem*, p. 161.

Primeiro, a Constituição de 1934, que estendeu sensivelmente as liberdades civis, abarcando a liberdade de crença, profissão etc. (art. 113). Demais disso, manteve, no seu art. 114, a possibilidade de acolhimento, pelo sistema, de direitos individuais implícitos⁹⁰. Mas o ordenamento brasileiro segue sem a positivação expressa da garantia do devido processo legal.

Bastaram três anos para que a efêmera Constituição fosse suplantada pela carta política promulgada em 1937, na chamada era do Estado Novo, que transpirava despotismo e tirania, instaurando governo ditatorial. A Constituição de 1937 extirpou do sistema garantias fundamentais conquistadas – como a legalidade e irretroatividade –, comprometendo a efetividade de outras – como o direito de livre manifestação, a intimidade etc. E além de retirar a proteção já existente para estes direitos, ainda legitimou a sua ofensa arbitrária pelo Estado – admitindo a detenção de pessoas, censura de correspondência, restrição à liberdade de reunião, busca e apreensão domiciliar etc.⁹¹.

E o *due process of law*, como se pode presumir, continuou ausente e praticamente ignorado no ordenamento pátrio⁹².

A Lei Fundamental de 1946 – a mais democrática de todas, ressaltando-se a CF/88 – reservou o seu Capítulo II (art. 141 a 144) para o regramento de direitos e garantias individuais.

Em seu art. 141, conferiu proteção e inviolabilidade à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança. No §4.º deste mesmo dispositivo, inovou, consagrando o direito fundamental de ação. “Esta, e outras garantias e direitos individuais, algumas das quais hauridas na Constituição de 1934, passaram a comandar a nação brasileira no campo dos direitos individuais, inclusive, a aceitação dos direitos e garantias implícitos, sem as reservas da Constituição de 1937”⁹³. Mas,

90. *Ibidem*, p.161.

91. “Nesse contexto ditatorial, não só o indivíduo foi despojado de seus direitos e garantias básicas, mas o próprio Poder Judiciário perdeu sua plena autonomia (a formal), eis que na prática o Judiciário nunca conseguiu impor sua independência, como ramo governamental autônomo, com capacidade de neutralizar os excessos e desvios dos outros dois poderes”. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 38-40).

92. Mas Wambier espousa entendimento peculiar, extraíndo a máxima dos textos constitucionais existentes até essa data: “Anteriormente a 1946, embora não houvesse reconhecimento, pela doutrina, da adoção expressa do princípio do devido processo legal, nas Constituições, havia, em cada uma delas, determinadas garantias que, interpretadas à luz do conjunto de garantias do cidadão, e do sistema de governo admitido, poderiam dar margem ao entendimento de que, na verdade, o princípio estava adotado e garantido”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 60).

93. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 163- 164.

ainda assim, manteve à parte a garantia do devido processo legal, furtando-se em mencioná-la expressamente.

Mas Luiz Rodrigues Wambier vislumbra, neste momento, o nascimento constitucional do devido processo legal, no Brasil, como decorrência do direito fundamental de ação (art. 141, §4.º), nos seguintes termos:

No direito positivo brasileiro, o princípio do devido processo legal somente chegou ao texto constitucional, de modo expresso e claro, na Constituição de 1946, onde veio insculpido em seu art. 141, §4.º. Se bem que, nesse texto, decorre límpido, de fato, apenas o princípio da justicialidade, segundo o qual nenhuma lesão ao direito, de qualquer cidadão, poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Da garantia do controle jurisdicional, todavia, deflui tranquilamente a do devido processo legal, por ser inimaginável que se garanta ao cidadão o direito ao controle jurisdicional dos atos, sem que se faça mediante o uso de instrumental apropriado, devidamente previsto no ordenamento jurídico⁹⁴.

Com o golpe militar de 1964, vieram à tona as Constituições de 1967 e 1969 – esta última decorrente da Emenda n.º 01/69. Garantias e direitos individuais foram positivados – prevendo-se, inclusive, direito de ação, ampla defesa, instrução criminal contraditória, a adoção de garantias tácitas (art. 150, §35) –, mas, jamais, respeitados. Afinal, neste meio tempo, adveio o AI-5 (Ato Institucional n.º 5 de 1968), responsável pela suspensão dos direitos constitucionalizados e exclusão dos atos subversivos da apreciação do Judiciário.

Só com a aprovação da Emenda n.º 26 de 1985, que reuniu a Assembléia Constituinte responsável pela da Constituição Federal de 1988, o regime ditatorial chegou ao seu fim⁹⁵⁻⁹⁶.

94. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 59.

95. SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 42- 43.

96. Perceba-se que, neste ponto da história constitucional brasileira, todas as constituições existentes – salvo a Carta Imperial de 1824 – estatuíram a possibilidade de inserção no sistema constitucional de direitos e garantias individuais não previstas explicitamente. Ou seja, o elenco constitucional não era exaustivo. E essa foi a brecha encontrada por alguns poucos doutrinadores – tais como Frederico Marques, Carlos Alberto Bittencourt e Ada Pellegrini Grinover – e julgados isolados para aclamar o devido processo legal como garantia constitucional implícita (ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 166- 167).

Humberto Theodoro Junior, em obra publicada em 1981, reconhecia o devido processo legal como corolário do direito fundamental de ação, então previsto no art. 153, §4.º, da Constituição em vigor. Para o autor, “a garantia constitucional do direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos etc” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do direito processual civil*. *Revista de Processo*, n.23, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 179).

Gilson Bonato, com visão mais ampla, defende a subsistência tácita da máxima em nosso ordenamento até o ano de 1988, fazendo a seguinte análise: “Insta salientar e fazer uma distinção básica: o princípio do

Com a promulgação da Constituição de 1988, a sociedade brasileira encontra-se diante da carta política mais democrática e avançada de todos os tempos, que dedicou o seu Título II, exclusivamente, à disciplina dos direitos e garantias fundamentais do homem – de cunho individual e coletivo. Colocou-se um ponto final ao período de despotismo do estado brasileiro, que teve seu poder demarcado, sobretudo, com um cerco extenso e preciso de garantias constitucionais:

Os longos anos da ditadura militar impuseram ao país um regime cruel, onde os direitos e as garantias básicas do cidadão foram relegados a segundo plano, ou melhor, foram esquecidos. Diante desse contexto, o constituinte de 1988, verificando a necessidade de restabelecer o equilíbrio entre o Estado e a sociedade, conseqüentemente procurou conter a força daquele, buscando consagrar expressamente e até de modo exaustivo os direitos e garantias do cidadão, dedicando um título da Carta para este tema⁹⁷.

Nesse contexto, a CF/88, em seu art. 5.º, LIV, traz a primeira previsão explícita da cláusula do devido processo legal no ordenamento brasileiro, dispondo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁹⁸.

Demais disso, inúmeros outros dispositivos trazem corolários seus, tais como o direito fundamental de ação (art. 5.º, XXXV), juiz natural (art. 5.º, XXXVII), contraditório, ampla defesa (art. 5.º, inc. LV) etc.

Sua incorporação indubitável ao sistema foi recebida com entusiasmo. E na atualidade, ante o teor do dispositivo supracitado, não se questiona mais a existência da garantia do devido processo legal no ordenamento brasileiro.

5. REFERÊNCIAS

ASSIS, Carlos Augusto. *A antecipação da tutela*. São Paulo: Malheiros, 2001.

devido processo legal com a presente locução efetivamente só está expresso na atual Constituição; entretanto, as garantias decorrentes do princípio, especialmente ampla defesa, o contraditório e o juiz natural, já se fizeram presentes nas constituições precedentes” (BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 25).

Daniel André Fernandes, com posicionamento afim, sustenta que durante “todo o período das Constituições republicanas, o instituto esteve presente, porém, na forma de garantia inominada e implícita. De fato, vinha através de normas de garantia do processo e direito de segurança. Eram necessárias, portanto, pesquisas no texto constitucional e construção doutrinária” (FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 24 e 25).

97. BONATO, op. cit., p. 23.

98. “Portanto, com um atraso de quase oito séculos, o direito constitucional positivo brasileiro recepcionou a cláusula milenar do devido processo legal, um dos pilares da liberdade humana [...] A recepção do princípio deu-se sem restrição; ao contrário, o dispositivo constitucional brasileiro é quase uma cópia fiel do americano, adotando, também, a trilogia lockeana, já que vida, não obstante não constar do enunciado específico, foi resguardado no *caput* do art. 5.º da Constituição de 1988”. (SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 47 e 48).

- BITAR, Orlando. *Obras Completas de Orlando Bitar. 2. Volume*. Belém: Conselho Federal de Cultura e Departamento de Assuntos Culturais, 1951.
- BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FERNANDES, Daniel André. *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: um estudo comparado*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.
- GÓES, Gisele Santos Fernandes. *O Princípio da Proporcionalidade no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- HUME, David; SMOLLETT, Tobias; FAR, E.; NOLAN, F.H. *The History of England*. Volume I. London: J.S. Vitruve & Co, limited City Road and Ivy Lane.
- KNAPPEN, M.M. *Constitutional and Legal History of England*. Nova Iorque: Michigan State College, New York, Harcourt, Brace And Company.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. O Devido Processo Legal e Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Processo, n.85*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Devido Processo Legal Substantivo: Razão Abstrata, Função e Características de Aplicabilidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.
- MIRANDA, Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus (Direito Constitucional e Processual Comparado)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, tomo I
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005
- SCHWARTZ, Bernard. *Os Grandes Direitos da Humanidade. The Bill of Rights*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido Processo Legal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios gerais do direito processual civil. *Revista de Processo*, n.23, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, n. 63, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

XVII

ANÁLISE DE CASO: O DEBATE ENTRE A LEGISLAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA E O DIREITO JUSFUNDAMENTAL À MORADIA À LUZ DA DIALÉTICA ARGUMENTATIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Priscila Cavalcante

Falta titulação
Falta titulação

RESUMO: A riqueza do debate jurisprudencial torna progressivamente mais relevante o estudo dos acórdãos e do modo como a argumentação se constrói no diálogo processual. A tradição lógico-formalista fenece diante da necessidade de se estruturar a solução no próprio caso concreto, contemplando os argumentos e as provas apresentadas pelos sujeitos no processo. Dessa forma, o presente estudo visa encontrar as máximas (*topoi*) que calibram o conteúdo do discurso jurídico de um acórdão selecionado, proferido pelo Tribunal Pleno do STF, no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, tendo como relator o ministro César Peluso, cujo objeto é o direito social à moradia e a possibilidade de se executar o bem de família do fiador, albergada pelo art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90.

ABSTRACT: The judicial debate richness progressively turns more relevant the legal precedent

study and its reasoning construction throughout the litigation dialogue. The logic-formalistic tradition fades at the necessity to structure a specific solution to singular cases, contemplating the arguments and proves presented by the litigation subjects. Therefore, the study aims at ascertaining the commonplace rules (*topoi*) which calibrate the legal discourse of a selected decision, uttered by the Brazilian Supreme Court, in the Constitutional Appeal nº 407.688/SP, Justice César Peluso, whose object is the social right to housing and the possibility of executing the bailee's *homestead*, ensured by Art. 3º, VII, Act nº 8.009/90.

PALAVRAS-CHAVE: direito à moradia; bem de família; topos; teoria da argumentação.

KEYWORDS: right to housing; homestead; topos; argumentation theory.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Análise dos votos: 1. Voto do Ministro Relator César Peluso; 2. Voto do Ministro Eros Grau; 3. Voto do Ministro Joaquim Barbosa; 4. Voto do Ministro Carlos Brito; 5. Voto do Ministro Gilmar Mendes; 6. Voto da Ministra Ellen Gracie; 7. Voto do Ministro Marco Aurélio; 8. Voto do Ministro Celso de Mello; 9. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence; 10. Voto do Ministro Nelson Jobim – III. Conclusão – IV. Referências.

I. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objeto a análise de um acórdão do STF, a partir da metodologia da argumentação jurídica desenvolvida durante o estudo de hermenêutica

jurídica. Constatou-se que os tribunais possuem um papel de suma relevância na construção da normatividade do ordenamento jurídico e que os votos demonstram a riqueza da sua argumentação. Rompe-se com a tradição lógico formal de subsunção do fato à norma, para construir a solução no próprio caso concreto, considerando os argumentos e provas apresentadas por ambas as partes no processo. Busca-se encontrar as máximas (*topoi*)¹ que calibram o conteúdo dos discursos jurídicos lhes conferindo força argumentativa.

Inicialmente, esclarece Alexy o sentido do termo *discurso*:

Os discursos são um conjunto de ações interconectadas nas quais se comprova a verdade ou correção das proposições. Os discursos em que se trata da correção das proposições normativas são os discursos práticos. O discurso jurídico, como se mostrará, pode-se conceber como um caso especial do discurso prático geral, que ocorre sob condições limitadas, como a lei, a dogmática e o precedente.²

No seio de uma decisão colegiada, têm-se diversas interpretações acerca de um mesmo texto normativo. A interpretação é o canal pelo qual a tópica penetra no sistema jurídico.³ Ademais, entende-se interpretação,⁴ no sentido dado por Larenz, como decisão escolhida dentre várias possíveis, com base em considerações que a façam parecer correta. Para tanto, necessário seguir os ditames de um discurso racional.

Um discurso racional exige o cumprimento de determinadas regras de razão, que permitem a construção de um discurso verdadeiro, correto e justo, sendo a justiça um caso especial de pretensão de correção. Primeiro, tem-se a *Regra Geral da Fundamentação*, ou seja, toda afirmação deve ser devidamente fundamentada, a não ser que o interlocutor não possa fornecer as razões que justifiquem ou neguem uma fundamentação. Ademais, existe a liberdade no discurso, o que significa que aquele que pode falar é capaz de integrar o discurso. Esta regra, por seu turno, subdivide-se em três exigências: (a) Todos podem problematizar qualquer

1. A tópica aristotélica se propõe a encontrar uma linha de questionamento que permita julgar a partir de opiniões geralmente aceitas acerca de diversos problemas propostos (raciocínio dialético). Opiniões são geralmente aceitas por todos, pela maioria ou pelos mais ilustres que são os filósofos. ARISTÓTELES. "Logics (Organon) - Topics (Topica)". In: *The Works of Aristotle - Great Works*. v. I, p. 143. "Raciocínios dialéticos são aqueles que têm como premissas opiniões acreditadas e verossímeis, que devem contar com aceitação (*endoxa*)". VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*, p. 25.
2. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*, p. 183.
3. VIEHWEG, Theodor. *op. cit.*, p. 81.
4. "Interpretar é uma atividade de mediação pela qual o intérprete compreende o sentido de um texto, que se lhe tinha deparado como problemático". LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 282-283.

asserção; (b) Todos podem introduzir qualquer asserção no discurso; (c) Todos podem expressar suas opiniões, desejos e necessidades. Por fim, o discurso deve ser protegido da coerção, pois os interlocutores devem exercer amplamente seus direitos de expressão.⁵

O Acórdão selecionado para o presente trabalho fora proferido pelo *Tribunal Pleno do STF, no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP*, tendo como relator o ministro César Peluso. Segue abaixo a sua ementa:

Ementa: Locação. Despejo. Execução. Fiador. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Constrição do seu imóvel residencial. Admissibilidade. Previsão da atual lei inquilinária. Direito de moradia. Norma do art. 6º da CF, ampliada pela Emenda nº 26/2000. Regulamentação. Ausência. Recurso desprovido.

Trata-se de recurso extraordinário ingressado contra acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento interposto pelo recorrente. O juiz da causa indeferiu pedido de liberação do bem de família do recorrente, objeto do processo executivo, com fundamento na exceção legal à regra da impenhorabilidade de tais bens, nos termos do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90 (fiador em contrato de locação).

O problema dialético⁶ tratado no acórdão do STF cinge-se à penhorabilidade do bem de família do fiador de contrato de locação. Indaga-se se o instituto persiste, ou não, com o advento da Emenda Constitucional nº 26/00, que ampliou a disposição do artigo 6º da Constituição Federal, incluindo a moradia entre os *direitos sociais*.

Segundo o relator, Ministro César Peluso não se vislumbra como sólida a alegação de que a penhora do bem de família violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República. A regra constitucional enuncia o direito à moradia como *direito social*, assim como *subjetivo*, integrante do “espaço existencial da pessoa

5. ALEXY, Robert. *op. cit.*, 194-196. Alex propõe quatro regras fundamentais do discurso: (1.1) Nenhum falante pode contradizer-se; (1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo que ele mesmo acredita; (1.3) Todo falante que aplique o predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes; (1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados. ALEXY, Robert. *Idem*, p. 191

6. “A dialectical problem is a subject of inquiry that contributes either to choice and avoidance, or to truth and knowledge, and that either by itself, or as a help to the solution of some other such problem. It must, moreover, be something on which either people hold no opinion either way, or the masses hold a contrary opinion to the philosophers, or the philosophers to the masses, or each of them among themselves”. ARISTÓTELES. *op. cit.*, p. 148.

humana, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas”. A sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos. Portanto, classifica-se na categoria dos *direitos a prestações*, e, por conseguinte, dependentes da atividade mediadora do poder público. Vislumbra-se o caráter argumentativo da definição,⁷ sendo esta um padrão da argumentação quase-lógica.⁸ Da mesma forma, apela a uma relação da parte com o todo, ou seja, inclui o direito à moradia na categoria mais ampla de direito social.⁹

Consoante seu posicionamento, não obstante tenha entendido o direito à moradia como *social prestacional*, reputou ser este melhor atendido se respeitada a penhorabilidade do bem de família do fiador, por viabilizar os contratos de locação de imóveis.

Acrescenta que diversas são as formas de que dispõe o Estado para concretizar as condições materiais do exercício dos *direitos sociais prestacionais*. O direito social à moradia não se confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel*, pois pode se reputar implementado por normas que estimulem o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, pelo aumento das garantias contratuais dos locadores e da facilidade na celebração dos contratos. Por esta perspectiva, o *direito social de moradia* seria a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 1990.

A tutela constitucional do direito social à moradia tem uma dupla face. Por um lado, a proteção ao direito subjetivo do fiador ao bem de família e do direito do locatário à habitação. Por outro, o estímulo ao acesso à habitação arrendada e o direito de moradia de uma classe ampla de sujeitos (interessados na locação). Ponderando, o respeito à exceção legal causaria um dano de menor espectro. Portanto, o ministro relator negou provimento ao recurso extraordinário, sendo seguido pelos demais, com exceção dos Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro NELSON JOBIM, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros EROS GRAU,

7. PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*, p. 241.

8. PERELMAN, Chaim. *Idem*, p. 243. Segundo Aristóteles, *definição* é uma sentença que significa a essência de algo. ARISTÓTELES. *op. cit.*, p. 145. No caso em tela, o ministro define o direito à moradia como social e subjetivo, sendo tal definição a base da sua argumentação.

9. PERELMAN, Chaim. *Idem*, p. 221.

CARLOS BRITO e CELSO DE MELLO, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro NELSON JOBIM. O Ministro MARCO AURÉLIO fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria, tendo em vista a questão constitucional.

Julgar acertadamente, como bem pontuou Aristóteles, é julgar segundo a verdade e por parâmetros equitativos.¹⁰ Embora divergentes, os ministros buscaram fundamentar seu votos consoante a sua percepção acerca do que seria, no caso em tela, equânime. O acórdão norteou um problema recente e controverso. As decisões nele proferidas possuem caráter tópico. Os seus argumentos almejavam justificar a natureza jurídica do artigo 6º. *caput* da Constituição Federal, considerando-o desrespeitado pela alteração do artigo 3º da lei 8009/90 ou plenamente eficaz, justamente por tal modificação.

O debate na sessão de julgamento desse recurso teve por escopo conferir solidez aos argumentos e convencer aos demais ministros acerca do posicionamento que melhor atendesse à norma constitucional. Indubitável a importância, neste caso, de uma hermenêutica constitucional que conferisse legitimidade às leis infra-constitucionais. A idéia central refere-se ao respeito ao artigo 6º e a própria aplicabilidade desta norma.

Saliente-se a riqueza do raciocínio dialético na estrutura da decisão final. O termo *dialética* é derivado de *diálogo*, que é *colóquio ou conversação entre duas ou mais pessoas, regidas pela sintaxe da linguagem cotidiana*; diferencia-se de solilóquio que representa a conversa do indivíduo consigo mesmo.¹¹ Imbuído de rara fecundidade intelectual, Aristóteles delineia, em seu *Organon* (Método), a lógica, concebida como a arte e o método do pensamento correto.¹² Neste trabalho, estuda três espécies de lógica: a *Lógica Analítica, Sofística e Dialética*. A primeira revela um raciocínio demonstrativo-dedutivo, que parte de premissas necessárias, primárias e imediatas.¹³ É a lógica do conhecimento científico, da álgebra e dos algoritmos. A segunda possui um *raciocínio* contencioso; na verdade, um pseudo-raciocínio, pois, a rigor, são falácias, ou seja, sabedoria aparente, sem preocupação

10. "The question which is more desirable, or the better, of two or more things, should be examined upon the following lines: only first of all it must be clearly laid down that the inquiry we are making concerns not things that are widely divergent and that exhibit great differences from one another (for nobody raises any doubt whether happiness or wealth is more desirable), but things that are nearly related and about which we commonly discuss for which of the two we ought rather to vote, because we do not see any advantage on either side as compared with the other. Clearly, then, in such cases if we can show a single advantage, or more than one, our judgment will record our assent that whichever side happens to have the advantage is more desirable. ARISTÓTELES. *op. cit.*, p. 162.

11. BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*, p. 23.

12. DURANT, Will. *A História da Filosofia. Os Pensadores*, p. 77.

13. BORGES, José Souto Maior. *op. cit.*, p. 20.

com a verdade. Por fim, a *Lógica Dialética*, que parte de *opiniões* ou premissas geralmente aceitas (*endoxa*), especialmente do argumento de autoridade.

A criação da dialética, considerada núcleo da lógica jurídica, fora atribuída a *Zenão da Eléia* (490-430 BC), discípulo de Parmênides.¹⁴ Posteriormente, o seu desenvolvimento deveu-se a Aristóteles, como a arte da argumentação e do raciocínio, a partir de pontos de vista (*topoi*),¹⁵ contrapondo vários argumentos e revelando a verdade (*aletheia*) através do diálogo.

Segundo Vieweg, a *Tópica* não é um método e sim um *estilo*,¹⁶ que se baseia na solução de problemas para os quais não há uma orientação decisória previamente estabelecida. A análise tópica é pensar por problemas, não se propondo a dar respostas prontas, mas sim abrir espaço para discussões.

Acrescente-se que os julgadores utilizaram-se de recursos de argumentação com vistas a convencer os demais acerca das idéias por eles esposadas. Como elucidou Aristóteles, embora se conjecture imagens previamente virtuosas, a escolha justa se estabelece no caso concreto. Uma decisão ética, assim, encontra o *correto* na situação específica.¹⁷ Na mesma linha de raciocínio segue Gadamer e Larenz.¹⁸ Portanto, imprescindível um estudo como esse, que parte do problema

14. A dialética de Zenão pode ser apreendida a partir da sua concepção do ser. O ser seria imóvel e uno; o que é não poderia ter começado a ser, nem muito menos cessar de ser. Ademais, o que é não seria capaz de mudar, pois mudar seria tornar-se outra coisa. JERPHAGNON, Lucien. *História das grandes filosofias*, *op. cit.*, p. 15.

15. “A expressão *topos* significa lugar (comum). Trata-se de fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva, e que usamos, com frequência, mesmo nas argumentações não técnicas das discussões cotidianas”, VIEHWEG, Theodor. *op. cit.* Prefácio do Tradutor, p. 4. Aristóteles utiliza a expressão *topos* no último parágrafo do Livro I da *Tópica*: “The means, then, whereby reasonings are effected, are these: the **commonplace** rules, for the observance of which the aforesaid means are useful, are as follows,” *op. cit.*, p. 153, grifo nosso.

16. “A tópica não é propriamente um método, mas um estilo. Isto é, não é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles.” VIEHWEG, Theodor. *Idem*. Prefácio do Tradutor, p. 3.

17. “Por outro lado, também não existem meras considerações sobre a idoneidade dos meios que sirvam para alcançar os fins éticos, já que a ponderação dos meios é, ela mesma, uma ponderação ética, e só através dela se concretiza, por sua vez, a correção ética do fim adequado” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, v.1, p. 423. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, p. 123.

18. “De modo nenhum se quer dizer com isto que se possa retirar da Lei Fundamental, como se fosse uma tabela, o ‘valor posicional’ de cada um dos direitos fundamentais ou princípios constitucionais. Que tal não é a opinião do Tribunal Constitucional Federal decorre claramente de quem em caso de colisão de direitos fundamentais ou bens jurídicos tutelados pela Constituição ele utiliza, como havemos de ver (*infra*, cap. V, 3), preponderantemente o método da ponderação de bens em casos particulares.” LARENZ, Karl. *op. cit.* p. 483. “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica. A idéia de uma ordem

para o sistema, ou seja, dos diversos argumentos expressos na problemática real para o arcabouço legislativo pátrio, com o intuito de encontrar uma solução adequada e equânime que melhor atenda às necessidades, não apenas das partes no litígio, mas de toda a sociedade.

Utilizando-se tanto esquemas de ligação como de dissociação para estruturar seus argumentos,¹⁹ os julgadores devem revestir-se da credibilidade necessária à própria justiça. Alexy, calcado em Luhmann, defende a importância de os não-participantes acreditarem na justiça e na seriedade do Direito quanto às decisões proferidas e se valerem da instituição em suas necessidades.²⁰

Em seguida, a partir do texto do acórdão selecionado, tentar-se-á identificar e classificar os argumentos utilizados na decisão do Supremo Tribunal Federal.

II. ANÁLISE DOS VOTOS

1. Voto do Ministro Relator César Peluso

Inicialmente, o relator considera inconsistente o recurso, por falta de solidez das alegações do recorrente. Segundo ele, a penhora do bem de família não violaria o disposto no art. 6º da Constituição da República. Portanto, não haveria incompatibilidade entre a norma introduzida pela EC nº 26/2000, e o art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, que permitiu exceção à impenhorabilidade do bem de família. Percebe-se a elaboração de um *argumento sistemático*.²¹

Parte ainda de um *argumento de ligação, associação e compatibilização* entre o regramento constitucional e infra. O processo de ligação visa aproximar elementos distintos e estabelecer uma solidariedade entre os mesmos, com vistas a valorizá-los.²² Utiliza, neste contexto, um *argumento quase lógico*, que pretende

judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto”, GADAMER, Hans-Georg. *op. cit.*, p. 432-433.

19. “Entendemos por processo de ligação esquemas que aproximam elementos distintos e permitem estabelecer entre estes uma solidariedade que visa, seja estruturá-los, seja valorizá-los positiva ou negativamente um pelo outro. Entendemos por processo de dissociação técnicas de ruptura com objetivo de dissociar, de separar, de desunir elementos considerados um todo, ou pelo menos um conjunto solidário dentro de um mesmo sistema de pensamento. A dissociação terá o efeito de modificar tal sistema ao modificar algumas das noções que constituem suas peças mestras. É por isso que esses processos de dissociação são característicos de todo pensamento filosófico original.” PERELMAN, Chaim. *op. cit.*, p. 215.
20. ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 214.
21. “Com a expressão *argumento sistemático* se compreende tanto a referência à situação de uma norma no texto legal, como a referência à relação lógica ou teleológica de uma norma com outras normas, fins e princípios.” ALEXY, Robert. *Idem*, p. 235.
22. PERELMAN, Chaim. *op. cit.*, p. 215.

conferir *força de convicção*, na medida em que se compara a raciocínios formais, lógicos ou matemáticos. Na verdade, os argumentos quase-lógicos retiram sua *força persuasiva* de sua aproximação de modos de raciocínio lógicos.²³

Continua asseverando que a regra constitucional enuncia um *direito social*, com dimensão subjetiva (direito subjetivo) e objetiva (provisão legal de prestações aos cidadãos) e um direito a prestações que dependem da atividade mediadora dos poderes públicos.

Portanto, o Estado possuiria diversos meios para efetivação de tal direito e para concretização das condições materiais de seu exercício. Utiliza-se de um *argumento baseado na estrutura do real*, um *argumento de coexistência* conhecido como *argumento de autoridade*, ao citar o constitucionalista português Canotilho:

A multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tende a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada (...). Importante é a constatação de que as diversas modalidades de prestações referidas não constituem um catálogo hermético e insuscetível de expansão, servindo, além disso, para ressaltar uma das diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), já que estes, em regra, reclamam uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental.

Constrói, em seguida, um *argumento de dissociação*²⁴ e distingue, no seio da ordem constitucional, o *direito social de moradia* e o *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel*. Deste modo, defende que o direito à moradia poderá ser implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.

Em outro parágrafo, o ministro introduz *ligações que fundamentam a estrutura do real*, fazendo uma *analogia* entre o caso brasileiro e o regime adotado em Portugal, ao mencionar o dispositivo da vigente Constituição portuguesa, no n° 2 do art. 65°: “Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: (...) c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada.”

23. PERELMAN, Chaim. *Idem*, p. 219.

24. “(...) pressupõe a unidade primitiva dos elementos confundidos no seio de uma mesma concepção, designados por uma mesma noção. A dissociação das noções determina um remanejamento mais ou menos profundo dos dados conceituais que servem de fundamento para a argumentação.” PERELMAN, Chaim. *Idem*, p. 468.

Fundamenta sua decisão em um *argumento pragmático*, na necessidade de se construir um mercado locatício em que se respeitem as normas e se estimulem os contratos de locação, aumentando a oferta de moradia disponível. Uma legislação que reforme as garantias, portanto, colaboraria com a efetivação do direito à moradia.

Defende com veemência que a própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90 é proteger tal direito e não violá-lo. Não vislumbra qualquer contradição entre o disposto na lei e o regramento constitucional. Demonstra, assim, um *argumento genético*.²⁵

Uma outra técnica da argumentação quase-lógica refere-se à *identidade dos diversos elementos* que compõem o discurso. Define assim o direito social de moradia, como possuindo dupla face de “resguardo simultâneo a direito subjetivo do fiador ao bem de família” e, ainda, “análogo direito do locatário à habitação.”

Parte então para um *argumento baseado na estrutura do real*. Segundo ele, o direito social do fiador possui eficácia negativa, sendo visto como poder de defesa contra agressão à *posição jurídica* redutível ao seu âmbito de proteção. O problema é que não existiriam outras garantias ao crédito exequendo.

Invoca um *topos*, o *princípio da isonomia*, que seria essencial para conferir igual tratamento ao proprietário, o que, por via oblíqua, protegeria o direito social de moradia ou o direito inerente à condição de locador.

Reitera o *argumento de dissociação*, ao diferenciar a relação jurídica integrada pelo locador de outros direitos de crédito e o *argumento de autoridade*, partindo da lição de José Eduardo Faria,

os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios.

Estrutura uma *argumentação dissociativa*, a partir do binômio proprietário e não proprietário:

sustento que o direito de moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O

25. “Há um argumento genético quando se justifica uma interpretação R’ de R, porque ela corresponde à vontade do legislador.” ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 232.

direito de moradia é direito que deve reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia.

Parte para uma nova *dissociação*:

O que está em jogo aí são – como sempre – dois interesses relevantes, mas, neste caso, parece-me que a norma, abrindo a exceção à inexistência de direito de moradia do bem de família, é uma das modalidades de conformação do direito de moradia por via normativa, porque permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso à locação.

Modela concretamente o direito social à moradia, ao entender que o seu escopo é *estimular o acesso à habitação arrendada, ou seja*, “o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas na locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança)”.

Argumenta, suprindo-se de um *argumento pragmático*, que os proprietários de imóveis não são obrigados a prestar fiança, mas se o fazem, devem manter o equilíbrio do mercado, e arcar com o ônus assumido. Conclui, diante do exposto, pelo não provimento do recurso extraordinário.

2. Voto do Ministro Eros Grau

Inicia o seu voto exaltando o brilhantismo do voto do relator. Pede, porém, vênua para divergir. Embora rica a argumentação do ministro relator, não convenceram o ministro Eros Grau que, por seu turno, usufruiu de *argumentos de dissociação* para construir seu raciocínio.

Explica que a penhora incidu sobre o único bem imóvel de propriedade do fiador. Cita, em seguida, *precedentes* da Corte²⁶, acerca da proteção do bem de família, o que claramente é um *argumento quase lógico de regra da justiça*, em decorrência da utilização de precedentes:

Há precedentes na Corte, os REs 352.940 e 449.657, Relator o Min. Carlos Velloso, nos quais se afirma o não recebimento, pelo artigo 6º da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 26/2000, da Lei nº 8.245/91, que ressalva a penhora do imóvel residencial do fiador em contrato de locação.

26. “A regra da justiça fornecera o fundamento que permite passar de casos anteriores a casos futuros, ela é que permitira apresentar sob a forma de argumentação quase-lógica o uso do precedente”. PERELMAN, Chaim. *op. cit.*, p. 248.

Posteriormente, utiliza-se do *topos*, *dignidade da pessoa humana*, para fundamentar seu raciocínio:

A impenhorabilidade do imóvel residencial instrumenta a proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover à sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana, pois – a propriedade consiste em um direito individual e cumpre função individual.

Explana a funcionalização da propriedade pelo regramento constitucional brasileiro, a partir de um *argumento de dissociação*:

Como tal é garantida pela generalidade das Constituições de nosso tempo. A essa propriedade, aliás, não é imputável função social; apenas os abusos cometidos no seu exercício encontram limitação, adequada, nas disposições que implementam o chamado poder de polícia estatal.

Um outro *topos* mencionado é o *princípio da isonomia*:

Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário. Quer dizer, sou fiador; aquele a quem prestei fiança não paga o aluguel, porque está poupar para pagar a prestação da casa própria, e tem o benefício da impenhorabilidade; eu não tenho o benefício da impenhorabilidade. A afronta à isonomia parece-me evidente.

É enfático ao fundamentar sua decisão, não na lógica do mercado, como o fez o relator, partindo de uma premissa argumentativa quase lógica, mas no que delibera a Constituição. Por um *argumento de dissociação*, expõe que parte de pontos de vistas diferentes do relator: “Na Constituição. Parto de um ponto de vista, Vossa Excelência partiu de outro.”

Imbuído do *argumento semântico*,²⁷ discorda daqueles que defendem o caráter programático do direito à moradia:

Por outro lado - e aqui quero ferir ao cerne do voto do Ministro Carlos Velloso -, diria que o argumento centrado na afirmação do caráter programático do artigo 6º da CB não pode prosperar. Pois é certo que o legislador está vinculado pelos

27. “Pode falar-se de argumento semântico quando se justifica, se critica ou se afirma como possível, com referência ao uso da linguagem uma interpretação R’ de R. (...) Os argumentos semânticos podem ser usados para justificar, criticar, ou mostrar que uma interpretação é admissível, ao menos semanticamente”. ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 230.

seus preceitos. Ou seja, os textos da Constituição são dotados de eficácia normativa vinculante. E mais: já é mesmo tempo de abandonarmos o uso da expressão “normas programáticas”, que aparece nos autos, não no voto de Vossa Excelência, porque essa expressão porta em si vícios ideológicos perniciosos.

Posteriormente, o ministro apresenta *ligações que fundamentam a estrutura do real*, realizando uma *analogia* do caso brasileiro com o regime adotado alhures, ao mencionar a lição do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, que,

em acórdão já de 29 janeiro de 1969, assumiu, em síntese, o seguinte entendimento: a) quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação de política legislativa – que levou à omissão do Legislativo – vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição; b) o argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando editada a lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de função constituinte ao Poder Legislativo. Porque bastaria a omissão do Poder Legislativo, para que o preceito constitucional fosse retirado de vigência.

Continua sua defesa no sentido de que a Constituição do Brasil vincula o legislador. Utiliza-se, assim, de um *argumento pragmático*:

Os constitucionalistas que negam essa vinculação dão prova cabal de que, aqui, entre nós, a doutrina do direito público anda na contramão da evolução da nossa doutrina do direito privado, no seio da qual germina uma muito rica “constitucionalização do direito civil”.

Parte de uma afirmação em tom de *ironia*.²⁸

Parece estranho, mas, no Brasil, a doutrina mais moderna de direito público é a produzida pelos civilistas... É certo, ademais, que não cabe, no caso, cogitarmos da chamada “reserva do possível”. Mesmo porque aqui não há nenhuma prestação efetiva do Estado que dependa da disponibilidade de recursos materiais, para que o preceito constitucional possa ser efetivado.

Assevera que não houve a recepção, pela Emenda Constitucional n. 26, da lei que excepcionou a regra da impenhorabilidade; neste mister a sua *argumentação é permeada de dissociações*. Discorda do argumento pragmático do relator acerca do impacto mercadológico da inconstitucionalidade da norma que protege a impenhorabilidade do bem de família, pois isto não bastaria para afastar a

28. “A assunção provisória pela qual começa esse gênero de raciocínio pode traduzir-se por uma figura, a ironia. Através da ironia ‘quer-se dar a entender o contrário do que se diz’. Por que esse rodeio? É que, na realidade, estamos lidando com uma argumentação indireta.” PERELMAN, Chaim. *op. cit.*, p. 235.

incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia: “Desejo apenas insistir em que o preceito constitucional, artigo 6º, sendo aplicado à situação de que cuidamos não explica, não justifica a exceção à impenhorabilidade. Além do mais, no meu modo de ver incide aí também a regra da isonomia.”

Reforça, assim, por um *argumento baseado na estrutura do real, argumento de hierarquia*:

Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência desse mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional. Creio que a nós não cabe senão aplicar a Constituição. E o Poder Público que desenvolva políticas públicas sempre adequadas aos preceitos constitucionais. De modo que, com a vênua do Ministro Cezar Peluso, dou provimento ao recurso extraordinário para afastar a impenhorabilidade no caso.

Conclui, enfim, pela procedência do recurso.

3. Voto do Ministro Joaquim Barbosa

Introduz em sua explanação o *argumento de dissociação* a partir do *par de direitos fundamentais*: direito à moradia e direito à liberdade:

a questão posta nos presentes autos centra-se no embate entre dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia (art. 6º da Constituição federal), que é direito social constitucionalmente assegurado e, em princípio, exige uma prestação do Estado; de outro, o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, ou seja, a da autonomia da vontade, exteriorizada, no caso concreto, na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.

Em seguida, vislumbra um *argumento fundamentado na estrutura do real* que visa estabelecer uma solidariedade entre juízos já aceitos e juízos cuja promoção se almeja. “Ambos os direitos merecem igual tutela em nossa Constituição, de modo que é tarefa complexa estabelecer os parâmetros e limites de sua aplicação, em especial neste tema da penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação”.

Distingue alguns elementos típicos do caso que permitem o seu tratamento específico, “Mas a singularidade do presente caso reside no fato de que a suposta violação de um direito fundamental não se dá no bojo de uma típica relação jurídica que se estabelece entre o titular do direito e um órgão estatal, mas, sim, numa relação entre particulares, tipicamente de direito privado”.

Questiona-se caso seriam impositivas às relações privadas, com o mesmo peso e o mesmo rigor, as limitações e obrigações impostas ao Estado em virtude

da previsão, na Constituição, de um catálogo de direitos fundamentais. Em seguida, propõe-se a decidir, mediante juízo de ponderação, qual dos direitos deve preponderar. Utilizará, portanto, um *argumento baseado na estrutura do real de ligação de coexistência e hierarquia*.

Ilustra, em seguida, precedentes²⁹ da Corte, o que demonstra um *argumento quase lógico de regra da justiça*, em decorrência da utilização de precedentes e *argumento histórico*:³⁰

Assim me manifestei ao votar no julgamento do RE 201.819 (rel. min. Ellen Gracie), quando aderi ao voto vencedor, do ministro Gilmar Mendes. Naquela oportunidade, afirmei: “Entendo que, em matéria de direitos fundamentais o nosso direito constitucional se distancia largamente da doutrina da State Action do direito norteamericano, segundo a qual as limitações impostas pelo Bill of Rights aplicam-se prioritariamente ao Estado e a quem lhe faz às vezes, jamais aos particulares. Tomo, contudo, a cautela de dizer que não estou aqui a esposar o entendimento de que essa aplicabilidade deva se verificar em todas as situações. No campo das relações privadas, a incidência das normas de direitos fundamentais há de ser aferida caso a caso, com parcimônia, a fim de que não se comprima em demasia a esfera de autonomia privada do indivíduo”.

Explica que utilizará o *argumento que fundamenta a estrutura do real*, o *argumento pelo caso particular*; com cautela, optou, em seu voto, pelo exame casuístico.

Discorda da abordagem anteriormente fornecida à questão e propõe uma nova, reiterando o *argumento de dissociação* a partir do par “direito à moradia e liberdade”:

Como todos sabemos, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto. Em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta. É precisamente o que está em jogo no presente caso. A decisão de prestar fiança, como já disse, é expressão da liberdade, do direito à livre contratação. Ao fazer uso dessa franquia constitucional, o cidadão, por livre e espontânea vontade, põe em risco a incolumidade de um direito fundamental social que lhe é assegurado na Constituição. E o faz, repito, por vontade própria. Por via de conseqüência,

29. “Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais. (...) O que se discute é sua valorização teórica. A discussão centra-se sobretudo na questão de se se lhes podem atribuir o caráter de fonte do direito. (...) A exposição que segue limita-se a duas considerações diferentes: (1) o papel da observância dos precedentes do ponto de vista da teoria do discurso jurídico aqui esboçada e (2) a relação dos argumentos baseados em precedentes com outros argumentos possíveis no discurso jurídico.” ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 264. “As técnicas de divergência são parte constitutiva do uso dos precedentes. Nesta investigação não é possível apresentar nem sequer de forma rudimentar, as numerosas teorias elaboradas com tal finalidade (...) O uso de um precedente significa a aplicação da norma que subjaz à decisão do precedente.” ALEXY, Robert. *Idem*, p. 268.

30. “Fala-se de argumento histórico quando se expõem fatos que se referem à história do problema jurídico discutido, como razões a favor ou contra uma interpretação.” ALEXY, Robert. *Idem*, p. 234.

entendo que não há incompatibilidade entre o art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990, inserido pela Lei 8.245/1991, que prevê a possibilidade de penhora do bem de família em caso de fiança em contrato de locação, e a Constituição federal.

Conclui, por fim, por negar provimento ao recurso.

4. Voto do Ministro Carlos Brito

Introduz um argumento *baseado na estrutura do real de superação*:

a Constituição usa o substantivo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família; e, na terceira vez, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, inciso IX). A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, é não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiança. Ele não pode, mediante um contrato de fiança, decair.

E continua com o *topos, sonho da casa própria*: “Entendo que aquele que conseguiu realizar o sonho da casa própria, esse anseio profundo de conseguir o seu pedaço de chão no mundo, que é a casa própria, não pode decair nem por vontade própria.”

Adiciona ainda um *argumento baseado na estrutura do real de ligação de coexistência e hierarquia*:

Veja, Excelência, o que diz a Constituição em matéria de família: que ela é uma entidade, veja como a Constituição radicalizou, merecedora de proteção especial. O adjetivo “especial” não há de ser desconsiderado, porque não foi à toa utilizado pela Constituição. Estamos, portanto, no âmbito de um tema que mereceu da Constituição, a meu sentir, um apreço especialíssimo. Nesta medida das minhas considerações e das ilações que penso extrair do sistema de comando da Constituição, acompanho, comodamente, o voto do Ministro Eros Grau, não sem antes pedir vênias ao Ministro-Relator, que, como de hábito, se houve com muita qualificação na lavratura do seu voto.

Conclui, portanto, pela procedência do recurso.

5. Voto do Ministro Gilmar Mendes

Utiliza-se inicialmente de um *argumento baseado na estrutura do real, estabelecendo um vínculo causal* entre a consagração no texto constitucional do direito

de moradia e o seu conseqüente *modus faciendi*, ou forma de execução. Admite que a garantia permite múltiplas possibilidades de execução.

Vislumbra a colisão entre diversos princípios constitucionais sem, contudo, verificar uma hierarquia entre eles. Referiu-se ao *raciocínio tópico*, ressaltando o *topos da autonomia privada*:

E não podemos deixar de destacar e de ressaltar um princípio que, de tão elementar, nem aparece no texto constitucional: o princípio da autonomia privada, da autodeterminação das pessoas - é um princípio que integra a própria idéia ou direito de personalidade. Portanto, embora reconheça, no art. 6º, o direito de moradia, a criação ou a possibilidade de imposição de deveres estatais na Constituição de modos de proteção a essa faculdade desenhada no texto constitucional, não consigo vislumbrar, na concretização que lhe deu a Lei, a violação apontada.

Emprega em outra ocasião o *argumento de reciprocidade*, argüindo o ministro Celso de Mello se o tratamento fornecido por este ao inciso VII não deveria ser estendido aos demais incisos.³¹ Da mesma forma, aplica, segundo Alexy, a *regra fundamental da coerência*.³²

Não confere, portanto, provimento ao recurso.

6. Voto da Ministra Ellen Gracie

Imbuída de um *argumento baseado na estrutura do real como interação de meios e fins e argumentação teleológica*³³ refuta a incompatibilidade entre a proteção à família e a penhorabilidade do bem de família:

Já que, nesses casos, a impenhorabilidade do bem de família objetiva não apenas defender a pessoa individual daquele responsável pela obrigação, mas, sim, o núcleo familiar. Pondero esse valor. Mas pondero também, com base nas razões brilhantemente desenvolvidas pelo Ministro Cezar Peluso, que a

31. Os argumentos de reciprocidade têm por escopo aplicar tratamento semelhante a duas situações correspondentes. Requer-se, neste caso, o entendimento da noção de simetria. PERELMAN, Chaim. *op. cit.*, p. 250.

32. A regra “Todo falante que aplique o predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes refere-se à coerência do falante, aplicada a expressões valorativas.” ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 192.

33. “Os argumentos teleológicos-objetivos são aqueles em que quem argumenta se refere não a fins de pessoas realmente existentes no passado ou no presente, mas a fins ‘racionais’ ou ‘prescritos objetivamente no contexto do ordenamento jurídico vigente’. (...) Os fins de que se trata na interpretação teleológica não são por isso fins que se determinem empiricamente, mas fins caracterizados normativamente. Por fim, caracterizado normativamente, deve entender-se aqui um estado de coisas prescrito ou um fato prescrito.” ALEXY, Robert. *Idem*, p. 236.

Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação.

Ponderando brevemente essas razões, acompanhou o Relator.

7. Voto do Ministro Marco Aurélio

No voto desse ministro percebe-se a presença de um *argumento de dissociação*, a partir do *par legalidade-constitucionalidade*:

Senhor Presidente, observo que está em jogo a inconstitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, com a redação imprimida pela Lei nº 8.245/91, que excluiu, no campo da legalidade, da penhora, o bem dado ante fiança concedida em contrato de locação. Por isso, de início, digo da possibilidade de cogitar de acórdão com duplo fundamento: legal e constitucional. A lei, realmente, é explícita, e a Corte de origem, ao prolatar a decisão, afastou a incidência do artigo 6º da Carta Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional nº 26/2000.

Invoca um outro *argumento pragmático*, a necessidade da oitiva do Procurador Geral da República: “Mas preocupa-me a circunstância de abrir exceção quanto ao exame de constitucionalidade, ou não, de ato normativo, sem ouvir, antes, como reclamado pelo Regimento Interno, a Procuradoria Geral da República”.

Distingue ainda, a partir da *dissociação argumentativa*, propriedade e moradia:

Surge a problemática: o artigo 6º da Constituição Federal, ao referir-se à moradia - não à propriedade, porque é possível ter moradia mediante contrato de locação, de comodato, e pelas mais diversas formas -, confere a intangibilidade da propriedade como bem único da família? A resposta, para mim, é negativa.

Parte para a *ligação de sucessão e apresenta o vínculo causal*: “Não fosse a Lei nº 8.009/90, não haveria como emprestar ao bem a intangibilidade, considerado o bem do proprietário executado por dívida diversa, própria, assumida por ele na forma direta.”

Vai além, imbuído do *argumento de superação*:

Mais do que isso, Senhor Presidente, há referência, no artigo 6º - e, aí, na redação primitiva -, ao trabalho, e este gera a própria subsistência mediante percepção de salário. O trabalho está em pé de igualdade com a moradia e, se pudesse dar um peso a cada qual, daria o maior à fonte de subsistência. A previsão é de que a proteção ao salário se dá na forma da lei, a demonstrar que a

alusão à moradia contida no dispositivo, por mais linear que seja o significado emprestado, não encerra a proteção à propriedade.

Em sede de conclusão, entende que o inciso VII do artigo 3º da Lei nº 8.009/90, com a redação decorrente da Lei nº 8.245/91, é constitucional e indefere o recurso.

8. Voto do Ministro Celso de Mello

Preliminarmente, assevera com o *argumento de hierarquia* a superioridade da importância do tema de matriz e alto relevo constitucional.

Consoante seu raciocínio, o direito à moradia representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 6º), qualificando-se como um dos direitos sociais mais expressivos de segunda geração.

Continua o seu *argumento de superação*:

A essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso País aderiu, valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda e qualquer pessoa.

Parte, então, para o *argumento de autoridade*:

segundo observa SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA (“Direito à Moradia e de Habitação”, p. 348, item n. 8, 2004, RT) – dos “termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo a qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da República, sendo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tutelar o direito à moradia (...)”

E continua com outro argumento de autoridade, fundamentado no *topos da dignidade da pessoa humana*:

na linha da reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional.

Em uma profícua hermenêutica constitucional, parte para uma *argumentação imbuída de argumentos de ligação de coexistência*:

Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família.

Fornece um novo paradigma a ser adotado, com sua *argumentação dissociativa* filtrada de um *argumento de autoridade*:

Daf a advertência, que se impõe considerar, de que se formou, no âmbito de nosso sistema jurídico, um novo paradigma a ser observado pelos elaboradores e pelos aplicadores da lei, pois, como bem assinalado pela Professora MARIA CELINA B. MORAES (“A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, “in” “Revista Estado, Direito e Sociedade”, vol. 1, 1991, PUC/RJ), “no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana - isto é, os valores existenciais - no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daf decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar”.

Aduz ser justificável a ponderação realizada pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, em decisão proferida no julgamento do RE 352.940/SP, ao reconhecer a impenhorabilidade do único imóvel residencial do prestador de fiança locatícia, vindo a assegurar-lhe a proteção constitucional fundada no direito à moradia. Apóia-se neste caso no *argumento quase lógico do precedente*.

A partir da *relação causal integrante do argumento baseado na estrutura do real*, entende que o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90, está em conflito com o direito à moradia.

Em sede de conclusão defende que:

o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração - direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família - a moradia do homem e sua família - justifica a existência de

sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Coteja também um *argumento de contradição* e do *topos da isonomia*:

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que a ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000.”

Busca a razão subjacente a este raciocínio, para encontrar um *argumento contraditório*:

A ratio subjacente a esse entendimento prende-se ao fato de que o bem de família do devedor principal – que é o locatário – não pode ser penhorado, muito embora o fiador – que se qualifica como garante meramente subsidiário (CC, art. 827) - possa sofrer a penhora de seu único imóvel residencial, daí resultando um paradoxo absolutamente inaceitável, pois, presente tal contexto, falecer-lhe-á a possibilidade de, em regresso, uma vez paga, por ele, a obrigação principal, fazer incidir essa mesma constrição judicial sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino.

Reitera o seu argumento de *autoridade, corroborado por um argumento de dissociação*:

É por esse motivo que PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO (“Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral”, vol. I/288-289, item n. 5, 4ª ed., 2003, Saraiva), analisando esse específico aspecto da questão sob a égide do postulado da isonomia, corretamente observam: “A Lei n. 8.245/91 (Lei do Inquilinato) acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, estabelecendo mais uma exceção à impenhorabilidade legal do bem de família: a obrigação decorrente de fiança em contrato de locação. Em outras palavras: ‘se o fiador for demandado pelo locador, visando à cobrança dos aluguéis atrasados, poderá o seu único imóvel residencial ser executado, para a satisfação do débito do inquilino’. Não ignorando que o fiador possa se obrigar solidariamente, o fato é que, na sua essência, ‘a fiança é um contrato meramente acessório’ pelo qual um terceiro (fiador) assume a obrigação de pagar a dívida, se o devedor principal não o fizer. Mas seria razoável garantir o cumprimento desta obrigação (essencialmente acessória) do fiador com o seu único bem de família? Seria tal norma constitucional? Partindo-se da premissa de que as obrigações do locatário e do fiador têm a mesma base jurídica – o contrato de locação -, ‘não é justo que o garantidor responda com o seu bem de família, quando a mesma exigência não é feita para o locatário’. Isto é, se o inquilino, fugindo de suas obrigações,

viajar para o interior da Bahia, e ‘comprar um único imóvel residencial’, este seu bem será ‘impenhorável’, ao passo que o fiador continuará respondendo com o seu próprio ‘bem de família’ perante o locador que não foi pago. À luz do Direito Civil Constitucional - pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil -, parece-me forçoso concluir que este dispositivo de lei ‘viola o princípio da isonomia’ insculpido no art. 5º da CF, uma vez que ‘trata de forma desigual locatário e fiador’, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação.”

Em uma profícua *argumentação por superação* defende que:

A moradia representa, efetivamente, uma necessidade básica da pessoa. É preciso, desse modo, que o Poder Público dê consequência ao que a nossa Lei Fundamental proclama, notadamente quando põe em destaque essa garantia assegurada às pessoas em geral, como se vê, por exemplo, da norma inscrita no inciso XXVI do art. 5º da Constituição da República, que impede a penhora da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família.

Reforça a análise apenas do caso particular, ou seja, utiliza-se da *ligação que fundamenta a estrutura do real*, a partir do caso particular:

Analisando, nesta sede recursal, apenas o caso concreto, pois, como bem assinalou o eminente Ministro CARLOS BRITTO, as exceções à cláusula geral de impenhorabilidade do bem de família serão examinadas em momento oportuno, se e quando a controvérsia constitucional a elas pertinente chegar a esta Suprema Corte.

Discorda dos votos contrários a sua posição pelo *argumento da contradição*:

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, ressalto, uma vez mais, como já o fizera no início deste meu voto, a incongruência referida pelo eminente Ministro EROS GRAU, constante do inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009/90. Ou seja, o fiador sofre, nos termos dessa exceção legal, a incidência do vínculo processual da penhora, mas ele, mesmo solvendo a obrigação do devedor principal (locatário), não pode voltar-se, regressivamente, contra ele, impossibilitado de fazer recair a penhora sobre o único imóvel residencial eventualmente pertencente ao inquilino inadimplente.

Com vistas a evitar uma incompatibilidade, cinge-se ao caso em tela, impugnando apenas o inciso VII e mencionando que os demais poderão ser tratados em ocasiões oportunas:³⁴

34. “É normalmente a atitude do juiz que, sabendo que cada uma das suas decisões constitui um precedente, procura limitar-lhes o alcance o quanto puder, enunciá-las sem ultrapassar em seus considerandos o que é necessário dizer para fundamentar a sua decisão, sem estender suas fórmulas interpretativas a situações cuja complexidade poderia escapar-lhe”. PERELMAN, Chaim. *op. cit.*, p. 225.

Analisando, nesta sede recursal, apenas o caso concreto, pois, como bem assinalou o eminente ministro Carlos Brito, as exceções à cláusula geral de impenhorabilidade do bem de família serão examinadas no momento oportuno, se e quando a controvérsia constitucional a elas pertinente chegar a esta Suprema Corte.

Acompanhou Eros Grau e Carlos Brito com voto divergente, pela procedência do recurso.

9. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence

Introduz seu voto elogiando seus antecessores e perquirindo acerca da validade da penhora do bem de família do fiador de locação residencial.

Para ele o problema cinge-se à efetividade do direito à moradia, não apenas com relação às prestações positivas relativas ao Estado, mas também à eficácia horizontal desse direito, nas relações privadas.

Concorda com o argumento do relator de que viabilizar a locação residencial é modalidade de concretização do direito fundamental à moradia. Se a fiança não será executada, ter-se-á insegurança por parte dos contraentes. Percebe-se o desenho de um *argumento quase lógico*, ou seja, o respeito à penhorabilidade do bem de família causaria um impacto negativo nos contratos de locação.

Recusa o argumento pragmático dos imperativos do mercado, mas busca considerar a realidade circundante da questão constitucional. A alternativa ao contrato de fiança seria a garantia bancária que, em virtude do seu valor, mostrar-se-ia como inacessível à grande parte da população. Propõe, por conseguinte, um *argumento fundado na estrutura do real* que teria por efeito a diminuição dos contratos pela dificuldade em se arcar com os custos da fiança bancária.

Por isso, acompanha o eminente Relator e nega provimento ao recurso.

10. Voto do Ministro Nelson Jobim

Analisa a *regra da justiça do precedente*, *argumento quase lógico*, assim como o *argumento pragmático*:

Também acompanho o voto do Relator e recorro a importância desse tipo de decisão. Aliás, o Ministro Sepúlveda Pertence já tinha lembrado há algum tempo, quando decidimos a inconstitucionalidade da extensão de uma norma constitucional que havia afastado a limitação do salário maternidade. Lembrem-se de que a Constituição estabeleceu a limitação de todos os benefícios da Previdência Social, incluindo o auxílio maternidade. O Tribunal ficou muito

sensível. O Relator, Ministro Sydney Sanches, havia iniciado o seu voto dizendo que, na licença maternidade, a Previdência pagaria até o limite e o excedente ao limite para chegar ao salário de atividade seria pago pelo empregador. Nós chamamos a atenção e o Tribunal reconheceu que uma decisão dessa natureza inviabilizaria o mercado de trabalho da mulher, porque os empregadores não contratariam mais mulheres grávidas e criariam dificuldades ou estabeleceriam salários limitados ao teto.

Coteja o *argumento de hierarquia*, ao se manifestar acerca das normas constitucionais: “Nós temos de ter respeito às normas constitucionais, inclusive ao direito infra-constitucional. Essas normas não são feitas para irreais, não são feitas para mundos virtuais, mas para mundos reais. Foi exatamente a isso que o Relator se referiu.”

Parte, então, ao *argumento baseado na estrutura do real de causa e consequência*:

Na medida em que entendêssemos, como pretende a minoria, que esse direito seria oponível nessas circunstâncias, a consequência seria exatamente a extração da possibilidade de locações de uma série de pessoas absolutamente necessitadas para tais, porque, evidentemente, o risco seria onerado ao personagem, por meio da fiança bancária, ou mesmo na impossibilidade de locação.

Reitera o fundamento do seu voto, com o *argumento por comparação*:³⁵

Lembrem-se de toda a disputa que houve com a Lei nº 1.300, à época dos anos 60, que acabou inviabilizando o crescimento imobiliário. E, depois, teve que haver um vetor para viabilizar, com o Decreto-Lei nº 4, a liberação das locações na área comercial até chegarmos à situação atual, que deu um “boom” de crescimento de investimentos na área imobiliária, principalmente depois da Lei de Condomínios e Incorporações da década de 60, que criou o mecanismo possível do financiamento.

Justifica também que o “Tribunal não pode ficar insensível ao fato de que seus eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos”, aduzindo uma *argumentação baseada na estrutura do real, a partir de um vínculo causal*.

Ironicamente, asseverou que o ônus da não penhorabilidade do imóvel do fiador seria pago pelo locador, o que levaria ao crescimento da fiança bancária.

35. “A escolha dos termos de comparação adaptados ao auditório pode ser um elemento essencial da eficácia de um argumento, mesmo quando se trata de comparação numericamente especificável: haverá vantagem, em certos casos, em descrever um país como sendo nove vezes o tamanho da França do que metade do tamanho do Brasil”. PERELMAN, Chaim. Idem, p. 278.

Acompanhou, portanto, o voto do Relator.

III. CONCLUSÃO

O positivismo concebeu a atividade jurisdicional como a subsunção do fato a um sistema normativo coeso e completo, não permitindo ao juiz liberdade criativa desatrelada da discricionariedade irracionalmente justificada. Constata-se, contudo, um adensamento do ativismo do órgão judicial, que não se limita a um mero processo de subsunção, mas ao preenchimento valorativo de termos legais definidos no próprio processo.³⁶

Dworkin, em sua argumentação voraz contra o positivismo, sustenta uma *interpretação construtiva*. Em cada caso, deve-se avaliar o princípio a ser aplicado e o mais adequado ao contexto específico. Ademais, na modificação dos padrões de julgamento, o juiz não poderá ser arbitrário e escolher conforme seus sentimentos pessoais, porquanto deve basear-se em princípios.³⁷ Segundo ele, os juízes não criam normas, mas somente garantem direitos, a partir de princípios com força normativa, o que elimina a possibilidade de discricionariedade nas decisões judiciais. O magistrado deverá apreender, a partir do sistema jurídico integrado por regras, princípios e políticas, a melhor solução, inclusive para os casos difíceis.

Para sustentar sua teoria, criou Dworkin o *juiz Hércules*, com capacidade, sabedoria e sagacidade sobre humana. Seria um juiz que aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição: “Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juizes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.”³⁸

Não nega o autor que um juiz, ao tomar uma decisão, pode deixar transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas. Mas, alerta que isso é muito diferente de supor que essas convicções têm alguma força independente no argumento, pelo simples fato de serem as suas convicções. Embora sejam falíveis e passíveis de tomar decisões injustas, devem perseguir decisões justas.³⁹

36. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Efetividade e Tutela jurisdicional”. Revista de Direito Processual Civil. Curitiba: Gênese, nº 34, 2004, p. 666. “A moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados”. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 349.

37. DWORKIN, Ronald. *Levando Direitos a Sério*, p. 60.

38. DWORKIN, Ronald. *Idem*, p. 165.

39. DWORKIN, Ronald. *Idem*, p. 184.

Outrossim, reforça que, apesar das falhas, ainda deve caber aos magistrados o poder decisório e que os casos difíceis devem ser decididos *com humildade*.⁴⁰

Assim, a sociedade *vive na lei e segundo o direito*, que torna os indivíduos cidadãos e súditos do *império do direito*. O acesso a este ocorre por intermédio do raciocínio jurídico, que é um exercício de *interpretação construtiva*, fundamental para tornar a história do direito *a melhor de todas*.⁴¹

A análise dos votos da decisão judicial colacionada expõe exatamente este conflito, percebido por Dworkin, acerca da necessidade de uma postura baseada em princípios, sobretudo quando se lida com casos difíceis. A maioria dos votos evocou princípios constitucionais em sua fundamentação, que foram utilizados ora para conceder ora para negar o recurso. Forçoso constatar que as decisões proferidas foram permeadas de grande carga valorativa e que os argumentos apresentados visaram fornecer racionalidade ao discurso e motivação às decisões. Inegável, por conseguinte, o caráter tópico das decisões, que confere fluidez ao ordenamento jurídico e abriga diversas soluções a um mesmo caso, por intermédio do amplo debate. É justamente pela possibilidade de se vislumbrar diferentes posições e pela tentativa de se construir um consenso que se almeja alcançar uma decisão justa.⁴²

Neste contexto, somente a partir do próprio caso concreto é que se pode inferir a real dimensão de um direito. Abstratamente, tem-se apenas um vetor e não uma decisão pré-concebida.⁴³ Em face da tensão entre direitos fundamentais, não se admitindo a existência de hierarquia normativa, serão estimados os diversos interesses e o conflito será dirimido com a aplicação da técnica da *ponderação dos valores*, sopesando os bens jurídicos em questão e determinando a prevalência de um deles, apenas em um caso específico.

O método dialético proporciona uma ampliação do espectro de análise processual e permite a formação de um juízo mais equilibrado. Diante de um caso difícil, a postura do **magistrado não é de uma máquina decisória, mas sim de um indivíduo que traz ao processo suas compreensões prévias e, ao fundamentar sua decisão, utiliza-se de inúmeros recursos argumentativos, com vistas a**

40. DWORKIN, Ronald. Idem, p. 203.

41. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. XI.

42. “A justiça é a observância do meio termo, mas não de maneira idêntica à observância de outras formas de excelência moral, e sim porque ela se relaciona como o meio termo, enquanto a injustiça se relaciona com os extremos”. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, p. 101.

43 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, p. 24.

articular os fatos e o arcabouço jurídico, sempre considerando a sua interferência na realidade social.⁴⁴

IV. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Shild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mario Gama Cury. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- _____. “Logic (Organon). Topics (Topica)”. In: *The Works of Aristotle - Great Works*. v. I. Translated by W. A. Pickard-Cambridge. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DURANT, Will. *A História da Filosofia. Os Pensadores*. Trad. Luis C. N. Silva. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*, v. 1. Trad. Flávio Paulo Meurer. 7ª. Ed. São Paulo: Vozes, 2005.
- JERPHAGNON, Lucien. *História das grandes filosofias*. Trad. Luís E. L. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Renovar, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Efetividade e Tutela jurisdicional”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 34, 2004.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. 2ª Ed. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

44. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*, p. 290.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

XVIII

ESBOÇO DE UMA TEORIA DO PROCEDIMENTO ALINHADA A DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

Tangre Paranhos Leite Oliveira

É Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador, Pós-Graduado em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade Integrada Olga Meetig e cursa Mestrado em Direito Público junto à Universidade Federal da Bahia, tendo o tema de pesquisa seguinte: “Tensão entre o público e o privado: a Função Social da Propriedade na Avenida Paralela”.

RESUMO: Este artigo visa discutir as possibilidades de adaptação do procedimento, bem como o desenvolvimento de sua dimensão substantiva, incluindo o ato decisório como parte integrante do rito processual. O objetivo é garantir a legitimidade da decisão em conformidade com a Teoria dos Direitos Fundamentais, o que termina por abrir espaço para uma racionalidade interpretativa. O caso concreto da Avenida Paralela que permeia e impulsiona este estudo, traz à baila o conflito entre direitos coletivos e individuais. Os ensinamentos de Robert Alexy sobre a ponderação de conflitos entre Direitos Fundamentais, bem como as contribuições da Teoria do Procedimento contemporânea se mostram pertinentes.

ABSTRACT: This article aims to discuss the means of adaptation of the proceeding, as well as the development of his dimension substantivizes, including the ruling act like in-

tegrant part of the processual rite. The objective is to guarantee the legitimacy of the decision in accordance with the Theory of the Basic Rights, which ends up opening space for an interpretative rationality. The concrete case of the Paralela Avenue that permeates and drives this study, brings up the conflict between collective and individual rights. The teachings of Robert Alexy on the consideration of conflicts between Basic Rights, as well as the contributions of the contemporary Theory of the Proceeding appear relevant.

PALAVRAS-CHAVES: Procedimento, Legitimidade, Adaptabilidade, Dimensão Substantiva, Direitos Fundamentais, Propriedade, Função Social da Propriedade, Avenida Paralela.

KEYWORDS: Proceeding, Legitimacy, Adaptability, Dimension Substantivizes, Basic Rights, Property, Social Function of the Property, Paralela Avenue.

SUMÁRIO: 1. Um conflito de interesses – 2. A questão da adaptação do procedimento – 3. O procedimentalismo cético de Luhman – 4. Crítica ao

1. Este artigo científico foi produzido ao longo da disciplina Teoria Geral do Processo do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal da Bahia – Mestrado, sob a orientação do professor Fredie Diddier.

modelo de procedimento estático pandectista – 5. O ato decisório como parte integrante do procedimento – 6. Crítica ao modelo de processo adjetivo ou formalista – 7. A dimensão substantiva do procedimento – 8. A importância do procedimento e da fundamentação do processo decisório – 9. Robert Alexy e o método da ponderação para solução de conflitos entre Direitos Fundamentais – 10. Crítica de Habermas ao método da ponderação – 11. Alexy rebate as críticas e abre espaço para uma racionalidade interpretativa – 12. Algumas considerações sobre o caso concreto da Avenida Paralela – 13. Conclusão – 14. Referências.

1. UM CONFLITO DE INTERESSES

A conciliação de interesses públicos e privados sempre foi um dos grandes desafios do direito ao longo da história. Seja de uma forma ou de outra, o dilema vem se repetindo e se renovando *par rapport* às transformações sociais de cada época. Os interesses humanos podem estar em um mesmo curso, como podem também se opor diametralmente.

É o que se verifica ao se enfrentar a problemática da função social da propriedade. Não há como se exercer o Direito Fundamental da Função Social da Propriedade sem ir de encontro ao Direito de Propriedade. Ao se impor a função social, inevitavelmente, restringe-se o direito de propriedade. Trata-se de um conflito eminente que se traça entre os referidos princípios constitucionais.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, ao tratar dos **Direitos e Garantias Fundamentais** – nas chamadas *cláusulas pétreas*, ao mesmo passo que garante o direito a propriedade, no inciso seguinte, dispõe que esta deve atender a sua função social, senão vejamos:

“XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”

E reitera a antinomia no art. 170, quando versa sobre os Princípios Gerais da Atividade Econômica:

“Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;”

É um verdadeiro contraponto de princípios constitucionais. Se por um lado, as pessoas têm o direito de possuir bens econômicos (direito individual), por outro,

estas propriedades devem considerar o bem estar coletivo. Contudo, não se deve desesperar face ao conflito entre os direitos de um sistema jurídico, pois, conforme acentua o consagrado constitucionalista Konrad Hesse, a Constituição não deve se assentar numa estrutura unilateral, mas contemplar parte da estrutura contrária. Direitos Fundamentais não podem existir sem deveres (HESSE, 1991, pág.21).

Cabe ao Direito a difícil tarefa de buscar caminhos para dirimir os conflitos, em especial aqueles entre a instância pública e a privada. A grande dicotomia do direito, segundo Norberto Bobbio (BOBBIO, 1977, p. 145 -149). O progresso do direito depende da elaboração de técnicas que conciliem exigências opostas (PERELMAN, 1996, p. 470). “A conciliação do irreconciliável, a mescla das antíteses, a síntese das oposições, eis os grandes problemas do direito” (CARDOZO, 1928).

Torna-se, pois, conveniente, por isso mesmo, o desenvolvimento de estudos que problematizem e sugiram saídas para as antinomias. Neste sentido, através de uma Teoria do Procedimento alinhada a Dogmática dos Direitos Fundamentais, pretende-se acionar a Teoria Geral do Processo a fim de extrair contribuições para solução dos conflitos que envolvem a Função Social da Propriedade.

Todavia, cabe reconhecer a insegurança e riscos de adentrar um terreno doutrinariamente novo tanto no que diz respeito à adaptação do procedimento, como no que tange o conflito dos mencionados Direitos Fundamentais. São questões pouco acionadas pelos órgãos julgadores competentes e que remetem a conceitos indeterminados “cuja extensão e o conteúdo, são em larga medida incertos” (ENGLISH, 1977). Tanto que, a doutrina, bem como a jurisprudência, ainda “estão muito longe de um consenso, seja no pertinente à própria conceituação, seja no pertinente a eficácia da função social” (ALFONSIN, 2003, págs. 163-164).

2. A QUESTÃO DA ADAPTAÇÃO DO PROCEDIMENTO

O problema da adaptação do procedimento está imerso na dialética que ocorre entre a eficácia processual e a segurança jurídica. O processo, na busca de cumprir a sua missão, tem a difícil tarefa de atingir uma tonalidade que realize a tutela jurisdicional de maneira adequada, sem passar por cima das garantias constitucionais. Este conflito, que não se pode perder de vista, também termina por remeter ao duelo do coletivo frente ao individual.

Embora esta questão da adaptabilidade se coloque como um problema dos dias atuais, não é de hoje que o processo sofre ajustes para se adequar ao seu objeto. A própria existência de um Processo Penal com as peculiaridades que carrega revela

esta ocorrência. Contudo, a doutrina parece ter chegado a um estágio mais avançado dentro desta linha evolução que merece destaque, na medida em que aponta para um novo paradigma no que tange a adaptabilidade do procedimento.

Sob a influência do racionalismo, acreditou-se ser possível traçar os ritos processuais de maneira estanque, com vistas a manter uma suposta neutralidade axiológica e um distanciamento para com o objeto. Todavia, a este modelo fixo pode ser contraposto um ponto de vista emergente que afirma a flexibilidade procedimental, ou seja, a possibilidade de adaptação do rito processual não só em função do objeto como também em razão das circunstâncias que envolvem o litígio. Uma nova perspectiva que não descarta a realidade concreta que envolve a demanda.

Ressalta-se, mais uma vez, que a adaptabilidade do procedimento sempre ocorreu. Exemplos do fenômeno de adequação na contemporaneidade podem ser enumerados: **juízo antecipado da lide, execução provisória, mutação do processo sumário em ordinário, juizados especiais de pequenas causas**. Adequação que também se expressa através das novas ferramentas processuais como o **mandado de injunção**, a **ação civil pública** e a **ação popular**, institutos que ainda precisam ser plenamente desenvolvidos pelos órgãos públicos e cultuados pela população.

Entretanto, em que pesem as citadas adaptações da dogmática processual, a flexibilidade ainda está presa às amarras do formalismo. Aparece como uma possibilidade tolerada, ainda dentro dos moldes traçados pelo paradigma continental europeu, como uma exceção à regra.

Niklas Luhmann, por exemplo, é um autor procedimentalista que sustenta a realização de um modelo rígido com pré-disposições fixas, em troca busca da imparcialidade. Sua concepção é criticada pelo autor nacional Luiz Guilherme Marinoni nos termos seguintes:

“O procedimento de Luhmann é alheio ao que se passa fora dele, impedindo o ajuste do direito à realidade social e, por maior razão a adequação do procedimento judicial às necessidades do direito material” (MARINONI, 2006, pág. 17).

Marinoni é um dos defensores da nova dogmática processual que ora se propõe, onde a adaptabilidade processual se transforma numa característica presente de adequabilidade do procedimento ao objeto e às circunstâncias do caso concreto. Desta forma, movido pela situação substancial, o processo, sob esta nova faceta, põe em prática o princípio da elasticidade processual com o objetivo de conferir maior eficácia à prestação jurisdicional.

Este novo modelo dinamiza um binômio clássico que opõe o processual e o material, pois, ao invés de separá-los em compartimentos distintos, sugere uma relação de interdependência, onde o direito substancial se torna guia do direito processual. Sendo assim, devem-se analisar as necessidades materiais em busca dos meios processuais existentes mais adequados, refletindo sobre as potencialidades destes. Admite-se, neste diapasão, a criação de mecanismos na busca da efetividade², em uma concepção que não separa o conteúdo da forma.

O perigo deste paradigma emergente está justamente no risco de se sobrepujarem às garantias constitucionais que protegem os indivíduos contra os abusos de poder. As conquistas constitucionais ao longo dos tempos, como o direito a intimidade (art. 5º, X), a casa (art. 5º, XI), o sigilo de correspondência (art. 5º, XII), competências (art. 5º, LIII), dentre outras, não podem ser esquecidas em função da eficácia processual. Cabe, portanto, ao órgão julgador ponderar todos desses valores ao configurar o processo em adequação à causa.

Além do perigo de violação das mencionadas garantias constitucionais, há também o medo da incerteza jurídica. O processo que não se encontra previamente constituído causa uma sensação de instabilidade jurídica. Então, quando se diz que o processo vai ser construído de acordo com a matéria, os temores vêm à tona, pois ocorre um afastamento do modelo legalista. Como no “mito da caverna” de Platão, a possibilidade do novo assusta aqueles já acostumados com o mundo das sombras.

Ocorre que, por mais que se reconheça a importância das leis dentro da sociedade, o legislador não é capaz de pautar todas as possibilidades da realidade social. Neste sentido é que Marinoni afirma que o direito não deve “viver imerso em si mesmo, sem olhar para a realidade material e para a vida dos homens” (MARINONI, 2006, pág. 1).

Até porque, dizer que processo deve se adequar à causa não implica em ofensa ao princípio da legalidade. Em outras palavras, reconhecer a adaptabilidade do processo não significa passar por cima da lei, indiscriminadamente, a fim de efetivar a prestação jurisdicional.

Exalta-se, portanto, a importância da cláusula geral do devido processo legal da qual decorrem os princípios constitucionais da **ampla defesa** e do **contraditório** (CF, art. 5º, LIV e LV). Estas cláusulas pétreas são garantias intrínsecas a

2. “O estudioso do processo deve, em primeiro lugar, identificar as necessidades verificáveis no plano material; depois, verificar quais as técnicas processuais existentes para a tutela da situação substancial posta em juízo; por último, refletir a respeito da aptidão destes meios para obtenção dos resultados pretendidos, propondo, se o caso, a criação de mecanismos mais adequados”. BEDAQUE, 2003, p. 68.

todo e qualquer procedimento as quais merecem ser respeitadas e preservadas. As alterações de curso que por ventura venham a acontecer devem contemplar a ouvida das partes interessadas (contraditório) garantindo e apreciando qualquer manifestação destas em desacordo (ampla defesa).

De fato, o que deve ocorrer é um conciliação dos princípios da legalidade e da adequação, ou seja, perseguir a eficácia e concomitante defender as garantias constitucionais. Neste diapasão, cabe trazer a baila os ensinamentos de Hely Lopes Meireles sobre o assunto:

“O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o exercício público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.” (MEIRELES, 2000, p. 90).

Sendo assim, é possível que o processo sofra as adequações necessárias, respeitando cidadania adquirida do Estado de Direito. Não se trata de um contínuo de adaptação sem parâmetro legal. Apenas, percebendo a impossibilidade de cuidar de todos os acontecimentos possíveis, cabe ao legislador deixar algumas oportunidades a serem devidamente completadas pelo órgão julgador no exercício de suas funções. Isto porque, tal como afirma o professor Freddie Didier Jr., nada impede que se confira ao magistrado poderes para conformar o processo às peculiaridades do caso concreto³.

Portanto, uma adequação com respeito ao contraditório é perfeitamente plausível. Esta concepção avançada de um procedimento moldável já encontra respaldo inclusive no Direito Internacional, senão vejamos o que diz o Código de Processo Civil Português:

ARTIGO 265º – A (Princípio da adequação formal)

Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz, oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos actos que melhor se ajustem ao fim do processo bem como as necessárias adaptações.

Desta forma, há contextos específicos que necessitam de cuidados especiais. É o caso Avenida Paralela, uma região repleta de recursos naturais cuja biodiver-

3. “Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material”. (DIDIER, 2006, pág. 66)

cidade é inestimável, ou seja, um bioma costeiro que merece um tratamento diferenciado, inclusive porque possui espécies endêmicas⁴ correndo risco de extinção. Assim, nota-se a necessidade da criação de estratégias procedimentais específicas para efetiva proteção deste meio ambiente constituído de Mata Atlântica.

3. O PROCEDIMENTALISMO CÉTICO DE LUHMAN

Existe uma concepção de procedimentalismo que defende a não apreciação da legitimidade das decisões. Supondo que a observância dos parâmetros fixados pelo legislador seja suficiente para garantir o resultado da demanda, analisa-se apenas a preparação procedimental e imuniza-se o conteúdo do ato decisório. Um dos representantes dessa posição é Niklas Luhmann (MARINONI, 2006, pág. 12).

De acordo com o procedimentalismo cético de Luhmann, não há como apreciar racionalmente decisões normativas, apenas o procedimento. A indeterminabilidade das normas constitucionais, que trabalha com conceitos abertos, sempre dá ao juiz a possibilidade de se postar de maneira imprevisível diante da lei. Então, nesta esteira, esquece-se qualquer consideração sobre a decisão e admite-se qualquer uma advinda de um procedimento em que foram observadas determinadas condições que asseguram a correção do resultado.⁵

Segundo Luhman, o processo funciona apenas como uma legitimação que, no entanto, não garante a legitimidade do pleito. A diferença entre legitimação e legitimidade reside no fato que, enquanto na primeira está em jogo um juízo de fato, a segunda, remete a um juízo normativo, ou seja, um juízo de valor. (MARINONI, 2006, pág. 12)

Entretanto, a observância procedimental, por si só, não garante a eficácia da prestação jurisdicional em harmonia com os Direitos Fundamentais tal como se afirma. “O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais”. (MARINONI, 2006, págs. 16-17).

A fim de trazer maior consistência a esta vertente procedimentalista dura, defensores do formalismo tentam acionar os ensinamentos do festejado processualista Ellio Fazzalari, em defesa do modelo cético de Luhmann. Todavia, em que pese

4. Espécies endêmicas não podem ser encontradas em qualquer outro lugar do planeta, pois decorrem de fatores ecológicos específicos de determinadas regiões.
5. “Os procedimentos encontram como que um reconhecimento de generalizado, que é independente do valor de mérito de satisfazer uma decisão isolada” LUHMANN, 1980, pág. 32.

o esforço, a doutrina de Fazzalari, ao tratar do procedimento, deita seu interesse apenas sobre o contraditório e a participação das partes no desenrolar da lide. Fazzalari não se preocupa com a questão da legitimidade nem com a conformação dos direitos fundamentais no resultado final do processo. A aproximação desta doutrina com o procedimentalismo cético de Luhmann é o reconhecimento da importância do contraditório, pois Fazzalari deixa de lado a questão da legitimidade:

“A teoria de Fazzalari está em um estágio mais primitivo ou em outro patamar, pois não se mostra preocupada com a legitimidade da decisão, mas apenas em legitimar a jurisdição pela participação em contraditório”. (MARINONI, 2006, pág. 14)

4. CRÍTICA AO MODELO DE PROCEDIMENTO ESTÁTICO PANDECTISTA

O procedimento deve buscar uma dimensão que vá além da concepção esquemática típica do mundo lógico-positivista estático ocidental. A ideologia pandectista que prega a neutralidade axiológica abstrata acaba por desprezar a realidade concreta dos sujeitos e do objeto em jogo.

Contrários a esta lógica, cabe trazer os ensinamentos de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, em meio às críticas quanto ao conceito limitador de relação jurídica:

É essa a racionalidade que informa a teoria da relação jurídica desenvolvida pela Escola Pandectista alemã, no século XIX, que influenciou as codificações civis.

Tendo o Direito positivado modelos para as relações que julga relevantes, ou dignas de regulação e proteção, só pode haver direito subjetivo – e, portanto, direitos fundamentais – no âmbito de tais relações. O Estado-legislador, por meio de tal proceder, impõe molduras jurídicas em que pretende não só abarcar as potenciais relações travadas no mundo dos fatos, mas dirigir o comportamento social ao preenchimento de tais molduras.

Os modelos de relações juridicamente relevantes não poderiam, porém, se ater às vicissitudes das relações fáticas. O mundo relevante para o Direito é reduzido, por essa via, a categorias gerais e abstratas. (FACHIN, 2003)

Portanto, sob uma visão objetivista, o procedimento é um conjunto de regras que compõem um rito. Estando o rito devidamente preenchido nos moldes dos respectivos dispositivos legais, admite-se que o procedimento cumpriu a sua função primordial de maneira satisfatória. O que se tenta por em crise é esta visão voltada apenas para o interior do processo, analisando-o em separado do contexto em que se insere.

Pode acontecer o preenchimento dos requisitos básicos de um rito processual e mesmo assim não se garantir a conformidade das decisões com os Direitos Fundamentais. Ora, a doutrina está recorrendo ao procedimento justamente com o intuito de garantir a eficácia da prestação jurisdicional em comunhão com as diretrizes constitucionais. Cabe ao procedimento acionar a sua máxima potencialidade, a fim de colorir o exercício do poder garantindo a maior eficácia possível das normas constitucionais e, por conseguinte, a preservação dos valores constantes na Carta Magna.

Isto não significa negar a importância do procedimento e de um processo qualificado como condição para uma tomada de decisão adequada. (FISS, 1979, p. 16). O que se sugere é um acréscimo, na medida em que se insere, no bojo da teoria do procedimento, o conteúdo da decisão destacando a dimensão substantiva.

5. O ATO DECISÓRIO COMO PARTE INTEGRANTE DO PROCEDIMENTO

A Seção III do Título V do Código de Processo Civil, que versa sobre os **atos do juiz**, contempla o ato decisório. Como se sabe, estes atos estão inseridos em uma categoria mais ampla dos **atos processuais** (Título V), ou seja, dos atos que acontecem ao longo do processo e que, por isso, compõem o procedimento. Assim, não se justifica uma concepção procedimentalista que despreze o ato decisório, pois este faz parte do procedimento.

Esta apartação dos atos decisórios do procedimento é equivocada, uma vez que as decisões integram o procedimento. Desta forma, não há como absorver a decisão no procedimento, pois não há como absorver o que já está absorvido, sob pena de se realizar uma incongruência lógica. Neste sentido, as críticas se direcionam também para Marinoni que, ao sustentar a necessidade de apreciação do ato decisório o contrapõe ao procedimentalismo genuíno, sem ressalvas, como se a decisão fosse realmente um elemento extrínseco ao procedimento.

6. CRÍTICA AO MODELO DE PROCESSO ADJETIVO OU FORMALISTA

O processualista Galeno Lacerda traz considerações esclarecedoras sobre a natureza do processo, em meio às críticas ao modelo formalista. Segundo ele, o processo é um instrumento de definição e instituição do direito que, embora vinculado, constitui um ente distinto da matéria que modela. Sendo assim, não é um adjetivo qualificador, pois possui uma natureza própria, pois o “instrumento não constitui qualidade da matéria que modela” (LACERDA, pág. 252).

Por outro lado, o processo também não será a forma (direito formal) que modela o direito material. Conforme já mencionado, a forma se encontra ontologicamente integrada à matéria. E neste sentido, as lições de Galeno Lacerda, mais uma vez, se mostram esclarecedoras: “A antítese não é direito material – direito formal, e sim, direito material – direito instrumental” (LACERDA, pág. 252). Portanto, o direito material e o direito processual, embora estejam vinculados, possuem matéria e forma própria, pois são entes distintos.

Partindo desta concepção que reconhece o direito material e o direito processual como entes distintos é que se pretende abordar a questão substantiva do procedimento. Sendo o processo um instrumento (um ente), admite-se que ele contenha forma e conteúdo próprios que podem ser colocados em relação com o direito material.

7. A DIMENSÃO SUBSTANTIVA DO PROCEDIMENTO

A dimensão substantiva do procedimento significa que existem direitos substantivos que, por serem fundamentais, não podem ser violados por meio de qualquer processo. Esta é a perspectiva de procedimentalismo que se tenta defender, atenta ao ato decisório e às possibilidades de adequação procedimental em função das circunstâncias do caso concreto.

Isto implica em reconhecer a importância de todo o procedimento, inclusive a preparação do ato decisório, de forma que todas as etapas do processo se alinhem às diretrizes constitucionais. Inclusive, ratificando o respeito às garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa nesse transcorrer.

Critica-se a teoria substantiva em razão da abertura das normas constitucionais. Questiona-se que o juiz não deve ter o poder de escolher os valores substanciais, pois isto acarretaria em uma tirania dos tribunais. Em outras palavras, a crítica diz que não cabe ao juiz o poder de determinar o conteúdo substancial dos Direitos Fundamentais.

O problema estaria exatamente na definição dos valores contidos nos Direitos Fundamentais. As normas de direito fundamental não definem a intensidade da proteção. Especialmente nas situações de conflito entre Direitos Fundamentais, como no caso em tela, em que o princípio da **Função Social da Propriedade** restringe e condiciona o uso do instituto da **Propriedade**.

Nestes casos, é necessário o desenvolvimento de uma racionalidade que justifique a adoção de determinadas prevalências num dado caso concreto. Ao detectar a supressão de um Direito Fundamental, o juiz tem o dever de supri-la,

outorgando a tutela deste valor. A definição do conteúdo substancial dos Direitos Fundamentais pelo juiz passa pela identificação do conteúdo por critérios objetivos, mas também pela argumentação (MARINONI, 2006, pág. 22).

8. A IMPORTÂNCIA DO PROCEDIMENTO E DA FUNDAMENTAÇÃO DO PROCESSO DECISÓRIO

Para garantir a efetividade e a ponderação entre os Direitos Fundamentais, o autor Robert Alexy aciona a garantia constitucional do procedimento. “A todo Direito Fundamental estão adscritos direitos procedimentais” (ALEXY, 2002, p. 460).

Nesta perspectiva, o procedimento necessita de um conteúdo e de uma dimensão que vá além da concepção puramente formal. Aquela idéia de procedimento como uma sucessão itinerária e encadeada de fatos ordenados na busca de um determinado fim conclusivo (esqueleto) ganha alma, a partir do momento que ao conceito de procedimento se acopla um conteúdo material.

Além do aspecto formal, os procedimentos possuem um aspecto substancial (material) que vem ganhando primazia na busca pela efetividade e proteção dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2002, pp. 472-473). O procedimento, portanto, continua reunindo uma pluralidade de fenômenos no âmbito organizacional. No entanto, admitida esta nova faceta de cunho material, os direitos procedimentais podem ser também uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais (ALEXY, 2002, p.458), ou seja, as decisões.

9. ROBERT ALEXY E O MÉTODO DA PONDERAÇÃO PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Alexy traz um método para a solução da colisão entre dois (ou mais) princípios jurídicos através da ponderação, que, no caso em tela, pode ser descrita assim: Ao buscar atingir um fim (F) para realizar um princípio (P1 – função social da propriedade), verifica-se que ele colide com outro princípio (P2 princípio da propriedade), devendo ser encontrado um resultado para a colisão (ALEXY, 2002, p. 100).

Ao desenvolver o raciocínio para solução dos conflitos, Alexy ressalta a diferença entre uma colisão de regras e uma colisão de princípios jurídicos. Segundo ele, tanto os princípios como as regras são normas que dizem o que deve ser. Contudo, existe uma diferença qualitativa, pois **os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das**

possibilidades jurídicas e reais existentes. São mandatos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. Já as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não, ou seja, se uma norma é válida, deve-se cumprir exatamente o que se determina (ALEXY, 2002, pp. 85-87).

Para solucionar um conflito de regras, ou se coloca uma regra de exceção, ou se declara inválida pelo menos uma das regras, ou seja, uma decisão de validade. (ALEXY, 2002, p. 87 e 88). No caso do confronto de princípios, a solução se dá de maneira distinta. Quando dois princípios entram em colisão, um deles tem que ceder, porém isto não implica declarar inválido o princípio desprezado, como também, não se introduz uma cláusula de exceção. O que ocorre é que, **em determinadas circunstâncias** (caso concreto), um dos princípios precede a outro. Em outras circunstâncias (caso concreto), a questão pode ser solucionada de uma outra forma. A colisão de princípios não se encontra na dimensão da validade (até porque apenas princípios válidos podem entrar em conflito) (ALEXY, 2002, p. 89).

Através da ponderação, Alexy acredita ser possível realizar escolhas racionais sobre importância dos princípios para solucionar conflitos como estes. Para tanto, desenvolveu a técnica que consiste em analisar o grau de sacrifício de um princípio P1, o grau de importância do outro P2 e realizar uma operação de ponderação relacionando os graus (método da ponderação).

Neste mesmo sentido encontram-se as idéias de Suzana Barros ao afirmar que “quando se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo na solução de um caso concreto, devem eles sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretende tutelar” (BARROS, 1996, pág. 156).

10. CRÍTICA DE HABERMAS AO MÉTODO DA PONDERAÇÃO

Todavia, este modelo de ponderação proposto por Alexy sofreu inúmeras críticas no que tange o risco à segurança jurídica. Um dos maiores opositores foi Jürgen Habermas ao afirmar que a ponderação não seria realizada de forma racional, pois a atribuição de pesos aos direitos e às restrições se dá de forma arbitrária e sem a devida reflexão.

Para Habermas a universalidade do saber está sustentada nos interesses que lhe motivam, e não numa suposta imparcialidade do método científico. Neste sentido, pode ser considerado um neo-kantiano, pois associa o conhecimento a um interesse prático na razão em contraponto com a razão técnica instrumental (HABERMAS, 1982).

Segundo ele, o fato do processo de decisão ocorrer através da linguagem gera um espaço de manobra, pois o sistema lingüístico, embora limitado, não é fechado podendo ser alargado, na medida em que as expressões não podem ser determinadas “*ad hoc*” (HABERMAS, 1992, p.257).⁶ Para Habermas, assumir a ponderação dos Direitos Fundamentais diminui a firmeza desses direitos e enfraquece o “muro de fogo” constitucional. Por isso, suas críticas a Robert Alexy podem ser consideradas um “demasiado pouco”, visto que a ponderação contempla a possibilidade de relativização dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2004, pág. 15).

Habermas chega a reconhecer a importância de um discurso convincente como base para formulação de uma decisão (HABERMAS, 1992, p.259). Desta forma, abre espaço para a retórica – arte do convencimento, e, por conseguinte para um conhecimento hermenêutico. Contudo, este reconhecimento em Habermas não garante a ocorrência de decisões racionais, sendo muito mais uma ferramenta para o convencimento de um interesse que se quer legitimar.

Todavia, cabe mencionar que o método proposto por Habermas de reforçar o espaço público, enquanto palco de debate popular, no momento da gênese da lei através de um processo legislativo democrático também é merecedor de críticas, em especial no Brasil. Os problemas sociais do país comprometem o exercício da cidadania plena o que termina por excluir a população do debate político. (Agra, 2005, pág. 231-232)

11. ALEXY REBATE AS CRÍTICAS E ABRE ESPAÇO PARA UMA RACIONALIDADE INTERPRETATIVA

Alexy rebate as críticas afirmando que a racionalidade da ponderação decorre da possibilidade de fazer uma fundamentação racional das condições de preferência de um princípio sobre outro. Portanto, a possibilidade de um procedimento de cunho substancial só é possível porque a motivação é requisito essencial das decisões, ou seja, exige-se uma fundamentação legítima e racional como condição de validade dos atos da administração. A justa causa como garantia contra o arbítrio. Esta garantia do Estado de Direito surge através da “Teoria dos Motivos Determinantes” de Gaston Jèse (JÈSE, 1926, vol. 3, p. 219). Neste mesmo sentido (CAMPOS, 1991, pp. 122 e 124).

Segundo Alexy, a grande norteadora desta operação de ponderação entre Direitos Fundamentais é a proporcionalidade. A proporcionalidade como o mandamento

6. Também reconhecendo as possibilidades da lingüística, Orlando Gomes refere-se às “expressões de conceituação vaga”.

máximo para os Direitos Fundamentais. No mesmo curso se encontram as lições de Suzana de Toledo Barros em sua obra “O princípio da proporcionalidade e controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais”, senão vejamos:

“A utilização do princípio da proporcionalidade, além de configurar um efetivo instrumento de controle de constitucionalidade, permite ao aplicador do direito justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais, bem como optar por um dos direitos fundamentais ou garantias individuais, quando há aparente conflito entre eles”. (BARROS, 1996)

Contudo, a realização de uma ponderação sobre o princípio da função social da propriedade frente ao princípio da propriedade é bastante controvertida. São ponderações complexas que não podem ser decididas “*a priori*”, pois **dependem das circunstâncias do caso concreto**.

12. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE CASO CONCRETO EM ESTUDO

Conforme mencionado, pretende-se atrelar os ensinamentos de Teoria Geral do Processo para solução de um conflito entre os Direitos Fundamentais da Propriedade versus a Função Social da Propriedade. O objetivo é fazer uma conexão com Dissertação de Mestrado em Direito Público, cujo tema é o seguinte: “Tensão entre o público e o privado: A Função Social da Propriedade na Avenida Paralela”.

A Avenida Luis Viana Filho (Paralela) é uma das poucas regiões do país onde ainda existe Mata Atlântica (tipo de vegetação peculiar, decorrente do recuo do mar ao longo de eras). Assim, a biodiversidade é incomparável e os recursos naturais inestimáveis. Hoje em dia, um dos poucos locais onde este bioma, reduzido a 7% (sete por cento), ainda resiste aos abusos e descasos da humanidade, ocorre no entorno desta avenida.

Esta região é reconhecidamente rica em recursos naturais que merecem ser preservados para as gerações presentes e futuras. Tanto é verdade, que a Carta Magna, no § 4º do art. 225, estabelece a Mata Atlântica como patrimônio nacional e condiciona a sua utilização à preservação do meio ambiente.⁷

Por outro lado, a propriedade sempre foi tida como um dos direitos mais fortes do nosso ordenamento jurídico pátrio. A doutrina privatista tradicional

7. Art. 225, § 4º “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”.

entende que o regime jurídico da propriedade está subordinado apenas ao Direito Civil. Vê o instituto como um direito real fundamental, isento de restrições sociais.

Contudo, cabe destacar que o Novo Código Civil de 2002, no mesmo diapasão da Constituição de 1988, agora também determina limitações ao uso da propriedade em razão de uma finalidade social e do interesse coletivo, senão vejamos o que dispõe o § 1º do art. 1.228 deste novo código:

“§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais de forma que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Também cabe ressaltar que a legislação municipal também segue o mesmo curso ao contemplar o princípio da função social da propriedade, tanto na atual Lei Orgânica do Município, como também no Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município do Salvador – Lei nº 6.586/2004, senão vejamos:

Lei Orgânica do Município de Salvador

“**Art. 71** – O Município, atendendo às peculiaridades locais e às diretrizes estaduais e federais, promoverá o desenvolvimento urbano através de um processo de planejamento, levado a efeito pelo sistema de planejamento Municipal, visando os seguintes objetivos:

(...)

X – cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana:

- a) oportunidade de acesso à propriedade imobiliária urbana e à moradia;
- b) justa distribuição dos benefícios e ônus do processo de urbanização;
- c) prevenção e correção das distorções de valorização da propriedade urbana;
- d) prevenção da especulação imobiliária;
- e) adequação do direito de construir às normas urbanísticas;

(...)

Art. 81 – A política de desenvolvimento urbano a ser formulada pelo Município, fica vinculada ao atendimento das funções sociais da cidade e da propriedade e ao bem-estar de seus habitantes.”

**Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano do Município
do Salvador – Lei nº 6586/2004**

(...)

“**Art. 145.** São considerados Princípios para a Política de Meio Ambiente do Município:

(...)

VII- a cidade e a propriedade, no cumprimento de sua função social, incorporar os requisitos da defesa e valorização do meio ambiente;”

Destarte, não se pode deixar de levar em conta para efeitos de ponderação a atual conjuntura legislativa que recai sobre a matéria, onde o Princípio da Função Social da Propriedade se encontra contemplado nos diversos níveis do Poder Legislativo. Como também não pode passar despercebida a situação da Mata Atlântica ao se analisar a Avenida Paralela, em especial nos procedimentos de Licenciamento Ambiental de caráter administrativo.

13. CONCLUSÃO

O que se propõe é uma teoria do procedimento alinhada a dogmática dos Direitos Fundamentais. Isto implica não somente em atentar para que o processo, no seu transcorrer, não viole as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, como também a adequação do conteúdo das decisões, com vistas a garantir a efetividade dos valores fundamentais admitidos na Carta Magna.

Acredita-se que é possível fazer uma análise racional não só das condições formais do procedimento como da própria substância das decisões. Para tanto, recorre-se ao método da ponderação de Robert Alexy e abre-se espaço para uma racionalidade hermenêutica.

Não se admite um tipo de procedimentalismo que abdique da possibilidade de apreciar as decisões porque estas são partes integrantes e fundamentais de um procedimento. Deixar a legitimidade a cargo do núcleo formal do procedimento não garante a conformidade com os Direitos Fundamentais que é o objeto maior a ser buscado.

Ademais, concebe-se a possibilidade de ajustamento do procedimento às circunstâncias do caso concreto. Sempre em consonância com as garantias do contraditório e da ampla defesa, pois na busca de uma decisão de acordo com os Direitos Fundamentais não se deve passar por cima dos valores de cidadania adquiridos.

Esta concepção de procedimento é a que se pretende utilizar ao analisar os processos administrativos ao longo da Avenida Luis Viana Filho. Através de uma pesquisa documental tentará se evidenciar como se deu a ponderação dos valores fundamentais na atividade estatal de licenciamento das obras na região.

Reconhece-se, portanto, a importância dos estudos na área da Teoria Geral do Processo como fonte de fundamentação pertinente para uma análise prática posterior. O objetivo é analisar os processos administrativos a luz de uma dogmática procedimentalista alinhada à dogmática dos Direitos Fundamentais.

14. REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do supremo tribunal federal*. Editora Forense, 2005, pág. 231-232.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Tradução de Ernesto Garzón Valdés, 2002, pág. 460.
- _____. *Epílogo a la Teoria de los Derechos Fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido, Ed. Centro de Estudios, Madrid, 2004.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio do da proporcionalidade e controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília Jurídica, 1996, pág. 156
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Ed. UnB, 1997.
- _____. *Dalla Struttura alla Funzione – Nuovi Studi di Teoria del Diritto*. Milão: Ed. Di Comunita, 1977 (pág 145 -149).
- _____. *A teoria das formas de governo*. 8. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Ed. Universidade de Brasília, 1989.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Manole, 2003.
- _____. *Código Civil*, São Paulo: Manole, 2003.
- _____. *Código de Processo Civil*, São Paulo: Manole, 2003.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Ed. Revista Forense, 1991, pp. 122 e 124.

- CASTRO, Carlos Alberto Siqueira de. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005
- CARDOZO, Benjamin Nathan. *The paradoxes of Legal Science*, New York: Columbia University Press, 1928.
- DEGUIT, Leon. *Las Transformaciones del Derecho publico y privado*, Buenos Aires: Ed. Helista, 1ª Edição Tradução Argentina, 1975, pág. 179.
- DIDIER JR., Fredie. *Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e processo de conhecimento*. 6ª Ed. Salvador: Jus Podium, 2006, págs. 66-67
- DUARTE, Gleuso Damasceno. *A constituição explicada ao cidadão e ao estudante*. 7. ed. Belo Horizonte: Lê, 1992.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico – Tradução de J. Baptista Machado*. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1977.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método I – Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, Ed. Vozes, 6ª Edição, tradução de Flávio Paulo Meurer, 1997.
- GAMA, Lídia Elizabeth Penaloza Jaramillo. Princípio da função social e ambiental da propriedade. *Revista Jurídica Consulex*, São Paulo, n. 195, p. 58-63, fev. 2005.
- GOMES, Orlando. *Direitos reais*, 10ª Edição, Ed. Forense Rio de Janeiro, 1991, pág. 85.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*, Lisboa: Edições 70, 1980
- _____. *Conhecimento e interesse*, Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- _____. *A Pretensão da Hermenêutica à Universalidade*, Lisboa, Edições 70, 1992.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Ed. Sergio Antônio Fabris, Porto Alegre, 1991.
- JÈSE, Gaston. *Les Principes Generaux do Droit Administratif*, Paris: 1926, vol. 3, p. 219.
- LACERDA, Galeno. *O código como sistema legal de adequação do processo*, in Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, comemorativa do cinquentenário 1926-1976, Porto Alegre.

- LUDKE, Menga. *Métodos de coleta de dados: observação, entrevista e análise documental*. In: Pesquisa em Educação: Abordagens Qualitativas. São Paulo: EPU, 1986.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: UNB, 1980.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Direito administrativo na constituição de 1988*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.
- MIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: 19. ed. Malheiros, 2000.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O Direito como Obstáculo à Transformação Social* – Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Ed. Fabris, 1988, pp. 131-145.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1997, pág. 10.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996. p. 470.
- SALVADOR. *Lei Orgânica do Município de Salvador*
_____. *Plano Diretor do Desenvolvimento Urbano de Salvador – Lei nº 6.586/2004*
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

XIX

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E TEORIA DOS PRINCÍPIOS

Vinicius Cardona Franca

Especialista em Direito do Estado. Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. (viniciuscardona@hotmail.com)

RESUMO: Este artigo visa explorar os principais problemas relativos à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy. Primeiramente é apresentado um esboço da teoria dos princípios de Alexy e seus elementos mais importantes, tais como o fenômeno da colisão de direitos fundamentais; a distinção conceitual da norma jurídica em princípios e regras; a relação de precedência condicionada e a lei de colisão; as estruturas de ponderação ou princípio da proporcionalidade em sentido amplo e as chamadas precedências *prima facie*. A seguir apresenta-se uma descrição sucinta das críticas formuladas por Jürgen Habermas a essa teoria. Após, apresenta-se um esboço dos modelos teóricos que procuram compreender o fenômeno da eficácia horizontal no direito estrangeiro, além da análise e crítica da atual situação da doutrina brasileira. Discute-se a autonomia privada enquanto um contraponto limitador da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais, na qualidade de princípio formal. Abordam-se os diferentes papéis que a constituição e os direitos fundamentais podem desempenhar no ordenamento jurídico de um país. Por fim, procura-se demonstrar se e como a técnica da ponderação pode ser aplicada enquanto solução para os problemas da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

ABSTRACT: This article aims to explore the main problems related to the horizontal effectiveness of the fundamental rights, in the light of Robert Alexy's theory of principles. First it is presented

a sketch of Alexy's theory of principles and its most important elements, such as the phenomenon of the collision of fundamental rights; the conceptual distinction of legal norm on principles and rules; the relation of conditional anteriority and the law of collision; the balancing structures, also known as principle of proportionality *lato sensu* and the so called relation of precedence *prima facie*. Next it is presented a brief description of Jürgen Habermas' critics to this theory. After, is briefly described the theoretical models that try to understand the phenomenon of the horizontal effectiveness in the foreign Law, plus the critical analysis of the current situation of the Brazilian doctrine. The principle of freedom of contract is discussed as a limiter counterpoint to the horizontal effectiveness of the fundamental rights, in the quality of a formal principle. It is presented an approach on the different roles that the constitution and fundamental rights can play in the legal system of a country. Finally, it is tried to demonstrate whether and how the technique of balancing can be applied as a solution for the problems of the effects of fundamental rights on the private relations.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; eficácia; relações privadas; eficácia horizontal; constituição; autonomia da vontade; teoria dos princípios; ponderação.

KEYWORDS: fundamental rights; effectiveness; private relations; horizontal effect; constitution; freedom of contract; theory of principles; balancing.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A teoria dos princípios de Robert Alexy. 2.1. O fenômeno da colisão de direitos fundamentais. 2.2. Princípios e regras. 2.3. Relação de precedência condicionada e lei de colisão. 2.4. As estruturas de ponderação. 2.5. As precedências *prima facie*. 2.6. Teoria dos princípios e racionalidade. 3. Situação da doutrina. 3.1. Principais modelos de relação entre direitos fundamentais e relações privadas. 3.2. Eficácia horizontal na doutrina brasileira. 4. As estruturas de ponderação aplicadas à eficácia horizontal. 4.1. Grau de assimetria das partes como elemento fático de ponderação. 4.2. Autonomia da vontade como princípio formal. 4.3. O papel da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. 4.4. Ponderação: um viés possível e imprescindível. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um dos problemas mais palpitantes fornecidos pela contemporânea dogmática dos direitos fundamentais consiste na eficácia externa dos direitos fundamentais, ou sua eficácia contra terceiros (*Drittwirkung*), ou ainda efeitos horizontais dos direitos fundamentais (*Horizontalwirkung*). Atualmente uma expressão consagrada entre muitos juristas é eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada (*Geltung der Grundrechte in der Privatrechtsordnung*)(CANOTILHO, 2004, p.1286), ou simplesmente eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, opções terminológicas que, em sede deste trabalho, serão tomadas por equivalentes.

Todavia, é preciso bem firmar o que se entende por “eficácia”, por se cuidar de signo polissêmico na ciência do Direito. Em não havendo aqui espaço bastante para tratar dessa tormentosa questão, entenda-se, pois, para efeito deste estudo, eficácia jurídica como a possibilidade de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de gerar efeitos jurídicos (na medida de sua aplicabilidade), ao passo que a eficácia social (efetividade) engloba tanto a decisão judicial pela aplicação da norma juridicamente eficaz quanto os resultados concretos ou repercussões fáticas entre os atores sociais (SARLET, 2007, p.249). É essa conceituação baseada nas lições clássicas de José Afonso da Silva no tocante à aplicabilidade das normas constitucionais.

A eficácia horizontal, isto é, a possibilidade de os direitos fundamentais vincularem também os particulares em suas relações jurídicas privadas, contratuais ou não, emergiu enquanto problema constitucional a partir dos desdobramentos do caso Lüth, objeto de pronunciamento pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em 1958. Robert Alexy (2007, p.106) esclarece que, através do caso Lüth, pela primeira vez a Corte Constitucional alemã pôde desenvolver uma perspectiva mais ampla ou holística dos direitos fundamentais, qual seja a de que essa

categoria não se esgota apenas na proteção de determinadas posições do cidadão frente ao Estado.

Prossegue Alexy (2007, p.107-108) a afirmar que a sentença Lüth reúne três idéias que formaram fundamentalmente o direito constitucional alemão. A primeira reside em que a proteção dos direitos individuais não se subsume apenas à garantia de direitos clássicos de defesa do cidadão contra o Estado. Por isso os direitos fundamentais personificam uma “ordem objetiva de valores”, idéia que foi amadurecida e desenvolvida *a posteriori* pela Corte. Depois o Tribunal referiu-se aos “princípios [...] que se expressam nos direitos fundamentais”. Assim, a primeira idéia fundamental lançada pela sentença Lüth pode resumir-se em que os direitos fundamentais detêm caráter não apenas de regras, como também de princípios. A segunda idéia, intimamente imbricada com a primeira, consiste em que os valores ou princípios jurídico-fundamentais valem não apenas para as relações cidadão-Estado, mas, além, “para todos os âmbitos do Direito”. Assim é que surge a idéia de efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre todo o ordenamento jurídico. A terceira idéia repousa em que tanto valores como princípios, dadas suas estruturas, tendem a colidir. Diante da colisão de princípios, diz o Tribunal alemão: “Torna-se necessária, por conseguinte, uma ponderação de bens”.

Destarte, foi a partir das noções de ordem objetiva de valores, eficácia irradiante dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*) e dos deveres de proteção do Estado que se preparou terreno fértil para que germinasse a idéia da eficácia horizontal. Na sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais funcionariam como regentes de todos os âmbitos do Direito, já que corresponderiam à decisão constitucional básica, ou ainda às bases da ordem jurídica (STEINMETZ, 2004, p.107). Nessa perspectiva, a raio de incidência dos direitos fundamentais transcenderia a relação indivíduo – Estado para proteger a pessoa humana em toda e qualquer situação de perigo ou ameaça de aviltamento de suas posições jurídicas fundamentais, inclusive nas relações mantidas com outros particulares, que a um só tempo figurariam como titulares e destinatários de direitos fundamentais.

Tendo em conta, portanto, que a vinculação dos particulares parece, *prima facie*, emergir da própria estrutura da relação entre os direitos fundamentais e o restante do ordenamento jurídico, calha reproduzir aqui a pertinente questão posta por Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.400), segundo quem, “já que onde não se controverte talvez não haja o que controverter, é até mesmo de indagar até que ponto a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivadas não poderia ser até um problema meramente ilusório”.

Trata-se de questão que merece a devida consideração. Seria, assim, o pretenso problema da eficácia horizontal um “cair no vazio”? A resposta parece negativa.

Só dizer que direitos fundamentais vinculam particulares não diz como e em que medida eles o fazem. A amplitude e intensidade da vinculação, é dizer, o *modus vinculandi* (SARLET, 2007, p.401), portanto, dão o tom do desafio. Justifica-se: não se pode pretender que direitos fundamentais vinculem os particulares tal como vinculam o Estado. Essa pretensão de vinculação esbarra no princípio da autonomia da vontade, postulado fundamental do revolucionário Estado liberal, expressão emblemática da liberdade do indivíduo ante o poder público, até hoje alçado a princípio constitucional fundamental, mesmo no contemporâneo contexto do Estado democrático social.

É que a autonomia da vontade é uma faculdade atribuída constitucionalmente ao indivíduo e não ao Estado. Este deve pautar-se somente com estribo na programação constitucional e na Lei – lei em sentido estrito, aquela emanada do parlamento, representante do titular do poder e que deve agir no seu interesse, após jurar a constituição como norma máxima de conduta. Por isso que o Estado, o qual no possui um campo próprio de interesses para auto-regular conforme sua vontade, é completa e incondicionalmente vinculado aos direitos fundamentais, como forma de impedir o arbítrio e condicionar os poderes exercidos pelos agentes políticos. Já o particular, por seu turno, é titular de uma esfera própria e intangível de autonomia, mediante a qual orienta seus próprios interesses como corolário da dignidade humana que lhe é constitucionalmente assegurada. Ora, esse espaço de autodeterminação individual poderia ser excessivamente comprimido de forma liberticida se todos os direitos fundamentais fossem simplesmente transportados sem quaisquer adaptações para o campo das relações privadas, uma vez que o indivíduo, se considerado devedor de direitos fundamentais, é também credor deles (SARMENTO, 2004, p.175).

Este trabalho está assentado na hipótese de que o problema da tensão entre eficácia horizontal e autonomia da vontade deve ser tratado como uma questão de colisão de direitos fundamentais e, como tal, ser solucionado pelas pautas da teoria dos princípios, consoante proposta por Robert Alexy. Objetiva-se com isto, se não responder, ao menos explorar algumas das perplexidades provocadas pela eficácia horizontal, de modo a fomentar a reflexão sobre esse tema de destacado relevo.

Far-se-á primeiramente um bosquejo da teoria dos princípios de Alexy. A seguir, será apresentado um relatório do estado em que se encontra a doutrina brasileira no tocante ao estudo dos problemas que envolvem a eficácia horizontal, apontando-se algumas das suas dificuldades. Ao fim, será demonstrado como as estruturas de ponderação podem ser adequadamente aplicadas às colisões de direitos fundamentais que envolvem as hipóteses de eficácia horizontal.

2. A TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

A dogmática constitucional conta hoje com referenciais teóricos e estruturas metodológicas que permitem solucionar, de forma racional e intersubjetivamente controlável, o problema da tensão entre direitos fundamentais e a autonomia da vontade (STEINMETZ, 2004, p.203).

Parte-se primeiramente da compreensão do fenômeno da colisão de direitos fundamentais. O passo seguinte consiste na teoria dos princípios conforme formulada por Robert Alexy, a saber: a distinção teórico-estrutural da norma jurídica em princípios e regras; a tese da relação de precedência condicionada, formalizada na chamada lei de colisão; as estruturas de ponderação, que consistem no princípio da proporcionalidade e seus elementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou ponderação de interesses); e a tese das precedências ou prioridades *prima facie*.

2.1. O fenômeno da colisão de direitos fundamentais

Para Alexy (2007, p.57), “não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir”. Essa afirmação peremptória repousa em que a interpretação dos catálogos de direitos fundamentais, como tarefa primeira da ciência dos direitos fundamentais, encontra claros limites na própria estrutura dessa categoria normativa. É a estrutura dos direitos fundamentais que enseja sua inexorável colisão uns com os outros, o que por seu turno impõe limites às regras usuais de interpretação jurídica (ALEXY, 2007, p.56).

O conceito de colisão pode ser formulado de modo estreito ou amplo. Consoante a formulação estreita, colisões são somente aquelas em que apenas direitos fundamentais tomam parte. Essas são chamadas colisões em sentido estrito: quando o exercício ou realização do direito fundamental de um titular tem repercussões negativas sobre direitos fundamentais de outros titulares. Colisões em sentido estrito podem se dar entre direitos fundamentais idênticos (v.g. vida *versus* vida; liberdade de reunião de dois grupos políticos *hostis*) ou entre direitos fundamentais distintos (v.g. liberdade de opinião *versus* honra/imagem) (ALEXY, 2007, p.57-59).

Do ponto de vista amplo, também se chamam colisões de direitos fundamentais aquelas em que direitos fundamentais colidem com algumas normas constitucionais que têm por objeto bens ou interesses coletivos. As colisões em sentido amplo são bem exemplificadas no dever legal da indústria de tabaco de colocar em seus produtos advertências sobre os riscos e prejuízos à saúde. Cuida-se de uma intervenção direta na liberdade de exercício profissional dos industriais

do fumo e, dessarte, num direito fundamental. Os bens ou interesses coletivos, entretanto, não figuram apenas como adversários dos direitos individuais. Antes, eles podem também consistir em meio ou pressuposto do cumprimento desses últimos. Assim, no caso da intervenção na liberdade da indústria de tabaco, imediatamente se tutela um bem coletivo, a saber, a saúde pública; mas, mediatamente, interesses que também por direitos fundamentais individuais são protegidos, isto é, a incolumidade física e a própria vida do particular. Resta claro, assim, o caráter ambivalente do papel dos bens coletivos na segurança interna ou pública (ALEXY, 2007, p. 60).

Alinhamo-nos a Wilson Steinmetz (2004, p.202) quanto à idéia de que os conflitos entre direitos fundamentais e autonomia da vontade devem ser resolvidos como colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, isto é, direito fundamental *versus* bem constitucionalmente protegido. Ao menos no que respeita à vigente ordem constitucional brasileira, diversos são os dispositivos, esparsos por todo o Texto Magno, que dão fundamento à autonomia privada enquanto verdadeiro direito fundamental, a saber: (a) a cláusula geral de liberdade, insculpida no art. 5º, *caput*; (b) o princípio da livre iniciativa, no art. 1º, IV e art. 170, *caput*; (c) o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no art.5º, XIII; (d) o direito de propriedade, art. 5º, *caput* e XVII; (e) direito de herança, art. 5º, XXX; (f) direito das classes profissional e econômica de regularem seus interesses por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho, no art. 7º, XXVI, tutela da família, casamento e união estável, art. 226, *caput*, §§ 1º *usque* 4º (STEINMETZ, 2004, p.200).

Trata-se de colisão de direitos fundamentais em sentido amplo exatamente porque a autonomia da vontade, como bem constitucionalmente protegido, desempenha aquele papel ambivalente de interesse ou bem coletivo e, concomitantemente, pressuposto ou meio de realização dos direitos individuais. Em momento oportuno, mostrar-se-á o papel que a autonomia da vontade desempenha na qualidade de princípio formal.

2.2. Princípios e regras

Ainda na senda do pensamento de Alexy (2007, p.62), a solução reclamada pelo problema das colisões de direitos fundamentais reside em que se admitam limitações e sacrifícios a ser efetuados de um lado ou mesmo de ambos. A questão, assim, é como tais limitações e sacrifícios devem ocorrer. A resposta está em duas decisões essenciais acerca da estrutura da dogmática dos direitos fundamentais.

A primeira decisão respeita à força vinculativa dos direitos fundamentais, isto é, se se trata de normas juridicamente vinculativas ou não. Responde-se:

direitos fundamentais são, em essência, direitos do homem transformados em direito positivo, que assim reclamam a devida institucionalização e, por conseguinte, a necessária justicialização. Alexy esclarece que o problema da colisão poderia ser artificialmente resolvido ao se eliminar a justiciabilidade dos direitos fundamentais, ou ao menos de parte deles, a exemplo dos direitos sociais, que poderiam ser caracterizados como apenas um apelo ou exortação ao legislador. Para o referido autor, entretanto, este não é um caminho viável. Direitos fundamentais são direitos e, por assim serem, juridicamente vinculativos e justiciáveis (ALEXY, 2007, p.62-63).

A segunda decisão determina se direitos fundamentais têm caráter de princípios ou de regras. Trata-se da distinção teórico-estrutural da norma em princípios e regras. Segundo Alexy, para muito além de uma diferença gradual – abstração e generalidade – há, sobretudo, uma diferença qualitativa: princípios são mandamentos de otimização, enquanto regras têm o caráter de mandamentos definitivos. Os princípios, enquanto mandamentos de otimização, são comandos que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Estas últimas são, além de outras regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. Portanto os princípios admitem graus diferentes de realização e a ponderação é a forma de aplicação do Direito que os caracteriza (ALEXY, 2002, p.86).

Já as regras, como mandamentos definitivos, consistem em normas que ou são satisfeitas ou não são. Se válidas e aplicáveis, as regras estão a exigir o cumprimento do seu conteúdo *in totum*. Sua aplicação é uma questão de tudo ou nada. Não são suscetíveis de ponderação: a subsunção é sua forma característica de aplicação. As regras contêm, portanto, fixações no espaço do fática e juridicamente possível (ALEXY, 2002, p. 87).

Alexy, entretanto, não afirma que os direitos fundamentais compõem-se apenas de princípios. Para a teoria dos princípios, segundo ele, os direitos fundamentais compõem-se de regras e, atrás e ao lado destas, se encontram os princípios. A contrafação de uma teoria dos princípios, assim, é uma teoria que afirma que direitos fundamentais compõem-se somente de regras. Esta poderia ser chamada de uma teoria das regras. Esse é um aspecto fundamental para se compreender o pensamento de Alexy.

A distinção assume especial interesse na maneira como se resolvem colisões entre regras e colisões entre princípios. Os conflitos entre regras podem ser solucionados de dois modos: (a) introduzindo-se uma cláusula de exceção em uma das regras, ou, não sendo isso possível, (b) com a declaração de invalidade de uma das regras, através dos critérios de resolução de antinomias, clássicos do positivismo

jurídico, a saber: (i) critério cronológico, segundo o qual a regra posterior derroga a anterior (*lex posterior derogat priori*); (ii) critério hierárquico, consoante o qual a regra superior prevalece sobre a regra inferior (*lex superior derogat inferiori*); (iii) critério da especialidade, segundo a qual a regra especial prevalece sobre a geral (*lex specialis derogat generali*) (BOBBIO, 1995, p.204-205).

2.3. Relação de precedência condicionada e Lei de Colisão

As colisões entre princípios, por seu turno, requerem um método diferenciado de solução. Ocorre que não se faz possível introdução de cláusula de exceção e tampouco declaração de invalidez de um dos princípios em conflito, uma vez que, no plano dos direitos fundamentais, deve-se observar que se trata de normas com igual hierarquia constitucional.

É com fulcro nas circunstâncias relevantes do caso concreto que um princípio terá de ceder diante do outro, pois são as circunstâncias que determinam o peso relativo de cada princípio no caso concreto. Contudo, ao contrário do que sucede com as regras, um princípio que preferiu a outro num dado caso não necessariamente terá a mesma precedência diante de outras circunstâncias fáticas. Alexy, citado por Steinmetz (2004, p.206), afirma que nos casos concretos os princípios têm diferentes pesos, prevalecendo o princípio de maior peso. Esse procedimento racional de identificar e valorar as condições sob as quais, no caso concreto, um princípio precede ao outro e de fundamentar por que, sob certas condições, ocorre essa precedência, consiste no método de ponderação de bens. Isso remete a dois outros elementos fundamentais da teoria dos princípios de Alexy: a relação de precedência condicionada, formalizada na lei de colisão, e o princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2004, p.207).

Segundo Alexy, ainda citado por Steinmetz (2004, p.207), a determinação da **relação de precedência condicionada** consiste em que: “[...] tomando em conta o caso, indicam-se as *condições* sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”. O modo pelo qual se determinam essas condições requer se utilize a metáfora do peso. Diz, então, Alexy, também citado por Steinmetz (2004, p.208): “o princípio *P1* tem, no caso concreto, um peso maior que o princípio oposto *P2* quando existem razões suficientes para que *P1* preceda a *P2*, sob as condições *C* dadas no caso concreto”.

Peso, portanto, significa razões suficientes. Sendo assim, Alexy formula a chamada **lei de colisão**, válida para a descrição de todas as soluções de colisões de princípios: “as condições sob as quais um princípio precede ao outro

constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”.

Essa lei de colisão, segundo Alexy, é importante não só porque descreve a estrutura lógica da solução da colisão, mas também porque indica o que precisa ser fundamentado, isto é, o resultado que se alcança com a ponderação. Por outros dizeres, a regra de precedência ou preferência de um princípio ante outro – generalizada na lei de colisão – que expressa uma relação de precedência condicionada, é resultado de um mecanismo de ponderação.

Como, entretanto, se opera esse mecanismo, consiste no próximo item da teoria de Alexy: as estruturas de ponderação, isto é, o princípio da proporcionalidade e seus elementos (STEINMETZ, 2004, p.209).

2.4. As estruturas de ponderação

Adequação ou idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito são os elementos constitutivos daquilo que na doutrina e jurisprudência constitucionais contemporâneas, de matriz germânica, chama-se **princípio da proporcionalidade**.

Nos princípios da adequação ou idoneidade e da necessidade, a otimização diz respeito às possibilidades fáticas.

O princípio da idoneidade exige que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva – o meio, a medida – do direito fundamental enseja o alcance da finalidade perseguida. Deve-se excluir o emprego de meios que prejudiquem a realização de um princípio sem ao menos fomentar o princípio colidente, cuja realização eles pretendem servir (ALEXY, 2007, p.110).

O princípio da necessidade ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos gravoso ao direito fundamental em questão (ALEXY, 2007, p.110).

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito demonstra o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ordena-se que os meios eleitos devem se manter em uma relação razoável com o resultado perseguido. Este princípio tem por objeto a ponderação propriamente dita, e é sintetizado por Alexy no que por ele foi chamado **lei de ponderação**, que reza: “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. Essa ponderação é realizada em três passos ou graus. O primeiro passo reside em aferir o grau de prejuízo ou não

cumprimento de um princípio. O passo seguinte consiste em verificar a importância do cumprimento ou realização do princípio em sentido contrário. No derradeiro passo, requer-se atestar se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo do outro (ALEXY, 2007, p.111). Este último passo ou grau do princípio da proporcionalidade em sentido estrito é o que Alexy chama de “ponderação no sentido restrito e verdadeiro” (2007, p. 68).

2.5. As precedências *prima facie*

Um outro importante elemento da teoria dos princípios de Alexy repousa na tese das **precedências *prima facie***. Se não é possível estabelecer uma hierarquia absoluta e genérica entre princípios, dada sua idêntica posição hierárquica *in abstracto*, por outro lado é possível criar uma certa ordem – uma “ordem fraca” – no campo dos princípios.

Alexy traz o exemplo do caso *Lebach*, quando a Corte Constitucional alemã estabeleceu, num primeiro momento da argumentação, uma precedência geral da liberdade de informação ante a proteção da personalidade, na hipótese de “informação atual sobre delito grave”. As precedências *prima facie* não estabelecem a preferência geral de um princípio, mas sim um ônus de argumentação em favor dele, no caso concreto. Destarte, uma precedência *prima facie* constitui uma carga de argumentação em favor de um princípio e, por conseguinte, uma carga de argumentação contra o princípio antagônico, que pode ser invertida se porventura, num outro caso concreto, as razões de realização do princípio antagônico se mostrarem mais fortes (STEINMETZ, 2004, p.214-216).

2.6. Teoria dos Princípios e Racionalidade

A teoria dos princípios, especialmente no que toca à técnica da ponderação, tem sido alvo de fortes críticas, sobremaneira por parte de Habermas. As reservas habermasianas procuram denunciar aquilo que o pensador de Frankfurt chamou de “autocompreensão metodológica falsa do controle de constitucionalidade” (HABERMAS, 1997, p.314), desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão e por pensadores como o próprio Alexy.

Conforme Habermas, o modelo da ponderação rouba dos direitos fundamentais sua força normativa. Tomar os direitos fundamentais, isto é, normas, enquanto valores sujeitos a uma otimização de maior ou menor intensidade equivale a afrouxar ou amolecer a força normativa dos direitos fundamentais. Se o preenchimento do mandamento de otimização não puder ser sacado da própria norma, a aplicação do princípio no espaço do que é faticamente possível imporá uma ponderação

“orientada por um fim”. A interpretação ponderada do Direito cai numa “realização concretizadora de valores referida a casos” (HABERMAS, 1997, p. 315).

Habermas (1997, p. 316-317) não aceita que se confundam normas ou princípios jurídicos e valores. As normas e princípios possuem um sentido deontológico, ao passo que valores têm um sentido teleológico. Normas válidas devem obrigar seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a comportamentos que preenchem expectativas generalizadas; os valores, por seu turno, são “preferências compartilhadas intersubjetivamente”. As normas detêm uma pretensão de validade binária, isto é, podem ser válidas ou inválidas. Já os valores definem relações de preferência, o que significa que alguns bens são mais atrativos do que outros, pelo que o assentimento do intérprete a proposições valorativas pode ser maior ou menor. Normas diversas não podem contradizer umas às outras, se se pretendem válidas no mesmo círculo de destinatários, e devem estar inserida num contexto coerente, isto é, formar um sistema. Só os valores, por outro lado, podem concorrer para obter primazia através de configurações flexíveis.

Habermas quer dizer que aderir à ponderação significa despedir-se da razão. Essa consequência é expressa na seguinte passagem do seu *Faktizität und Geltung*:

Ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas e princípios do direito.

A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização.

[...]

Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma *especial dignidade de preferência*, uma *obligatoriedade geral*, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.

Na medida em que um tribunal constitucional adota a doutrina da ordem de valores e a toma como base de sua prática de decisão, cresce o perigo dos juízos

irracionais, porque, neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos (HABERMAS, 1997, p.321-322).

Muito embora não seja este o espaço adequado para aprofundar o importantíssimo debate acerca da validade da teoria dos princípios, que se encontra na vanguarda das discussões sobre direitos fundamentais e jurisdição constitucional, calha apenas registrar aqui parte da réplica de Alexy às objeções de Habermas.

Alexy (2007, p.114) argumenta que a estrutura formal da argumentação do Tribunal Constitucional Federal está sintetizada numa regra, chamada “regra da desproporcionalidade”. Essa regra produz uma relação racional entre uma decisão sobre graus de intensidade da intervenção e uma decisão sobre a proporcionalidade. Na primeira decisão, estão os dois primeiros passos do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, quais sejam o de verificar o grau de não cumprimento de um princípio e o de aferir o grau de realização do princípio colidente. Na segunda decisão está o último passo: ver se a importância do cumprimento de um princípio justifica o prejuízo do outro, isto é, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro. A decisão sobre os graus de intensidade constitui o fundamento para a decisão sobre a proporcionalidade, que por sua vez gera, como toda e qualquer decisão judicial, apenas uma pretensão de correção. A pretensão de correção abre as portas para outro estágio da teoria de Alexy: a teoria do discurso, como uma teoria procedimental da razão prática (ALEXY, 2007, p.25).

Pode-se afirmar, em suma e pobre síntese, que, para Alexy (2007, p.115), a ponderação não se faz arbitrária ou irrefletidamente, pois a aplicação dos modelos ou ordens hierárquicas de que fala Habermas está assentada na argumentação, e os “argumentos são a expressão pública da reflexão”. As intervenções nos direitos fundamentais justificam-se racionalmente, pois, ao passo que as intervenções são feitas, os direitos fundamentais ganham em solidez, pois para eles cria-se um núcleo resistente. Assim, preserva-se o “muro de fogo” que Habermas considera faltar à ponderação, isto é, a preservação do caráter normativo dos direitos fundamentais, que para ele estaria sendo afrouxado ou amolecido pela teoria dos princípios (ALEXY, 2007, p.116).

3. SITUAÇÃO DA DOUTRINA

O que se tem observado entre boa parte dos autores brasileiros que se arvoram a pensar as repercussões dos direitos fundamentais nas relações privadas é uma inclinação a aderir, sem maiores reflexões, a um dos quatro grandes grupos teóricos que cuidam da eficácia horizontal. Antes de maiores considerações sobre o estado da doutrina nacional, cumpre-nos esboçar esses quatro modelos teóricos.

3.1. Principais modelos de relação entre direitos fundamentais e relações privadas

O primeiro deles, em verdade um não-modelo (SILVA, 2005, p.68), consiste na **negação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Trata-se de uma doutrina minoritária, que sustenta a inaplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais baseada, sobretudo, em razões históricas ou na dita função “clássica” que os direitos fundamentais desempenham ou deveriam desempenhar no ordenamento jurídico: funcionar exclusivamente como direitos de defesa do cidadão perante o Estado. Nessa linha, destaca-se o pensamento de Uwe Diederichsen e Suzette Sandoz (SILVA, 2005, p.71 e 74).

Outro grupo minoritário no direito estrangeiro envolve os modelos chamados de **equiparação** e de **imputação**. O modelo conhecido como equiparação corresponde à construção pretoriana da *State Action Doctrine*, concebida nos Estados Unidos, onde a doutrina e a jurisprudência se mantiveram fiéis a uma acepção liberal dos direitos fundamentais (SILVA, 2005, p.99). Nessa ótica, a constituição e os direitos fundamentais nela insculpidos só vinculam, *prima facie*, o próprio Estado. Para a *Supreme Court*, admitir-se-á a incidência de direitos fundamentais na esfera privada se e tão-somente o particular se encontrar investido do desempenho delegado de alguma função pública típica (*public function theory*) ou se em sua conduta puder ser vislumbrada, substancialmente, alguma implicação imputável aos poderes públicos (SARMENTO, 2004, p. 229).

Já o modelo da imputação corresponde à teoria de Jürgen Schwabe, para quem, ao contrário da *state action*, em que ações privadas são equiparadas a ações estatais para vincular os particulares aos direitos fundamentais, o particular é “liberado” dessa vinculação e seus atos são imputados diretamente ao Estado. O fundamento de Schwabe consiste em que, se um particular viola o direito fundamental de outro, e tal ação violadora não é disciplinada por norma infraconstitucional, essa conduta deve ser encarada como que permitida pelo Estado, a quem a responsabilidade da violação deve ser imputada diretamente, em razão de sua omissão na esfera legislativa para reputar ilegal a conduta do particular (SILVA, 2005, p.104).

Foi na Alemanha, entretanto, que se desenharam os dois modelos que recebem em maior grau a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a saber, o modelo de efeitos indiretos e o modelo de efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

O **modelo de efeitos indiretos**, também conhecido como **teoria da eficácia indireta ou mediata**, foi consagrado pelo Tribunal Constitucional alemão a partir do caso *Lüth*, e desenvolvido especialmente por Günter Dürig (SILVA, 2005,

p.80). O ponto de partida desse modelo é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, ou um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. A fim de conciliar os direitos fundamentais e o direito privado sem que haja um domínio dos primeiros sobre o segundo, propõe-se a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo próprio do direito privado. Exige-se a intermediação do legislador, que deverá elaborar lei infraconstitucional contemplando e imprimindo maior concreção à previsão constitucional. O juiz, por sua vez, em caso de ausência de norma ordinária reguladora, deverá, no máximo, invocar cláusulas gerais e “conceitos indeterminados” presentes no sistema privado ou, ainda, invocar princípios constitucionais apenas como vetores hermenêuticos para interpretação e aplicação do direito privado, mas jamais aplicar diretamente os direitos fundamentais para solucionar lides entre particulares.

O **modelo de efeitos diretos** ou **teoria da eficácia direta ou imediata** foi pioneiramente defendido por Hans Carl Nipperdey, quando na presidência do Tribunal Federal do Trabalho alemão, a partir de uma decisão sobre igualdade de salários entre homens e mulheres, em 1957. Para Nipperdey, os direitos fundamentais têm “efeitos absolutos” e, portanto, prescindem de mediação legislativa para lograr eficácia nas relações privadas. Nisto repousa a diferença fundamental entre o modelo de efeitos indiretos e o de efeitos diretos, posto que, neste último, mesmo sem o material normativo do direito privado e, sobretudo, a despeito desse material, os direitos fundamentais conferem diretamente direitos subjetivos aos particulares nas relações que travam entre si. Demais disso, Nipperdey sustentava que a aplicação horizontal dispensa o uso de “artimanhas interpretativas”, vale dizer, os direitos fundamentais não precisam de qualquer “porta de entrada”, ou dos “pontos de infiltração” das cláusulas gerais, para surtir efeitos nas relações interprivadas (SILVA, 2005, p.87).

3.2. Eficácia horizontal na doutrina brasileira

No Brasil, salvo certas exceções, o que se tem visto na doutrina é a simples adesão, sem um maior esforço crítico, ao modelo de efeitos diretos ou ao modelo de efeitos indiretos.

Carlos Roberto Siqueira Castro e Gustavo Tepedino, citados por Daniel Sarmiento (2004, p.289) parecem aderir à tese da eficácia direta. O próprio Daniel Sarmiento sustenta a adoção, entre nós, do modelo de efeitos diretos, propugnando pela sua conciliação com a autonomia privada através, basicamente, do viés do princípio da proporcionalidade (SARMENTO, 2004, p.301).

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.405-408), conquanto adira a uma vinculação direta *prima facie*, máxime em razão da norma contida no §1º do art.5º da Constituição de 1988, não deixa de reconhecer, na linha de Canotilho, que o modo como se aplicam direitos fundamentais a relações privadas não é uniforme e está a reclamar uma análise tópico – sistemática, calcada nas circunstâncias do caso concreto. Sarlet demonstra equilíbrio ao admitir a inexistência de soluções uniformes nesta seara, já que a vinculação pode ser direta ou indireta sob conjunturas fáticas diversas, devendo a questão ser tratada como verdadeira colisão de direitos fundamentais.

Wilson Steinmetz (2004, p.199), partindo de uma concepção da autonomia privada enquanto princípio fundamental, propõe a conciliação com os direitos fundamentais através da teoria dos princípios conforme formulada por Robert Alexy.

Já Virgílio Afonso da Silva, ao enfrentar a questão, tem como premissa maior a idéia de que não se pode fazer uma abordagem apropriada da aplicabilidade horizontal sem que se discuta previamente o papel que a constituição deve desempenhar no ordenamento jurídico de um país e a função dos direitos fundamentais nas ordens jurídica e social.

De fato, a complexidade dos problemas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas vai muito além da mera adesão irrefletida a um dos modelos citados. A bem da verdade, muitas análises acerca da eficácia horizontal limitam-se à exposição dos modelos consagrados doutrinariamente e à opção por um deles, ainda que acompanhadas por algumas poucas proposições originais. Sucede que a mera descrição formal de modelos, bem como a adesão a um deles, não é suficiente para uma teorização coerente sobre a constitucionalização do Direito e, mais especificamente, sobre os efeitos de direitos fundamentais nas relações privadas. Aderir, por exemplo, à teoria da eficácia indireta não responde a contento sobre como essa eficácia deve se operar (SILVA, 2005, p.106).

Robert Alexy, invocado por Virgílio Afonso da Silva (2005, p.144), adverte que um dos grandes problemas dos modelos de explicação e fundamentação dos efeitos horizontais dos direitos fundamentais é a sua pretensão à completude, visto que todos procuram fornecer uma explicação completa e satisfatória do fenômeno, bem como soluções definitivas para o mesmo. A falácia dos modelos “fechados” se revela de modo proeminente na circunstância de que, a despeito de formularem proposições conciliatórias da autonomia da vontade com os direitos fundamentais individuais (os assim chamados de 1ª geração ou dimensão), tais modelos falham gravemente em explicar como se operaria a vinculação dos particulares aos direitos

fundamentais sociais, ditos de 2ª geração (saúde, educação, previdência, lazer, moradia, emprego, etc.) e aos transindividuais, ditos de 3ª geração (v.g. direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado), uma nuance do tema que suscita não poucas perplexidades.

Assim, pois, descrendo que a mera adoção de um dos modelos tradicionais se preste a compreender a aplicabilidade horizontal em todas as suas complicadas nuances, e ainda diante da imprestabilidade de um modelo estanque para enquadrar adequadamente os diversos tipos de situações em que os direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares, cremos que realmente é a partir da abordagem do problema como colisão de direitos fundamentais, e com estribo na 18 teoria dos princípios, que se poderá dar conta do fenômeno em tela de forma adequada e racional.

4. AS ESTRUTURAS DE PONDERAÇÃO APLICADAS À EFICÁCIA HORIZONTAL

Sem embargo, é preciso expor e enfrentar algumas justas críticas que têm sido endereçadas à maneira como muitos autores brasileiros têm se utilizado da técnica da ponderação como viés de solução dos conflitos entre direitos fundamentais e autonomia da vontade.

Virgílio Afonso da Silva apresenta algumas ressalvas ao uso da técnica da ponderação como maneira adequada de se resolver o conflito entre direitos fundamentais e autonomia da vontade. Sustenta o aludido constitucionalista que alguns autores, ao fazerem o cotejo entre certo direito fundamental e a autonomia privada, não lançam mão, em verdade, de uma ponderação propriamente dita, pois não procedem a uma análise bidirecional entre o direito fundamental, de um lado, e autonomia privada, de outro (SILVA, 2005, p.155).

4.1. Grau de assimetria das partes como elemento fático de ponderação

Um dos mais usuais critérios desse pretenso sopesamento é o grau de assimetria entre as partes envolvidas no caso concreto, isto é, o grau de desigualdade material das partes, que consiste num dos principais artifícios de Daniel Sarmento para valorizar a tutela do direito fundamental em jogo em detrimento da autonomia privada. Virgílio Afonso, conquanto não negue a necessidade de proteção do hipossuficiente em variados âmbitos, procede a uma justa crítica a esse critério, ao afirmar que a necessidade de proteção do direito fundamental não surge automaticamente de uma desigualdade material, mas de uma desigualdade de posições **no interior da relação jurídica**. Sustenta o citado autor ser perfeitamente possível que, em

uma relação entre particulares, haja um enorme grau de autonomia na escolha dos termos e condições da relação, ainda que haja uma considerável desigualdade material e de poder entre as partes. Fornece, portanto, o exemplo do programa televisivo Big Brother Brasil, *reality show* exibido pela Rede Globo.

Ora, ninguém há negar a imensurável desigualdade material existente entre as Organizações Globo, um dos maiores grupos empresariais de comunicação do mundo, e os participantes do seu *reality show*. Isso não significa, contudo, que nesse caso haja necessidade de intervenção na relação privada para tutelar direitos fundamentais contratualmente restringidos, pois a desigualdade material não interfere necessariamente na autenticidade da manifestação da vontade. O critério deve consistir, portanto, no grau de autonomia real das partes envolvidas (SILVA, 2005, p.157).

4.2. Autonomia da vontade como princípio formal

Virgílio Afonso da Silva também sustenta não ser possível ponderação entre direitos fundamentais como princípios materiais, de um lado e a autonomia privada, de outro, posto que esta última desempenha, na constituição, uma função de princípio formal.

Princípios formais consistem em princípios que não são normas de conduta, mas normas de validade. A principal característica dessa espécie de princípio é que ele fornece razões para a obediência a uma norma, independente do conteúdo de tal norma. O citado autor fornece, a título de exemplo, o princípio da competência decisória do legislador, o qual preceitua que as decisões legislativas devem ser acatadas não porque são materialmente boas, mas porque se baseiam no princípio (formal) da competência democrática do legislador e da separação de poderes (SILVA, 2005, p.149).

Analogamente, a autonomia da vontade vai desempenhar, no âmbito das relações privadas em que direitos fundamentais estão em jogo, uma função semelhante ao princípio da competência decisória do legislador, pois a autonomia privada equivale ao princípio (meramente formal) que fornecerá as razões para que um ato volitivo de um particular, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou de ambas as partes, seja aceito e considerado como válido (SILVA, 2005, p.149).

No que toca ao tema aqui tratado, o que interessa na classificação da autonomia privada como um princípio formal é a maneira como esta espécie de princípio se relaciona com os princípios materiais, ou seja, como a autonomia da vontade vai se relacionar com os direitos fundamentais. Sendo assim, enquanto os direitos fundamentais, como princípios materiais ou substanciais que são, tendem a limitar

a autonomia privada, o conceito de princípio formal pretende desempenhar exatamente a função oposta, qual seja garantir o respeito a essa autonomia mesmo nos casos em que há direitos fundamentais envolvidos (SILVA, 2005, p.150).

Ainda Virgílio Afonso da Silva (2005, p.152) alerta que:

É certo que, em uma ordem jurídica constitucionalizada, a autonomia privada tende, também, a definir se não houver alguma força contrária aos direitos fundamentais que, se levados isoladamente em consideração, tenderão a anular toda e qualquer competência (ou seja, a capacidade de um particular alterar a posição de outro particular) que a autonomia privada poderia garantir.

Se princípios são mandamentos de otimização, isto é, normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, Virgílio Afonso (2005, p.153) sustenta que a autonomia privada enquanto um princípio formal desempenha o papel de força antagônica aos direitos fundamentais, a fim de que a liberdade nas relações privadas, um valor também consagrado constitucionalmente, não seja fagocitado e eliminado pelos direitos fundamentais.

Assim sendo, o aludido autor defende não ser possível a ponderação nas hipóteses de conflito entre direitos fundamentais (materiais) e autonomia da vontade, por faltar um valor de comparação entre ambos. Ao se perguntar, por exemplo, se a medida é necessária (princípio da necessidade), se está desconsiderando o fato de que, ao se exigir dos particulares apenas as medidas estritamente necessárias na restrição de um direito fundamental, já está se lhes retirando de plano a autonomia de livremente dispor sobre os termos da avença. Por outros dizeres, o uso do princípio da necessidade significa resolver de plano o conflito em favor do direito fundamental em questão. Daí a afirmativa do citado autor de que não se trata propriamente de um sopesamento (SILVA, 2005, p.163).

A crítica levantada por Virgílio Afonso não nega a utilidade das estruturas de ponderação para solucionar colisões entre princípios. Suas reservas dizem respeito à aplicabilidade dessas estruturas, leia-se princípio da proporcionalidade, à solução da tensão entre direitos fundamentais e autonomia da vontade. Isso se justifica pelo fato de que muitos autores, ao se arvorarem a analisar o problema, procuram se socorrer das estruturas de ponderação sem, todavia, demonstrar exatamente como elas se operam (Sarmiento), ou, quando logram demonstrá-lo, o fazem de modo que quase sempre o resultado da ponderação se resolve a favor dos direitos fundamentais e em detrimento da autonomia privada (Steinmetz). Ora, se praticamente todos os autores têm como ponto de partida a teoria dos princípios de Alexy – argumenta Virgílio Afonso – logo deveriam tomar em conta que, sendo a autonomia privada um princípio, mesmo que formal, deve ela também ser

realizada na maior medida possível de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto (SILVA, 2005, p.153).

Por que razão, então, a tensão entre direitos fundamentais e autonomia da vontade tem sido quase sempre resolvida em favor dos primeiros, sob o manto das estruturas de ponderação? O próprio Virgílio Afonso responde: por causa da concepção do papel da constituição e dos direitos fundamentais de que partem *a priori* quase todos os autores, sem qualquer discussão prévia a respeito desse papel, e cujo debate o citado constitucionalista considera verdadeira premissa do próprio problema da constitucionalização do Direito.

4.3. O papel da constituição e dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico

O debate sobre a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode prescindir de uma discussão prévia sobre qual a relação entre a constituição e o restante do ordenamento jurídico. Não é bastante, para tanto, reconhecer que a constituição se situa no topo da pirâmide normativa: é preciso ir além. Assim sendo, o interesse do questionamento proposto reside na seguinte constatação: algumas concepções do papel da constituição e dos direitos fundamentais deixam uma maior capacidade de conformação da ordem jurídica para o legislador ordinário e, sobretudo, para os atores privados. Ao revés, pode-se afirmar que, quanto mais onipresente for a constituição, mais restritas serão as competências reservadas ao legislador ordinário, aos particulares e à autonomia privada (SILVA, 2005, p.109-111).

Uma das concepções do papel constitucional com mais influência sobre a doutrina brasileira é a idéia da chamada **constituição-fundamento**, também conhecida como **constituição-total**. A idéia central desse conceito reside na reivindicação de que a constituição é a lei fundamental, não somente do Estado e das atividades relacionadas a ele, mas também a lei fundamental de toda a vida social. O legislador, aqui, é quase reduzido a mero intérprete da constituição, a quem incumbe somente realizar os direitos fundamentais e os programas estabelecidos na norma fundamental. Uma expressão emblemática dessa concepção de constituição seria a teoria da sociedade aberta de intérpretes, de Peter Häberle. Muito embora não sustente diretamente o conceito de constituição total, a teoria da interpretação propugnada por Häberle expande de tal forma o raio de abrangência do papel da constituição que termina por refletir a idéia de norma constitucional como reguladora de todos os espaços da vida em sociedade (SILVA, 2005, p.112).

Isso significa pretender que praticamente todas as condutas humanas sejam ao mesmo tempo reguladas pela constituição e manifestação de uma interpretação

constitucional. Nesse passo, nenhum aspecto da vida em sociedade estaria alheio à incidência das normas constitucionais (SILVA, 2005, p.113).

Tendo em conta uma concepção como esta, naturalmente a liberdade do legislador ordinário para conformar o restante do ordenamento jurídico será mitigada, e a atividade legislativa será encarada apenas como forma de realizar a constituição. As normas constitucionais, aqui, não somente irradiam efeitos pelos demais ramos do Direito: elas passam a determinar o conteúdo deles por completo. A concepção de constituição-fundamento, portanto, não apenas está ligada à idéia de constitucionalização do Direito, visto que tende a rebaixar o ordenamento infraconstitucional à mera condição de concretização da Norma Ápice: antes, essa concepção também faz surtir conseqüências indeléveis sobre as relações entre particulares, que sob diversos aspectos passam a ser reguladas diretamente pela constituição, relativizando-se, pois, o papel da autonomia da vontade (SILVA, 2005, p.112-115).

Já no condizente ao papel dos direitos fundamentais, é possível perceber no Brasil uma tendência à chamada **teoria democrático – funcional** dos direitos fundamentais. Böckenförde, citado por Virgílio Afonso da Silva (2005, p.129), ensina que o “ponto de partida da teoria democrático – funcional dos direitos fundamentais é sua compreensão a partir da sua função pública e política”. Para além disso, segundo aquele doutrinador alemão, os “direitos fundamentais adquirem sentido e significado como fatores constitutivo de um processo democrático livre [...]. A garantia de direitos fundamentais como esferas de liberdade tem lugar primariamente para possibilitar e proteger esse processo.” É a partir dessa concepção que a maioria quase absoluta da doutrina brasileira vai sustentar e defender com unhas e dentes a irrenunciabilidade e a inegociabilidade dos direitos fundamentais, rejeitando, pois, sua concepção liberal, segundo a qual tais direitos, como expressão da liberdade, podem ser objeto da disposição de seus titulares.

Sem embargo, a concepção da constituição – total e a perspectiva democrático-funcional dos direitos fundamentais não constituem a forma mais adequada de abordar a constitucionalização do Direito e a aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais. Para tanto, é necessário se admitir, em um grande número de casos, a possibilidade de negociação e mesmo de renúncia de direitos fundamentais no âmbito de relações entre particulares. Do contrário, se se continuar aceitando, sem maiores reflexões, as características jusnaturalistas dos direitos fundamentais, como sua irrenunciabilidade, a autonomia privada sempre encontrará neles um obstáculo intransponível. Em todas as relações em que estiverem em jogo direitos fundamentais, a autonomia privada deverá ceder e o Estado deverá intervir para garanti-los, mesmo a contragosto dos seus titulares. Assim, a discussão fica resolvida antes de ser iniciada (SILVA, 2005, p.131).

Virgílio Afonso, contudo, procura conciliar a teoria dos princípios com a idéia de constituição – moldura ou constituição – quadro, tópico que extravasa o objetivo deste trabalho, pois requer um mergulho na dogmática dos espaços (ALEXY, 2007, p.76). Sem embargo, podem-se apontar estas como as razões centrais das dificuldades enxergadas por Virgílio Afonso da Silva quanto à possibilidade de aplicação da ponderação nos conflitos entre direitos fundamentais e autonomia da vontade.

4.4. Ponderação: um viés possível e imprescindível

As reservas de Virgílio Afonso da Silva são, ao menos em parte, justificadas. De fato, critérios como o grau de desigualdade material das partes, visto acima, ou outros propostos por Sarmiento (2004, p.304-308), como a essencialidade do bem envolvido (se de índole existencial ou econômico – patrimonial), ou ainda a fonte da lesão ao bem (autônoma ou heterônoma), podem no máximo ingressar como “possibilidades fáticas existentes”, mas não podem ser realmente objetos de ponderação (proporcionalidade no sentido estrito), pois não procedem a uma análise bidirecional entre o direito fundamental, de um lado, e autonomia privada, de outro. O que se faz comumente, ao se lançar mão de tais critérios, é definir situações em que a autonomia da vontade deve ser mais ou menos respeitada, mas não se faz qualquer referência ao grau de restrição do direito fundamental colidente (SILVA, 2005, p.155). Ao fim e ao cabo, assim, quase sempre se resolve a colisão em favor do direito fundamental e em detrimento da autonomia privada.

Uma tentativa de desvendamento ideológico mostra, como visto antes, que esse tratamento dispensado por boa parte dos autores brasileiros às colisões entre direitos fundamentais e autonomia privada tem em sua raiz uma concepção democrático – funcional dos direitos fundamentais e a idéia de constituição – total. Nesse particular, ainda é pertinente a crítica de Virgílio Afonso. Ambas as citadas concepções absolutizam os direitos fundamentais, posto que estão ainda arraigadas à visão jusnaturalista. Direitos do homem podem se pretender universais, como podem pretender sua plena positivação, institucionalização e justiciabilidade na qualidade de direitos fundamentais. Isto não significa, todavia, que sejam absolutos. Tomar direitos fundamentais como absolutos é despedir-se da ponderação. Despedir-se da ponderação significa lançar fora um dos mais úteis instrumentos na busca da equalização e concordância prática entre os inúmeros bens e interesses em contradição num pleno Estado Constitucional Democrático. É nesse particular, qual seja a validade da ponderação para cuidar do conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, que as ressalvas de Virgílio Afonso parecem não proceder.

Referido autor assevera que, ao se perguntar se a medida é necessária (princípio da necessidade), se está desconsiderando o fato de que, ao se exigir dos particulares apenas as medidas estritamente necessárias na restrição de um direito fundamental, já está se lhes retirando de plano a autonomia de livremente dispor sobre os termos do contrato. Para ele, portanto, adequação e necessidade não podem ser transportadas para conflitos entre direito fundamental e autonomia da vontade.

Ora, deve-se sempre ter em mente que, ao se falar de adequação e necessidade, se está pisando no terreno das possibilidades fáticas. Exigir que o particular adote as medidas menos gravosas ao direito fundamental não equivale a elidir de plano toda a autonomia da vontade sobre os termos do contrato. A consequência não precisa ser necessariamente a nulidade da avença, como prevê Virgílio Afonso (2005, p. 164). Se não foi observado o princípio da necessidade, o negócio ainda pode sobreviver, apontando o juiz medidas de adequação que impliquem a restrição do direito fundamental, a realização dos fins almejados pelas partes e o manejo dos meios estritamente necessários para tanto. Alguém pode dizer que o raciocínio é circular, pois a solução terminaria deixando uma única opção de medidas restritivas às partes, o que redundaria mesmo na mitigação da autonomia da vontade.

Realmente, sempre se poderá argumentar que havia outras medidas de restrição menos gravosas. Mas essa análise, de se verificar se no mundo dos fatos há meios de restrição mais ou menos gravosos, está no plano da argumentação. Debruçando-se sobre o caso concreto, pode-se concluir (argumentativamente) que a medida utilizada foi realmente a menos gravosa na restrição do direito fundamental ou, *a contrario sensu*, também dizer que há outros meios menos graves. Pode-se fazer isto, desde que realmente se esteja disposto a ponderar, e não partir de paradigmas segundo os quais direitos fundamentais são intocáveis. Demais, impende lembrar que, se a autonomia da vontade estiver em confronto com um direito fundamental, não se pode esperar que o particular tenha à sua disposição a ampla gama de opções para concluir seu contrato, como ocorreria numa situação de não conflito. Se o direito fundamental sofre restrição, é razoável se esperar que a autonomia da vontade assim também sofra.

É força reconhecer, portanto, que não há razões bastantes para negar a aplicação da ponderação, em particular, e da teoria dos princípios, em geral, às colisões entre direitos fundamentais e o princípio da autonomia da vontade.

5. CONCLUSÃO

No mundo hipercomplexo atual, especialmente sob o paradigma emergente da pós-modernidade, a complicada trama do poder não se subsume às relações

Estado – indivíduo. Antes, o poder, enquanto fenômeno social amplo, permeia as mais diversas instâncias da sociedade. No seio das instâncias privadas de poder, alheias a mecanismos democráticos de legitimação e controle, o indivíduo por vezes se encontra submetido a risco de opressão e negação de seus direitos fundamentais, motivo por que se faz premente reconhecer a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Aquele que vive sob o Estado Constitucional Democrático não pode se furtar a reconhecer que o regime democrático e, por conseguinte, o catálogo amplo de direitos fundamentais, supõem uma sociedade com permanentes interesses e bens em conflito. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é um dos mais claros exemplos dessa patente realidade.

Uma abordagem adequada dos problemas da aplicabilidade horizontal dos direitos fundamentais passa necessariamente pela teoria dos princípios, uma vez que se está diante de colisão de princípios, bem como pelo manejo das estruturas de ponderação como método adequado de solução dessas colisões.

A despeito das controvérsias e dificuldades quanto aos rumos do fenômeno da constitucionalização do Direito, parece seguro afirmar que a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas constitui um processo sem volta, no Brasil e além-mar. No complexo mundo em que vivemos, onde o poder dos sujeitos privados é capaz de oprimir tanto ou mais do que o poder do Estado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais se apresenta como um dos melhores expedientes do Direito dos últimos tempos, essencial para levar avante o projeto moderno, republicano e humanista de levar a todas as pessoas liberdade, justiça, solidariedade e dignidade. A teoria dos princípios e a ponderação são aliadas imprescindíveis desse projeto.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebeneneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Artigo de Convidados

C. A. Alvaro de Oliveira
Pedro Luiz Pozza

XX

O PROCESSO CIVIL NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

C. A. Alvaro de Oliveira

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS; Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do RGSUL.

1. A dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g., “a interpretação conforme à Constituição”) mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo.

Já no século XVII apreendera-se que o exercício da jurisdição constitui faceta importante do exercício do poder. Daí a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo Príncipe, de que é exemplo emblemático o chamado Code Louis ¹.

Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder em determinado espaço social e temporal². Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

Significativamente, no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos. Para João Mendes Júnior, o

1. *Ordenance Civile du mois d'avril 1667*, denominada *Code Louis*. Nicola Picardi, *Il Giudice e la Legge nel Code Louis*, in *Rivista di Diritto Processuale*, L(1995):33-48, esp. p. 35-36, ressalta com razão que, com a instituição do *Code Louis*, o rei-juiz do constitucionalismo medieval passava a ser substituído pelo reilegislator; o direito tornava-se reduzido à lei e a lei à vontade do soberano. Em consequência, a *iurisdictio* terminava por perder o caráter originário de poder soberano *tout court*, e, com sua imagem do julgar, era destinada a cobrir uma esfera de poder diferente do poder de legislar, tornando-se o último já a marca distintiva da soberania.
2. Ainda está por ser realizada, do ponto de vista sociológico, uma investigação que mostre como, na atual sociedade informática e globalizada, a difusão de modelos culturais de forma instantânea pela televisão via satélite, pela internet, pelo rádio, filmes, ensaios, artigos, revistas, livros etc. poderá vir a aproximar mundos diferentes e até a homogeneizá-los e quando isso se tornará possível.

processo, na medida em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo “deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos.” Suprimir, assim, formalidades processuais pode constituir “ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federais”³.

Em obra diversa, adiantando lições de outras épocas, o grande mestre como que intuiu a íntima conexidade entre o direito processual e constitucional, ao consignar que “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à descrição dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas”⁴. Antecipam-se desse modo, com grande descortino, futuras elaborações da doutrina europeia do século XX.

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais⁵, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado⁶.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexidade entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Este último aspecto, ressalte-

3. João Mendes Júnior, *A Nova Fase da Doutrina e das Leis do Processo Brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899, p. 120, apud José Frederico Marques, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, São Paulo, Saraiva, 1959, p. 23.
4. João Mendes Júnior, *O Processo Criminal Brasileiro*, 2ª. ed., vol. I, p. 8, apud José Frederico Marques, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, cit., p. 21-22.
5. Cf. C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 73-76 e 83-84. Sobre o fenômeno cultural e sua influência no processo, o ensaio pioneiro entre nós de Galeno Lacerda, *Processo e Cultura*, *Revista de Direito Processual Civil*, 3(1962):74-86, *passim*.
6. Assim, Hans Friedhelm Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 168(1968):27-62, esp. p. 32. Idéia semelhante em Rudolf Pollak, *Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, 2ª. ed., Wien, Manz, 1932, p. III, para quem o direito processual civil constitui, em muitos aspectos, uma das mais importantes partes do direito constitucional.

se, de modo geral é descurado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não.

2. No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais ⁷, visto que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana ⁸. Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade. Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo ⁹.

A importância dos direitos fundamentais decorre ainda de outra circunstância. Além de serem tautologicamente fundamentais, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais. Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evoluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia ¹⁰.

Essa nova universalidade busca subjetivar de forma concreta e positiva os direitos de tripla geração na titularidade de um indivíduo, que, antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida,

7. É grande a incerteza terminológica a respeito. Fala-se em direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem (José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional*, p. 157). Dou preferência à expressão “direitos fundamentais” não só porque já incorporada à tradição, como também porque expressa razoavelmente a concepção adotada no texto.
8. Assim, Konrad Hesse, apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª. ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 514. Ainda segundo Hesse, os direitos fundamentais, mais restritamente, são aqueles qualificados como tais pelo direito vigente. Consoante José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 159, os direitos fundamentais estabelecem os princípios consubstanciadores da concepção do mundo e da ideologia política de cada ordenamento jurídico, designando as prerrogativas e instituições com que o direito positivo concretiza as garantias de uma convivência digna, livre e igualitária de todas as pessoas.
9. Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra ed., 1988, p. 8-10.
10. A busca da efetividade dos direitos fundamentais, bem assinala Serge Guinchard, *Droit processuel – Droit commun du procès*, em colaboração com Monique Bandrac, Xavier Lagarde e Mélina Douchy, Paris, Dalloz, 2001, p. 53-54, é o fenômeno mais marcante do final do século XX. Menciona ele o célebre aresto Airey vs. Irlanda, de 7.10.1979, em que a Corte Européia dos Direitos do Homem manifestou sua clara preocupação com a exigência “de proteger não mais de forma teórica ou ilusória, mas de forma concreta e efetiva”, os direitos fundamentais.

é, pela sua condição de pessoa, um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade ¹¹.

Relembre-se que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional; os da segunda geração dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos. A terceira geração compreende os direitos da fraternidade, ultrapassando os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação ¹².

3. No sistema jurídico brasileiro, essas ponderações ostentam enorme alcance prático, porque a Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Além disso, o § 1º do art. 5º da Constituição brasileira estatui de modo expresso que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Esta última disposição constitucional reveste-se de grande significado. Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Demais disso, já não se discute mais na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio – mesmo daquelas consideradas meramente programáticas – como diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora ¹³. Aliás, a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais.

11. Cf. a linha de desenvolvimento traçada com mão de mestre por Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 526-527, com menção ainda a diversos outros documentos relativos a direitos humanos produzidos no século XX.

12. Segue-se aqui a síntese realizada por Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 516-524. O grande constitucionalista ainda menciona a quarta geração dos direitos fundamentais: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, direitos esses da maior importância, como se vê, mas que escapam aos limites estreitos deste estudo (ob. cit., p. 524-526).

13. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª. ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.

Como se vê, cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos fundamentais como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão em face do Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização.

A questão revela-se particularmente sensível porquanto dessa forma atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte destes (liberdade negativa) ¹⁴.

Por isso mesmo, em tal normatividade de carácter essencialmente principal encontra-se contida autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regra jurídicas, é que a competência para a descoberta mesma do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada ¹⁵. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

4. Antes de analisar em espécie os direitos fundamentais que mais de perto dizem respeito ao processo – para depois procurar extrair algumas conseqüências práticas das premissas até agora estabelecidas –, importa ter presentes ainda três aspectos essenciais implicados na sua concepção, a seguir enumerados:

- a) A já mencionada normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão.
- b) A supremacia do direito fundamental: “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais” ¹⁶.

14. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 448.

15. Assim, Issak Meier, *Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen*, in *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen*, em colaboração com Rudolf Ottomann, Zürich, Schulthess Verlag, 1993, p. 56-58. Na mesma esteira, observa José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que, na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”.

16. Cf. a expressiva formulação de Jorge Miranda, *Manual*, cit., nº 60-I, p. 282-283.

- c) O caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas.

Sob o último ângulo visual, o direito fundamental apresenta-se como norma aberta, a estabelecer pura e simplesmente um programa e afirmar certa direção finalística para a indispensável concretização jurisdicional, em oposição, assim, àquelas normas que contêm uma ordem positiva ou negativa, capazes de serem apreendidas pelo juiz de forma mais ou menos direta ¹⁷.

5. De passagem, é interessante observar que embora a oposição entre regras e princípios seja cada vez mais tênue, na medida em que toda interpretação de texto, segundo a moderna hermenêutica, exige em maior ou menor medida um “fazer produtivo”, não se mostra correto afirmar que toda regra jurídica, por sua vez, contém em determinados limites uma norma de princípio ¹⁸, o que de certa forma eliminaria a diferença qualitativa entre ambas as categorias, preconizada por Esser.

A aplicação concreta do direito fundamental, de qualquer modo, não se distancia radicalmente do processo de aplicação do direito em geral. Este, como tentei demonstrar em outra oportunidade ¹⁹, apresenta-se necessariamente como obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.

Assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeadas de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.

17. Cf. Isaak Meier, ob. cit., p. 14. Segundo Joseph Esser, *Principios y Pensamientos Jurídicos Generales y Formas que Adoptan en el Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, p. 63-70, as regras contêm ordens diretas; os princípios, apenas critérios para a justificação de uma ordem.

18. Como sugere, Isaak Meier, ob. cit., p. 53-54.

19. C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, cit., p. 190-191.

Mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e idéias do próprio juiz.

Já Aristóteles havia constatado o fenômeno, quando tratou na sua *Ética a Nicômano*, momento clássico na história da *epieikeia*, das relações entre legalidade e equidade. Para o estagirita, “o equitativo, se bem é justo, não o é de acordo com a lei, mas como uma correção da justiça legal. A causa disso é que toda lei é universal e há casos nos quais não é possível tratar as coisas com exatidão de um modo universal. Naqueles casos, pois, nos quais é necessário falar de um modo universal, sem ser possível fazê-lo exatamente, a lei aceita o mais corrente, sem ignorar que há algum erro”. A equidade se prestaria, assim, para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso julgado: “tal é a natureza do equitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta”²⁰.

Cuida-se, bem entendido, de aplicar a lei com equidade, atividade conatural ao próprio ato de julgar, e não de substituí-la pela equidade. E nessa aplicação da regra ou do princípio, do direito *tout court*, o sistema funciona como língua, isto é, como sistema de regras de uso das palavras da linguagem jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e valorizados. Na verdade, os significados expressos na língua jurídica, empregada na aplicação operativa do direito, são tão ambíguos e opináveis como as regras de uso da língua jurídica ditada pelas normas²¹. Daí a permanente necessidade de contextualizá-los, pela inserção no contorno específico fático da causa, para se extrair a decisão justa e adequada do caso concreto, especialmente com a ajuda dos princípios.

6. No concernente aos direitos fundamentais e aos princípios, a concretização realiza-se exclusivamente pelo juiz no caso trazido ao seu conhecimento. Vale dizer que o seu conteúdo só pode ser determinado diante de fatos específicos, considerando-se ainda que para essa aplicação são estabelecidos poucos limites, a não ser a coerência com os fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito. Em contrapartida, o conteúdo da regra está previsto na própria regra, com maior ou menor precisão.

20. Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, trad. esp. de J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1137b, p. 263.

21. Cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez *et al.*, prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1995, p. 56. Também a correlação entre a língua e a linguagem interna do sistema é essencial para a teoria hermenêutica preconizada por Tercio Sampaio Ferraz, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 231-281, assentada no teor da tradução.

Dito isso, podem ser estabelecidas algumas linhas de aplicação das normas infraconstitucionais na perspectiva dos direitos fundamentais.

Assim, em primeiro lugar, a interpretação deve ser conforme à Constituição, encarada esta de forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva. Vale dizer: o aplicador da norma deve inclinar-se pela interpretação que conduza à constitucionalidade da norma, embora por outra via pudesse considerá-la inconstitucional ²².

Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão judicial, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento. Já não se cuida, então, de mera interpretação “conforme à Constituição”, mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante *interpretação mais favorável aos direitos fundamentais*. Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau ²³.

Outro aspecto a ser sublinhado, com repercussão imediata na vida das pessoas, é a determinação do alcance dos direitos fundamentais e dos princípios que colidam entre si no caso em julgamento, da ponderação dos valores e da determinação do que deva prevalecer para a justiça do caso, consoante o chamado princípio da proporcionalidade, regra hoje inafastável de hermenêutica ²⁴. Aliás, além de conflituarem, os princípios podem também complementar-se ou delimitar-se entre si ²⁵.

22. A respeito, por todos, Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 473-480. Com uma visão sistemática da doutrina alemã e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional – O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 3ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 231-237.

23. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra ed., 1991, nº 4.9, p. 143. Como bem ressalta Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 53, trata-se de “adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo.”

24. Humberto Bergmann Ávila, *Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*, *Revista de Direito Administrativo*, 215 (jan./mar.1999): 151-179, esp. p. 170, demonstra de maneira adequada tratar-se, na realidade, de postulado normativo-aplicativo, pois impõe uma condição formal estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas, condição essa de caráter normativo, instituída pelo próprio direito para a sua devida aplicação, na busca de realização integral dos bens juridicamente resguardados. Daí a definição do dever de proporcionalidade como “um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídico materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados” (p. 175).

25. Ressalta acertadamente Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3ª. ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, p. 483, que os direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros,

Na conhecida visão de Alexy, a otimização por meio dos princípios dá-se em consonância com as possibilidades normativas e fáticas. Normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem ou os complementam. Fáticas, porque o conteúdo dos princípios, para que se transforme em norma concreta, só pode ser determinado pela concretude fática do caso ²⁶.

7. Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principiais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia ²⁷. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial, também o abrange, a evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental ²⁸. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si.

26. Apud Humberto Bergmann Ávila, ob. cit., p. 159.

27. Por isso, afirma Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, n° 359, p. 288, que os direitos fundamentais requerem, em maior ou menor proporção, regulação da organização e do procedimento, e ao mesmo tempo influem sobre o direito de organização e procedimento, o que contribui para a sua própria realização e asseguramento.

28. Assim, J. J. Gomes Canotilho, *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, p. 151-163, esp. p. 155, com amparo na sugestão do *status activus processualis*, formulada por P. Häberle.

Para o Tribunal Constitucional espanhol, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a “(...) obrigação de proteção eficaz do direito fundamental (...)”. O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede os órgãos jurisdicionais de adotarem uma atitude passiva nesta matéria ²⁹.

Por outro lado, a dependência crescente de previsão e de distribuição estatal e por conseqüência o perigo crescente de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual, acaba por exercer influência decisiva no papel destinado ao direito processual. E isso porque os direitos fundamentais exibem acentuada força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar ainda mais o papel dos tribunais na “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto.

À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas ³⁰.

8. Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinentes aos valores da efetividade e da segurança jurídica ³¹, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto.

29. Cf. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 329, com menção a diversos precedentes (ob. cit., p. 329-330 e notas 72 a 77).

30. Assim, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 472, endossando entendimento nesse sentido do Tribunal Constitucional Federal alemão. Sobre o ponto, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo*, cit., p. 65-66. De observar que um dos valores supremos da ordem constitucional brasileira é a Justiça, como ressaltado no Preâmbulo da Constituição de 1988.

31. Aspecto sublinhado com grande acuidade por Teori Albino Zavascki, *Antecipação de Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 64-65.

No primeiro grupo desponta fundamentalmente a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República).

É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos.

Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Nessa linha de entendimento, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais “teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos”³².

Para a Corte, a efetividade supõe, além disso, que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento. Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tribunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”. Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido “de empregar um recurso existente e disponível”, proibindo-se todo “entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal”³³.

Da mesma forma acentuou o Tribunal Constitucional espanhol que “(...) as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer

32. Arestos de 24.7.1968, no caso “lingüístico belga”, série A, nº 6, p. 31, §§ 3 *in fine* e 4; Golder vs. Reino Unido, de 25.2.1975, série A, nº 18, p. 18, § 35 *in fine*; Luedicke, Belkacem e Koç, de 28.11.1978, série A, nº 29, p. 17-18, § 41; Marckx, de 13.6.1979, série A, nº 31, p. 15, § 31, apud Bertrand Fravreau, *Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice*, in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11 e nota 3.

33. Arestos Levages Prestations Services vs. França, de 23.10.1996, *Recueil*, 1996-V, p. 1543, § 40, Brualla Gómez de la Torre vs. Agne, de 19.12.1997, § 33, Garcia Manibardo vs. Espanha, de 15.2.2000, apud, apud Bertrand Fravreau, ob. cit., p. 11 e nota 8.

excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo”³⁴.

Também o fator tempo veio a ganhar papel de destaque nesse quadro, ainda mais com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, a exigir uma solução mais ou menos rapidamente do litígio. Daí a intensificação da tutela cautelar e antecipatória, da chamada jurisdição de urgência, em uma palavra, cujo substrato constitucional se mostra inegável. Também decorre desse imperativo a necessidade de se estabelecerem mecanismos de uma duração razoável do processo e, mais do que isso, da efetiva satisfação do direito reconhecido judicialmente, sem maiores delongas³⁵.

Por outro lado, a própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da Constituição Brasileira (art. 1º, *caput*), constitui substrato capital para a segurança jurídica, na medida em que salvaguarda a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal, assegurando ao mesmo tempo elementos fundantes imprescindíveis a qualquer sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, o da divisão de poderes e o da legalidade³⁶.

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, da penalização da vida social e política exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas³⁷.

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal³⁸ (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários

34. Sentença 57, de 8.5.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela*, cit., p. 315. Adiante, ob. cit., p. 317, refere que o mesmo tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas num preparo de 327.846.

35. Oportuna a recomendação de José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, São Paulo, RT, 1997, p. 146, *passim*, quanto à necessidade de serem adotados mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana, de aceleração do processo e de controle (jurisdicional) externo da lentidão.

36. Sobre o ponto, José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 103-108, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos*, cit., p. 82-85. Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, Genève, Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando da autoridade da coisa julgada, menciona que o Tribunal Federal Constitucional alemão (*BverfGE* 15, 319) sublinhou que o Estado de Direito tem como tarefa preservar a segurança do direito.

37. Cf. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que ressaltam o emprego substancial desses conceitos tanto pelo juiz constitucional francês quanto pelo juiz ordinário.

38. Cezar Saldanha de Souza Júnior, em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tem criticado essa forma de expressar a cláusula do *due process of law*, ao argumento

a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas³⁹, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

9. À vista do exposto, pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e de uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça⁴⁰.

Em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais – efetividade e segurança jurídica – visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo.

Observe-se, finalmente, à vista do caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso.

de que *law* também é direito, propondo seja adotada a fórmula “devido processo de direito”. A sugestão certamente é adequada à função do princípio. Todavia, além de a expressão estar consagrada pelo uso, não me parece esteja equivocada a tradução, em vista de que, no seu primeiro emprego no Estatuto do Rei Eduardo III (1354), como informa Kenneth Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600 (Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition)*, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 145, nota 95, fazia-se referência expressa à lei: “saunz estre mesne en respons par due proces de lei”.

39. Para a Corte Européia dos Direitos do Homem, “consoante o princípio da igualdade de armas – um dos elementos da noção mais ampla de processo equitativo –, deve ser oferecida a cada uma das partes a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições tais que não a coloquem em situação de desvantagem em relação à outra”: Assim, v.g., arestos *Dombo Beheer B.V vs. Países-Baixos*, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33, *Bulut v. Áustria*, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, *Foucher vs. França*, de 17.3.1997, § 34, *Kuopila vs. Finlândia*, de 27.4.2000, apud Silvio Marcus-Helmons, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)*, in *Le procès équitable*, cit., p. 68.

40. Detecta o problema, insere-o na perspectiva constitucional e o resolve nos termos enunciados no texto Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 734-736.



XXI

O PROCESSO CIVIL COMO FENÔMENO CULTURAL NA PERSPECTIVA DO FORMALISMO-VALORATIVO

Pedro Luiz Pozza

Doutorando em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Juiz de Direito no Rio Grande do Sul e Professor da Escola Superior da Magistratura da AJURIS.

RESUMO: O artigo dedica especial atenção à realização do direito material, para o que o processo, fenômeno cultural, é instrumento imprescindível. Não aborda, todavia, uma visão tradicional, mas trata de uma nova visão do processo, a do formalismo-valorativo.

RIASSUNTO: L'articolo dedica speciale attenzione alla realizzazione del diritto materiale, da cui il proceso, fenomeno culturale, è istrumento

imprescindibile. Non aborda, tuttavia, una visione tradizionale, però una nuova visione del processo, la del "formalismo-valorativo".

PALAVRAS-CHAVE: Processo civil, Direito Material, Fenômeno Cultural, Formalismo-Valorativo

PAROLE-CHIAVE: Processo Civile, Diritto Materiale, Fenomeno Culturale, Formalismo-Valorativo.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O processo civil como fenômeno cultural – 3. A técnica processual como meio de realização de valores – 4. O processo civil na perspectiva do formalismo valorativo – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Problema delicado, que tem sobremaneira ocupado a atenção dos processualistas, diz respeito à adequada concretização do direito material e dos valores constitucionais, para o que o processo é imprescindível.

Questão nada fácil, considerando a atual situação em que se encontra o Poder Judiciário, e o próprio Brasil, que adota, na maioria das vezes, um formalismo de conteúdo negativo como meio para atender à quantidade de demandas que aportam diariamente às portas do Judiciário.

O presente ensaio pretende abordar, sem esgotar a matéria, uma nova visão do processo, a do formalismo-valorativo, que vê aquele como instrumento impregnado de valores fundamentais e de ética com conteúdo próprio, sem, todavia, deixar de nele reconhecer sua estrutura técnica.

2. O PROCESSO CIVIL COMO FENÔMENO CULTURAL

O direito é produto do fenômeno cultural e o processo é reflexo desta cultura, que após tantas marchas e contramarchas,¹ tornou-se instrumento de garantia do cidadão para a satisfação do seu direito material que afirma existir. E a realização desses direitos, imbuídos de valores que estruturam a vida jurídica de uma sociedade, depende da eleição de meios capazes de atingir suas finalidades em um espaço de tempo razoável.

A partir desses elementos, vê-se que o direito está umbilicalmente ligado com a realidade social e as experiências vivenciadas pelo homem. O direito, portanto, está intimamente conectado com a cultura de um povo. Aliás, afirma Castanheira Neves que o “direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana (...) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim a necessidade ou a indisponibilidade de toda a cultura – não é ‘descoberto’ em termos da objectividade essencial pela ‘razão teórica’ e no domínio da filosofia especulativa ou teórica, é constituído por exigências humano-sociais particulares explicitadas pela ‘razão prática’ e imputado à responsabilidade poiética da filosofia prática”.² Isto é, a experiência pragmática que compõe a cultura de um povo é “considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade”, como bem definiu Galeno Lacerda.³

Aliás, já na Idade Média o direito era formado pelos costumes, ou seja, era fruto da cultura da época, conforme Paolo Grossi, para quem “o costume era uma lei em potência e a lei era o costume certificado e sistematizado; um e outra em contínua osmose”.⁴

Salienta, ademais, Miguel Reale, fundado em Rickert, que “Direito, Moral, Religião, Economia, Arte são todas as expressões do mundo da Cultura, representam conjuntos de bens que estabelecem a ligação tão desejada entre a Natureza

1. Nesse sentido ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 83.
2. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 47, *apud* Daniel Mitidiero. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 12.
3. Processo e Cultura. In: *Revista de Direito Processual Civil*. Ed. Saraiva, São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 75. Ver ainda RICKERT, *Ciencia Cultural y Ciencia Natural*, tradução de Manuel Morente, Madri, 1922, p. 23 e segs.
4. *El Orden Jurídico Medieval*, tradução de Francisco Tomás y Valiente e Clara Alvarez. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 103.

e os valores, entre o *ser* e o *dever ser*".⁵ Obviamente que o mundo dos valores transcende o da razão prática, o da experiência, porém esses valores estão entrelaçados, ligados aos objetos e aos fatos. Aqui a genialidade de Rickert torna-se importante, na medida em que apresenta a idéia de cultura como elo forte entre o ser e o dever ser.⁶ Vale dizer, como bem lembra o filósofo Heimsoeth, não mais podem existir dois mundos sem comunicação entre si, pois ficariam existindo um diante do outro; um deles abstrato e ideal, o outro real e concreto, apenas relacionados pelo fato de um se achar abrangido dentro do outro.⁷

Nesta necessária interdisciplinaridade, entre filosofia e direito (certamente outras ciências participam do fenômeno), pode-se ter presente a noção de que Direito efetivamente é produto da cultura do homem, razão pela qual imperativo o abandono da inadequada concepção de processo idealizada na Idade Moderna, período em que a intenção foi a de tecnicizar o direito, tornando-o puramente técnico e alheio a valores na sua operacionalidade.

A propósito, bem ressaltado por Giovanni Tarello, com a total desvinculação entre os direito material e processual, a pretensão foi de tornar os operadores do direito "escravos do poder"⁸, a despeito de por muito tempo ter-se acreditado que o processo era instrumento destinado à realização do direito material, sem qualquer influência do Estado ou do Poder, diante da imparcialidade e da neutralidade. Como pondera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira "a concepção que se tinha da ciência processual, na primeira metade deste século, como bem mostra Vittorio Denti (Processo Civile e Giustizia Sociale, Milano, 1971, Ed. Di Comunità, p. 17 e segs.), era a de que deveria estar afastada do meio social, voltada para a elaboração de princípios e categorias dotados de intrínseca validade. Daí enorme desenvolvimento de conceitos como jurisdição, ação, coisa julgada, ato processual, procedimento, lide, questão, etc. Porém, destaca com agudeza Vittorio Denti (*op. et loc. cit.*), em realidade a neutralidade dessa construção era apenas aparente, correspondendo à ideologia conservadora da qual a ciência jurídica havia extraído os seus princípios informadores".⁹

Em meados do século XIX, Wach e Chiovenda, respectivamente na Alemanha e na Itália, afirmaram a autonomia da ação em relação ao direito material,

5. *Fundamentos do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 179.

6. REALE, Miguel. *op. cit.*, p. 178.

7. HEIMSOETH, Heinz. *A Filosofia no Século XX*, tradução do Prof. Cabral de Moncada, São Paulo: 1938, p. 28, *apud* Miguel Reale. *op. cit.*, p. 178.

8. *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1976, p. 219.

9. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 33, mar. 1985, p. 79.

sob o fundamento de que a ação, conquanto dirigida à tutela do direito material, reclama a autoridade do Estado e busca a observância do ordenamento jurídico. Neste método científico, a pretensão da racionalidade teórica ou positivista era justamente afastar a problemática em torno da ‘justiça’ e impor uma norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, consoante a ideologia do Estado.

Este novo paradigma para a ciência jurídica, estruturado pelo iluminismo-racionalismo, afastou a visão privatística do processo, vigente no período do direito romano, época em que o processo tinha natureza de negócio jurídico de direito privado, cujo início dependia de prévio consenso das partes envolvidas. Além de o processo ser entendido como mera seqüência de atos destinados à aplicação do direito, o Estado não intervinha na esfera privada e tampouco sujeitava os litigantes à sua decisão.

A modificação na natureza do direito processual não exclui, no entanto, a iniciativa do processo pelas partes, assim como sua efetiva participação na solução do litígio. O novo paradigma de processo apenas atribui ao Estado a jurisdição e a tarefa de buscar a solução da lide, à qual as partes devem submeter-se.

A mais significativa e importante tentativa de explicar a natureza pública do processo deve-se a Oskar Bülow, que teorizou a idéia de processo como relação jurídica, para afastar sua noção como mero procedimento destinado apenas à aplicação da lei ao caso particular, e afirmar que se trata o processo de instrumento por meio do qual o poder estatal exerce seu poder jurisdicional.

É sabido que a idéia de processo como relação jurídica já era conhecida no direito medieval. No entanto, foi a teoria de Bülow que a sistematizou com caráter de natureza pública, atribuindo-lhe pressupostos e princípios próprios. A conclusão pela natureza pública do processo resultou do exame das exceções dilatórias, quando percebeu que os vícios processuais nada têm a ver com o direito material. Vale dizer: concluiu que o vício reconhecido no processo não contamina ou atinge a relação de direito material.

A despeito dessa conclusão, a teoria de Bülow foi criticada, pois ainda que diferenciada da relação jurídica de natureza privada, a relação jurídica foi conceituada como abstrata, conforme modelo pandectista.

Com efeito, conceituar o processo como relação jurídica de natureza pública e abstrata retoma a aporia encontrada nos sistemas francês e alemão em que a neutralidade do direito ignorava os verdadeiros anseios da sociedade, em especial os interesses das partes, e com isso a ‘justiça’ anteriormente mencionada, com o escopo de camuflar ou realmente ocultar a verdadeira intenção do Estado.

Aliás, como bem lembra Daniel Mitidiero, a neutralidade do conceito de relação jurídica é o bastante para esconder qualquer vontade do Estado. E o Estado, por sua vez, jamais será neutro, pois tem projetos a ser realizados a partir de seus valores.¹⁰

A crítica à teoria da relação jurídica deve ser compreendida de acordo com o seu momento histórico, obviamente. É inquestionável que o Direito, produto do fenômeno cultural, sofre o influxo dos movimentos históricos, já que voltado a regular as relações sociais. E o processo, por sua vez, que também acompanha as alterações histórico-sociais, passou a ser visto como instrumento da ciência jurídica, cujo escopo é realizar o direito material e alcançar a paz social. Portanto, o processo não pode mais ser visto como de índole puramente técnico, infenso a valores que permeiam a sociedade, mas como instituto que tem como fim último a harmonia e paz social, e com isso manter uma ordem jurídica justa.

3. A TÉCNICA PROCESSUAL COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DE VALORES

Esta visão teleológica, afirmada ao longo do tempo, confere ao processo caráter de instituição, e como tal exige reflexões acerca dos escopos do sistema processual. Nesse aspecto, Cândido Rangel Dinamarco, na obra em que dedicou ao tema, afirma que o processo civil vive um terceiro momento metodológico: a “consciência da *instrumentalidade*”.¹¹ Não só isso. Chamou a atenção para a problemática do escopo da jurisdição, situação freqüentemente descurada pela doutrina, na medida em que conceituar o processo como instrumento é extremamente vago e quase nada acrescenta ao seu conhecimento, se não for indicada a sua finalidade. Vale dizer: o direito processual e o processo como instrumento possuem objetivos a serem alcançados. O processo como instrumento é meio, e como tal só se legitima se alcançar os fins a que se destina, quais sejam: realizar o direito material e manter a ordem jurídica por meio da pacificação social. Desta forma, Dinamarco assevera que o “raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos *propósitos* norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam. Assim é que se poderá conferir um conteúdo substancial a essa usual assertiva da doutrina, mediante a investigação do escopo, ou escopos em razão dos quais toda ordem jurídica inclui um sistema processual”.¹²

10. MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 141-145.

11. DINAMARCO, Cândido. *A Instrumentalidade do Processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22.

12. *Idem*, p. 181.

Apontada problemática deve ser enfrentada e resolvida para que se possa apreciar qualquer espécie de técnica processual, pois esta é “a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados. Toda técnica, por isso, é eminentemente instrumental, no sentido de que só se justifica em razão da existência de alguma finalidade a cumprir e de que deve ser instituída e praticada com vistas à plena consecução da finalidade. Daí a idéia de que todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados”.¹³

É inegável que o caráter instrumental do processo fundamenta-se em tutelar adequadamente os direitos daquele que mereça tutela e, por isso, deve ser sistematizado conforme as mais variadas exigências do direito material. Obviamente que o legislador processual não poderá prever todos os casos particulares (pois a vida é dinâmica), mas deverá estruturar o processo de modo a possibilitar sua adequação ao caso concreto apresentado.¹⁴

O processo, na sua real “condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais”.¹⁵

A questão passa pela polêmica acerca da “ação” processual e sua autonomia em relação ao direito substancial, de cuja história, a despeito das marchas e contramarchas, infere-se um ciclo de evolução, como bem coloca Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.¹⁶

Veja-se que a nova forma de pensar o processo dissocia-se por completo da que vigeu no período clássico, no qual a principal finalidade do Estado Liberal era garantir a liberdade dos cidadãos, delimitando seus poderes intervencionistas na esfera jurídica particular. Em face da então igualdade formal, as distintas po-

13. Idem, op. Cit., p. 273/274

14. Nesse sentido ressalta Luiz Guilherme Marinoni que “o processo deve ser estruturado de acordo com as necessidades do direito material, além de ter que ser compreendido, pelo juiz, como instrumento capaz de dar proteção às situações carentes de tutela”; além disso, afirma que “a idéia de adequação do processo ao direito material exige, em um primeiro momento, que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos (...)”. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

15. Alvaro de Oliveira. Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73-6 e 83-4.

16. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre: n° 75, p. 123, set. 1999.

sições ocupadas pelos cidadãos eram desconsideradas pela lei, a qual deveria ser “clarividente e cega” ao mesmo tempo, conforme Montesquieu.¹⁷

Além disso, o tratamento igualitário conferido pela lei impedia que o Estado-Juiz interpretasse a lei conforme a realidade social, sob pena de se viver em sociedade sem saber quais os compromissos nela assumidos, consoante Montesquieu. Não fosse só isso, definir o juiz como “a boca da lei” era a garantia de um julgamento conforme o “texto exato da lei”¹⁸, certificando, assim, a liberdade política e a segurança do indivíduo.

Conseqüência lógica dessa postura individualista do processo é que a sentença apenas declarava o texto da lei, afirmando, desta forma, a vontade do legislador. No entanto, não apenas a atividade normativa do juiz foi retirada, mas também os atos de império foram coibidos, impedindo-se que às suas decisões fosse atribuída eficácia executiva, e, com isso, ficaria afastada qualquer atividade opressora por parte do Estado-Juiz.

Dirigido à defesa da liberdade individual em relação ao Estado, o direito liberal-clássico refletia a “ideologia liberal da intangibilidade da vontade humana”¹⁹, especialmente porque o Estado “não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais”. Por conseguinte, toda e qualquer intromissão do Estado junto aos cidadãos era tida como uma interferência indevida.²⁰

Considerando tais concepções privatísticas, “as formas do processo sempre foram vistas como ‘garantia das liberdades’. Tal relação foi posta às claras por Vittorio Denti, ao advertir que a antiga concepção burocrática da função jurisdicional, marcada pela excessiva racionalização do exercício dos poderes do juiz, foi a responsável pela idéia de criar um modelo único de procedimento”.²¹

Em assim sendo, como o processo era apenas uma forma tipificada para declarar o que previamente constava na lei, a sentença era vista como meio processual abstrato em relação ao direito material.

17. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

18. MONTESQUIEU. *op. cit.*, p. 158.

19. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. *cit.*, p. 40.

20. *Idem*, *op.cit.*, p. 40.

21. DENTI, Vittorio. Il processo di cognizione nella storia delle riforme, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1993, p. 808, *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, *cit.*, p. 43.

A caracterização do direito processual civil como adjetivo, cuja existência ligava-se ao direito substancial, apresentava uma metodologia sincrética destituída de qualquer conteúdo axiológico.²²

Aliás, esse sincretismo foi responsável pela polêmica confusão entre os planos substancial e processual, que, como referimos, começou a perder força a partir da segunda metade do século XIX, quando o direito processual passou ser visto como ciência e não mais como mero conhecimento empírico, “sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-se com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório)”.²³

4. O PROCESSO CIVIL NA VISÃO DO FORMALISMO-VALORATIVO

A racionalidade positivista, que identificava a autonomia da ciência processual e a limitava à feição estritamente técnica, foi, aos poucos, portanto, sendo substituída por um movimento cultural que culminou no formalismo processual, cujo principal escopo jurídico é concretizar, em sentido amplo, os valores constitucionais. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira bem definiu o conceito de formalismo como sendo aquele que abarca “a totalidade formal do processo, compreendendo

22. Nesse sentido, leia-se clássica crítica de Galeno Lacerda: “erro arraigado, cometido até por autores de tomo, consiste em definir o direito processual como direito adjetivo, ou como direito formal. O primeiro, de impropriedade manifesta, legou-nos Bentham. Tão impróprio é definir o arado como adjetivo da terra, o piano como adjetivo da música, quanto o processo como adjetivo do direito em função do qual ele atua. Instrumento não constitui qualidade da matéria que modela, mas ente ontologicamente distinto, embora a esta vinculado por um nexo de finalidade. Se não é qualidade, também não será forma, conceito que pressupõe a mesma e, no caso, inexistente integração ontológica com a matéria. A toda evidência, processo não significa forma do direito material. Aqui, o erro provém de indevida aplicação aos dois ramos do direito das noções metafísicas de matéria e forma, como conceitos complementares. Definidas as normas fundamentais, reguladoras das relações jurídicas, com direito material, ao direito disciplinador do processo outra classificação não restaria senão a de formal. O paralelo se revela primário em seu simplismo sofisticado. O direito material há de regular as formas próprias que substanciam e especificam os atos jurídicos materiais, ao passo que o direito processual, como instrumento de definição e realização daquele em concreto, há de disciplinar, também, as formas que substanciam e especificam os atos jurídicos processuais. Em suma, a antítese não é direito material – direito formal e sim, direito material – direito instrumental. Isto porque instrumento, como ente *a se*, possui matéria e formas próprias, independentes da matéria e da forma da realidade jurídica, dita material, sobre a qual opera”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. I, p. 23-24).

23. Dinamarco, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editora, 2004, v. I, p. 255.

não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais. A forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento. O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”.²⁴ A propósito, “Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário”.²⁵

Por outro lado, não cuida apenas de diretrizes destinadas a organizar ou manter a ordem processual, mas também se destina a orientar a atividade do juiz, assim como disciplinar o seu poder, o que garante o desejável equilíbrio entre as partes e o poder estatal.²⁶

Assentadas essas premissas, impõe-se ressaltar que o processo não é apenas um instrumento. Cuida-se de um instrumento impregnado de valores fundamentais e de ética que demonstram valor próprio, sem, contudo, obviamente, deixar de reconhecer sua estrutura técnica. Como bem define Dinamarco, “visto por essa perspectiva integrada, o processo deixa de ser considerado mero instrumento técnico para a realização do direito material. Dizia-se que a missão do juiz seria a efetivação das leis substanciais, não lhe competindo o juízo do bem ou do mal, do justo ou do injusto. Sentenças injustas seriam o fruto de leis injustas e a responsabilidade por essa injustiça seria do legislador, não do juiz. Mas o juiz moderno tem solene compromisso com a justiça. Não só deve participar adequadamente das atividades processuais, endereçando-as à do processo como mera técnica instrumentalmente conexas ao direito material. Ele é uma técnica, sim, mas técnica que deve ser informada pelos objetivos e ideologias revelados na ciência processual

24. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 6/7.

25. O fenômeno foi assinalado corretamente por Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, v. 3. Aalen: Scientia Verlag, 1968, § 50, p. 25-26 (reprodução inalterada da 5 ed. de Leipzig de 1906), *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 137, p. 8, jun. 2006.

26. Nesse sentido, leia-se no esclarecedor texto de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo, cit., p. 8 e segs.

e levada a efeito com vista à efetivação do valor justo. Conjuntamente com o próprio direito substancial, descoberta de fatos relevantes e correta interpretação da lei, como ainda (e principalmente) buscando oferecer às partes a solução que realmente realize o escopo de fazer justiça. Eis por que a doutrina atual considera pobre e insuficiente a indicação de que o processo é instrumentalmente conexo ao supremo objetivo de pacificar com justiça”.²⁷

Como se vê, a imprescindibilidade do direito material para o direito processual não significa a adoção de um único procedimento, como preconizado pela escola sistemática. À toda evidência, a atividade jurisdicional, girando em torno do direito material, demonstra a existência de dois planos, salvo alguns casos que independem da incidência do suporte fático. Aliás, diferente não poderia ser, pois a razão essencial do processo é realizar o direito material à luz da realidade social. Isso porque, como já ressaltado, o direito como ciência cultural não é direito sem se manifestar na prática e como prática, motivo pelo qual o que está apenas na lei ou no papel não passa de palavras vazias, destituídas de valor se não realizar a vida, o próprio direito.²⁸

Então, da conquistada autonomia do processo não se infere seu isolamento, tampouco significa “sinônimo de neutralidade ou indiferença” ao direito material e aos valores sociais. “A pretendida “neutralidade do juiz” – que na verdade é um problema falso, pois o que pode e deve importar é a imparcialidade -, pode ser pensada na mesma dimensão do problema da “neutralidade do processo”. Na realidade, as confusões entre autonomia e neutralidade do processo e imparcialidade e neutralidade do juiz não são tão inocentes assim, pois ambas têm a não elogiável intenção de afastar do Poder Judiciário algo que é fundamental para a aplicação da justiça ao caso concreto. Nem o juiz nem o processo podem ser neutros”.²⁹

A indesejável passividade do juiz na apreciação da verdade, conforme experiência evidenciada pela concepção clássica, não se pode manter diante do novo ideário democrático concernente à reconstitucionalização dos direitos e garantias individuais. Como bem pondera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social”.³⁰

27. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, p. 60/61.

28. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e Processo de Conhecimento. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. cit., p. 244.

29. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. cit., p.56.

30. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. cit. p. 15.

O formalismo, deste modo, como fenômeno cultural, não se confunde com técnica, já que esta é totalmente destituída de conteúdo axiológico, mas concerne organizar um processo justo e alcançar, em tempo razoável, a prestação jurisdicional. Em função desta nova visão, deve-se a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira o novo conceito: formalismo-valorativo no processo civil, no sentido de que o processo não mais pode ser pensado sem examinarmos os fins a que ele se destina: a tutela do direito material e a harmonia social. Mas não é só isso. Não basta tutelar os interesses das partes: a prestação jurisdicional deve ser efetiva e segura. Como bem coloca o ilustre processualista gaúcho, “a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). Os dois primeiros estão vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles”. E conclui: “a efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades, servindo também para orientar o juiz na aplicação das regras e princípios”.³¹

Esta fecunda produção científica, formadora de uma verdadeira corrente de pensamento no âmbito do direito processual, chamada escola da efetividade do processo, encontrou em Franz Klein seu principal idealizador e defensor.

Com o intuito de fulminar de forma barata e simplificada o mal social (“sozial Übel”), o eminente jurista austríaco traz a relevo os princípios da oralidade, da publicidade e da livre valoração da prova como meios ou técnicas para alcançar, com efetividade, o bem-estar social. Para tanto, indispensável a maior participação do juiz, especialmente na investigação dos fatos, com escopo de auxiliar e suprir as incompletudes nos pedidos e alegações formulados pelas partes, deixando de lado sua velha função de mero fiscalizador e observador do processo.³²

O processo é procedimento em contraditório, como afirmado por Elio Fazzalari, e permeado por valores sociais que determinam que o juiz ultrapasse a “posição de mero árbitro fiscalizador da observância das ‘regras do jogo’”, para alcançar status de ativo participante com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante. Por isso, Klein reputa o processo como instituto destinado a promover o bem estar coletivo, considerando-o

31. É bom lembrar que Alvaro de Oliveira foi o primeiro processualista a acrescentar o valor segurança na conformação do processo (O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. cit. p. 13).

32. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 90, p. 58, jun. 2003.

principalmente como fenômeno social de massa. Seria um erro, pondera Klein, pensar que a inatividade do juiz e a atividade exclusiva das partes constituiriam no processo a última conclusão de toda a sapiência humana”.³³

Disso resulta que com a nova perspectiva do processo, após o desenvolvimento da ciência processual, impõe-se a exigência de mecanismos capazes de realizar o direito material dentro da nova ordem jurídica constitucional e, com isso, manter o ordenamento jurídico e a autoridade do Estado. Cuida-se do direito processual civil aplicado.

Surge aí a técnica processual, com a tarefa primordial de concretizar as finalidades a que se destinou o instrumento processual. Compete à técnica formar a síntese entre o sistema e a forma.³⁴ Impõe ressaltar que a técnica não pode ser confundida com o direito, muito menos com os valores que o informam, na medida em que este é a positivação do poder, ao passo que aquela constitui um mecanismo para executar os imperativos normativos do direito.

Desta forma, tais técnicas processuais objetivam atalhar os caminhos do procedimento ordinário, a fim de obter a tempestividade da tutela, e, com isso, permitir uma atuação judicial mais efetiva, já que atendem à realidade de maneira mais célere. É dizer: colocar a técnica de modo a concretizar o direito material, com a máxima cooperação das partes, bem como do próprio juiz, de forma que a regulação contenha apenas o indispensável para uma condução do feito.³⁵

Nascem, assim, as tutelas diferenciadas, com resultado da ineficácia das tutelas tradicionais em unir a efetividade com a celeridade sem violar princípios constitucionais conformadores do processo. A visão externa deste cede espaço para uma visão de um mecanismo interno, no sentido de integrar os direitos material e processual e, com isso, prestar uma tutela mais efetiva e justa.

Obviamente que não se pode pensar em uma tutela diferenciada para cada direito existente, o que seria impossível e inaceitável, mas é, sem dúvida, função da tutela jurisdicional diferenciada a de adequação do sistema jurídico ao caso concreto para uma prestação mais célere.

33. KLEIN, Franz. *Zeit und Geistesströmungen in Prozess*, in Reden, Vorträge, Aufsätze, Wien, Manz, 1927, p. 126/134, *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. cit., p. 58.

34. HAESAERT, J. *Théorie générale du droit*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1948, p. 454, *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. cit., p. 125.

35. TROLLER, Alois. *Formalismos*, cit., p. 99, *apud* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. cit., p. 126.

De tal sorte, como já antes mencionado, técnicas diferenciadas foram instituídas e processos tornaram-se sincréticos, de modo a evitar a morosidade na prestação jurisdicional e promover a pacificação social, verdadeiro papel do Estado.

A propósito, no que respeita à concentração dos procedimentos, ensina Marinoni: “se o Estado possui dever de proteção e, assim, dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, ele não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a à livre disposição daquele que obteve a sentença (...)”. Afirma o eminente processualista que a função do Estado não termina com a declaração do direito, como ocorria outrora, mas no atual momento histórico em que vivemos, torna-se imperativo a efetiva e concreta realização do direito declarado na sentença. “Não foi por outra razão que os arts. 461 e 461-A do CPC e o art. 84 do CDC deram ao juiz o poder de atuar de ofício, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, para estabelecer multa, alterar o seu valor, ou ainda modificar a medida executiva já instituída, libertando o juiz das amarras do legislador, mas não o deixando, como é óbvio, sem controle algum, uma vez que este passou a ser feito pela regra da proporcionalidade (...)”.³⁶

Por fim, foi justamente da necessidade de uma prestação jurisdicional mais célere, aliada à nova visão do processo civil do autor, que o sistema conferiu poderes ao juiz, para, de ofício, conceder medida executiva quando o caso particular assim o exigir, ainda que não haja previsão legal. Tal procedimento, por dispensar o processo de execução, levou ao sincretismo processual (concentração dos processos de conhecimento e de execução), técnica cada vez mais relevante diante das exigências do direito material. Note-se que as regras que conferem ao juiz esse poder de conceder tutela antecipatória no processo de conhecimento e medida executiva que julgar necessária, evidenciam o dever de realizar o direito fundamental, que é a prestação jurisdicional no caso concreto.

5. CONCLUSÃO

A análise efetuada permite-nos afirmar, sem sombra de dúvidas, que a nova visão do processo, a do formalismo-valorativo, veio para ficar, haja vista que ela privilegia os valores fundamentais resguardados pela Constituição.

Vale dizer: considerando-se as circunstâncias específicas do caso concreto no momento da prestação jurisdicional, o formalismo-valorativo permite alcançar o desejado processo justo.

36. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. cit. p. 123.

6. BIBLIOGRAFIA

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 75, p. 120/135, set. 1999.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 98, p. 7/32, jun. 2005.

_____. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista do Processo*, São Paulo, nº 137, p. 7/31, jun. 2006.

_____. Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 90, p. 55/84, jun. 2003.

_____. Procedimento e Ideologia no Direito Brasileiro Atual. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, nº 33, p. 79/85, mar. 1985.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSSI, Paolo. *El Orden Jurídico Medieval*, tradução de Francisco Tomás y Valiente e Clara Alvarez. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. VIII, t. I.

_____. Processo e Cultura. *Revista de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. III, p. 74/86.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

TARELLO, Giovanni, *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bolonha: Il Mulino, 1976.

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	Maurício 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	Mariálva de Castro Calabrich Schlaking	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	Laurício Alves Carvalho Pedrosa	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges	04.05.2007
163	Flávia 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 Cristine 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
171	Deivid Carvalho Lorenzo	Pesquisas Genéticas Com Células – Tronco Embrionarias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Profª. Dra. Mônica Neves Aguiar	27/9/2007
172	Emmanuela Vilar Lins	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: Como Condição, Como Característica, Como Princípio Bioético-Jurídico	Profª. Dra. Mônica Neves Aguiar	27/9/2007
173	Patrícia da Costa Santana	A Ponderação na Colisão entre os Princípios da Proteção das Manifestações Culturais Religiosas de Matriz Africana e o da Proteção aos Animais	Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia	28/9/2007
174	Renata Figueiredo Brandão	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia	1/10/2007
175	João Alves de Almeida Neto	Consórcio de Empregadores no Ordenamento Brasileiro: Aplicabilidade e Disciplina de Direito Material no Âmbito Urbano	Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho	11/10/2007
176	Leandro Lopes Paraense	Redefinição da Propriedade Como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho	11/10/2007
177	Paula Sarno Braga	Aplicação do Devido Processo Legal as Relações Jurídicas Particulares	Prof. Dr. Fredie Didier Jr.	22/10/2007
178	Cristiano Miranda de Santana	Anencefalia e o Direito à Vida	Prof. Edvaldo Pereira de Brito	7/12/2007
179	Juvenal José Duarte Neto	Súmula Vinculante Como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Prof. Dirley da Cunha Júnior	20/12/2007

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