

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

Homenagem ao Prof. Orlando Gomes



Nº 16 • Ano: 2008.1
Salvador – Bahia

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

Conselho Editorial Administrativo

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, 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), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marioni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Paulo Cesar Santos Bezerra (UUU); Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Volnei Garrafa (UNB).

Conselho Editorial Consultivo Internacional

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

QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO ATÉ JUNHO DE 2008

COLEGIADO DO CURSO – 2008

01. *Coordenadora*: Mônica Neves Aguiar da Silva
02. *Vice-Coordenador*: Paulo Roberto Lyrio Pimenta
03. *Representantes Estudantis do Mestrado*: Daniel Nicory do Prado e Bernardo Montalvão
04. *Representante Estudantil do Doutorado*: Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

PROFESSORES DO PROGRAMA – 2008

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Ana Paula Costa e Silva
(Universidade de Lisboa, professora visitante)
03. Celso Luiz Braga de Castro
04. Dirley da Cunha Júnior
05. Edilton Meireles
06. Edvaldo Pereira de Brito
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. Nelson Cerqueira
17. Paulo César Santos Bezerra
18. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
19. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
20. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
21. Saulo José Casali Bahia
22. Washington Luiz Trindade
23. Wilson Alves de Souza

LISTA GERAL DOS ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – 2008.1

01. Adilson Cunha Silva
02. Adriano de Carvalho Ahringmann
03. Agenor de Souza Santos Sampaio Neto
04. Alexandre Gentil de Corte-Real Araújo
05. Ana Carolinha F. Mascarenhas
06. Ana Maria Maciel Bittencourt Passos
07. Ana Thereza Meireles Araújo
08. Anderson George de Lima Casé
09. Bernardo Montalvão Varjão Azevedo
10. Bernardo Silva de Lima
11. Caê Matos Teixeira de Almeida
12. Carmen Lúcia Costa Brotas
13. Cláudia Albagli Nogueira
14. Cláudio dos Passos Souza
15. Daniel Azevedo Lobo
16. Daniel Nicory do Prado
17. Edval Borges Segundo
18. Elayne Leal de Oliveira
19. Elma Marília Vieira de Carvalho
20. Fábio de Oliveira Cordeiro
21. Fábio Roque da Silva Araújo
22. Fernanda Ravazzano A. Lopes
23. Flávio França Daltro
24. Flora Augusta Varela Aranha

25. Gilson Gileno de Sá Oliveira
26. Gustavo Cunha Prazeres
27. Iuri Vasconcelos Barros de Brito
28. José Reis Neto
29. Juliana Pinheiro Damasceno Santos
30. Laura Vasconcelos Neves da Silva
31. Lise Nery Mota
32. Luana Paixão Dantas do Rosário
33. Lucas Rego Silva Rodrigues
34. Luciana Moura Araújo Pontes
35. Ludmila Viana Leal
36. Marcos de Aguiar Vilas Boas
37. Matheus Barreto Gomes
38. Matheus Ferreira Bezerra
39. Maurício de Melo Teixeira Branco
40. Maurício Requião de Sant'ana
41. Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz
42. Nadialice F. de Souza
43. Nestor Nêrton Fernandes Távola
44. Nicolai Trindade Mascarenhas
45. Osmir Antonio Globkekner
46. Pedro Germano dos Anjos
47. Rafael Santos de Oliveira
48. Renato da Costa Lino de Góes Barros
49. Roberto Lima Figueiredo
50. Roseli Rego Santos
51. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar
52. Sabrina Dourado França Andrade
53. Samuel Santana Vida
54. Taciana Palmeira Andrade
55. Tagore Trajano de Almeida Silva
56. Tangre Paranhos Leite Oliveira
57. Tércio Roberto Peixoto Souza
58. Thaís Bandeira Oliveira
59. Tiago Batista Freitas
60. Urbano Félix do Bomfim Neto
61. Valnei Mota Alves de Souza
62. Vanessa Lima Bacilieri
63. Vanessa Vieira Pessanha
64. Vicente da Cunha Passos Júnior
65. Victor Insali
66. Vinicius Cardona Franca

LISTA DOS ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2008.1

01. Antonio Adonias Aguiar Bastos
02. César de Faria Júnior
03. Deraldo Dias de Moraes
04. Fabio Periandro de Almeida Hirsch
05. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
06. Jackson Chaves de Azevedo
07. Johnson Barbosa Nogueira
08. Leonardo Touchetto Pauperio
09. Marco Aurélio de Castro Júnior
10. Maria Elisa Villas-Boas P. de Lemos
11. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
12. Ricardo Maurício Freire Soares
13. Sebastián B. De Albuquerque Mello
14. Yuri Carneiro Coelho

SUMÁRIO

Homenagem ao Prof. Orlando Gomes – Apresentação	11
Orlando Gomes, mestre de vida de todos nós	11
<i>Edvaldo Brito</i>	
Oração de paraninfo – Aos bacharéis de 1940	17
<i>Prof. Dr. Orlando Gomes</i>	
A intolerância	19
O oportunismo	23
Artigo do Corpo Docente	
I MORTE ENCEFÁLICA E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS	29
<i>Edilton Meireles</i>	
1. Introdução	29
2. Regras Gerais	30
2.1. Da Disposição Gratuitade	30
2.2. Da Finalidade	31
3. Espécies de Doações	31
3.1. Doação Após a Morte	32
3.1.1. Da Morte	32
3.1.2. A Vontade	39
3.2. Doação em Vida	41
4. Receptor	43
4.1. Lista de Receptores	44
5. Bibliografia	45
II POR UMA DOGMÁTICA PÓS-MODERNA	47
<i>Heron José de Santana Gordilho</i>	
1. Introdução	48
2. As origens do pensamento dogmático	49
3. O mito da neutralidade axiológica no direito.....	52
4. Hermenêutica jurídica Pós-moderna.....	53
5. Conclusões	58
6. Referências.....	60
III ORLANDO GOMESE A PÓS-GRADUAÇÃO NA FDUFBA	63
<i>Johnson Nogueira</i>	
IV SINGULARIDADES DO PESQUISADOR DO DIREITO	71
<i>Mário Figueiredo Barbosa</i>	

Artigos do Corpo Discente

V LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM DIREITO AMBIENTAL	79
<i>Francisco Bertino de Carvalho</i>	
1. Introdução	79
2. O Estado e a legalidade estrita	80
3. O Estado e o meio ambiente – evolução recente	81
4. O direito ambiental e a legalidade estrita	86
5. O direito ambiental e a discricionariedade administrativa	88
6. Limites de atuação discricionária em direito ambiental	91
7. A interpretação na construção das normas individuais e concretas	101
8. A interpretação no direito ambiental	105
9. Conclusão	107
10.Referências	108
VI A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR	115
<i>Ricardo Maurício Freire Soares</i>	
1. A sociedade de consumo e o código brasileiro de defesa do consumidor	116
2. A nova visão do contrato na sociedade de consumo	117
3. O código brasileiro de defesa do consumidor como discurso principiológico	120
4. O princípio constitucional de defesa do consumidor no sistema jurídico brasileiro	122
5. A principiologia consumerista como norte hermenêutico do código brasileiro de defesa do consumidor	125
6. Notas conclusivas: a interpretação principiológica e a efetividade dos direitos fundamentais do consumidor	126
7. Referências	127
VII AS REPERCUSSÕES JURÍDICO-PENAIIS DA EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO	129
<i>Tarsis Barreto Oliveira</i>	
1. Introdução	129
2. Eutanásia ativa, eutanásia passiva e suicídio assistido	130
3. Eutanásia, distanásia e ortotanásia	131
4. Enquadramento penal da eutanásia	132
5. A eutanásia passiva e a “pendente resvaladiça”	136
6. Argumentos favoráveis à eutanásia	141
7. Argumentos contrários à eutanásia	142
8. Os “doutores-morte” e os pacientes terminais	143
9. Conclusão	145
10.Referências	146
11.Consulta bibliográfica	147
VIII DISCIPLINA JURÍDICO EMBRIÃO EXTRACORPÓREO	151
<i>Ana Thereza Meirelles Araújo</i>	
1. Introdução	152
2. A fertilização artificial	153
3. A tutela do embrião extracorpóreo	156

3.1. Algumas considerações sobre a fecundação <i>in vitro</i>	157
3.2. O início da vida	159
3.2.1. A proteção a partir da concepção	161
3.2.2. A proteção condicionada a fatores fisiológicos (ou desenvolvimentistas).....	162
3.2.3. A proteção enquanto potencialidade	163
3.3. A sistematização do Direito Civil.....	165
3.4. O destino dos embriões excedentes	168
4. Conclusão	172
5. Referências.....	173
IX EXPERIMENTAÇÃO COM SERES HUMANOS NO BRASIL: REALIDADE OU FICÇÃO?	
Uma análise à luz da vulnerabilidade dos sujeitos de pesquisa	177
<i>Carlos Frederico Guerra Andrade</i>	
1. Introdução	177
2. Experimentação com Seres Humanos.....	178
3. Vulnerabilidade.....	180
4. Cobaia Brasileira – O Caso do Amapá	181
5. Conclusão.....	183
6. Referências.....	183
X PRECLUSÃO: UMA TÉCNICA JURÍDICA PROCESSUAL	185
<i>Edval Borges Segundo</i>	
1. Intróito.....	185
2. Técnica jurídica processual.....	186
2.1. Técnica jurídica: apresentação e importância	186
2.2. Espécies de técnica jurídica.....	188
2.3. Técnica jurídica processual	189
2.4. Simplificação da técnica e efetividade	190
3. Técnica processual e efetividade do processo	191
3.1. Processo e procedimento: distinções necessárias.....	191
3.2. Instrumentalidade, adequação, finalidade e efetividade do processo.....	194
4. Preclusão	197
4.1. Natureza jurídica e conteúdo.....	197
4.2. Espécies de preclusão.....	200
4.3. O princípio da vedação do <i>venire contra factum proprium</i> e a preclusão lógica.....	203
4.4. Preclusão <i>pro judicato</i>	204
4.5. Preclusão em matéria probatória.....	205
4.6. Perspectiva funcional da preclusão	206
5. Conclusões.....	208
6. Referências bibliográficas.....	210
XI ABUSO DO PROCESSO E ADVOCACIA PÚBLICA	213
<i>José Reis Neto</i>	
1. Introdução	213
2. Os deveres processuais de lealdade e boa-fé	215
3. Abuso do processo. Noções gerais.....	216
4. Sujeitos do abuso do processo	218

5. A fazenda pública em juízo: representação ou apresentação?	220
6. Atuação da fazenda pública em juízo e abuso do processo	223
7. Conclusão	225
8. Referências	225

**XII O MOMENTO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL
COMO MÉTODO DE PROMOÇÃO EM CARÁTER**

ESPECÍFICO DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL 227

Manuel Albuquerque Jr.

1. Introdução	227
2. Contextualização do problema	228
3. A boa-fé objetiva	231
3.1. A boa-fé objetiva processual, a proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais e o dever de não protelar o processo	234
3.1.1. Exercício inadmissível de posições jurídicas	237
4. Tutela antecipada	239
4.1. Tutela específica	240
5. A tutela antecipada como método de concretização em caráter específico da boa-fé processual na medida em que impede o exercício inadmissível de posições jurídicas	241
5.1. Hipóteses	243
6. Referências	245

XIII O MANDADO DE INJUNÇÃO DUAS DÉCADAS APÓS 247

Matheus Barreto Gomes

1. Introdução	247
2. Antecedentes históricos e concepção do <i>writ</i>	250
3. Evolução hermenêutica do mandado de injunção	253
4. Questões reflexas à adoção da teoria da resolutividade	260
4.1. Legitimidade passiva <i>ad causam</i> no mandado de injunção	260
4.2. Mandado de injunção e controle de constitucionalidade	265
4.3. O ocaso das normas constitucionais programáticas	272
5. Conclusões	277
6. Referências	277

**XIV FETOS ANENCÉFALOS: QUANTO VALE A
CHANCE DE VIVER UM INSTANTE?**

Uma questão moral e jurídica em busca de solução sob a ótica do Direito Penal 281

Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz

1. Introdução	282
2. Vida x dignidade	283
3. Anencéfalo: feto inviável	285
4. Alguns conceitos em torno da anencefalia e parâmetros importantes	286
4.1. Início da vida humana, direito à vida e proteção jurídica do nascituro	286
4.2. Conceito de morte encefálica	288
5. Aborto e fatos correlacionados	291
5.1. O aborto e suas espécies	291
5.2. O aborto no direito penal brasileiro	293

5.3. Aborto x aceleração terapêutica do parto	294
5.4. Proposta de reforma penal	294
6. Soluções penais: enquadramento dogmático	296
6.1. Bem jurídico. Estrutura do tipo penal. Atipicidade	296
6.2. Inexigibilidade de conduta diversa	299
7. Conclusão	302
8. Referências	304
XV O IMPERATIVO MORAL POR UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL	307
<i>Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho</i>	
1. Conceito de desenvolvimento	308
2. Direito “ao” desenvolvimento	310
3. Desenvolvimento sustentável e meio-ambiente	313
4. Conclusão	320
5. Referências	320
XVI A SINGULARIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PLURALISMO JUDICIAL	323
<i>Priscila Cavalcante</i>	
I. Prelúdio	323
II. Fundamentação teórica	328
1. Breve Escorço Histórico	328
1.1. A dialética na <i>pólis</i>	329
1.2. A <i>actio</i> romana	330
1.3. Do <i>iudicium</i> ao <i>processus</i>	331
2. O singular: reflexões sobre o contraditório	333
2.1. Estratégia de amplitude cognitiva e boa-fé	333
2.2. Ajustando o fiel da balança: contraditório e efetividade	336
3. O plural: contraditório e cooperação intersubjetiva	341
3.1. O contraditório como princípio	341
3.2. O princípio da cooperação e deveres decorrentes	345
III. Considerações Finais	350
IV. Referências	351
XVII VIVISSECÇÃO E DIREITO ANIMAL	357
<i>Tagore Trajano de Almeida Silva</i>	
1. Introdução	357
2. Histórico da legislação sobre o uso de animais na pesquisa	360
2.1. O controle da Vivissecção no Direito Comparado	360
2.1.1. Leis antivivisseccionistas dos EUA	360
2.1.2. O Animals (Scientific Procedures) Act Britânico	361
2.1.3. Regulação do uso de animais nos demais países europeus	361
2.1.4. Sistema disperso de legislação da Austrália e o sistema voluntário de auto-regulação do Canadá	362
2.2. Os principais aspectos da Legislação Brasileira	363
2.3. Crueldade contra os animais na Lei de Crimes Ambientais	366
2.4. Vivissecção e o Direito Penal Ambiental	368
3. Expectativa e considerações finais	371
4. Referências	371

XVIII EDUCAÇÃO E TRABALHO: DIREITOS FUNDAMENTAIS COMPLEMENTARES?	375
<i>Vanessa Vieira Pessanha</i>	
1. Introdução	375
2. Direito à Educação	376
3. Direito ao trabalho	378
4. Direito à educação e direito ao trabalho: Direitos fundamentais complementares	383
5. Considerações finais	390
6. Referências	391
Artigos de Convidados	
XIX A BIOÉTICA DA PROTEÇÃO PODE SER UMA FERRAMENTA VÁLIDA PARA RESOLVER OS PROBLEMAS MORAIS DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO?	395
<i>Fermin Roland Schramm</i>	
1. Introdução	396
2. Sentido e contexto da bioética da proteção	397
3. Como podemos entender a bioética da proteção hoje?	399
4. Extensão do campo da bioética da proteção no contexto da globalização	403
5. Considerações autocríticas finais	405
XX HABERMAS E A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	409
<i>Walber de Moura Agra</i>	
1. A Questão da Legitimidade em Jürgen Habermas	410
1.1. Noção de Razão Comunicativa	410
2. A Concepção de Direito em Habermas	412
3. Necessidade de Criação de um Espaço Público	416
4. Crítica à Teoria Sistêmica	418
5. A Diferença de Concepção da Legitimidade pelo Procedimento em Habermas e Weber ..	421
6. A Legitimidade da Jurisdição Constitucional em Habermas	424
7. Bibliografia	428
Dissertações defendidas (1980-06/2008)	431
Tese de doutorado defendida	443
Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA	445

APRESENTAÇÃO

Orlando Gomes, mestre de vida de todos nós

Edvaldo Brito

Ex-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA.

Os que convivemos, pessoalmente, com Orlando Gomes ou que lemos a sua profícua obra, recebemos a *unção* do jurista, necessária ao amor que hoje tenho pela pesquisa e pela transmissão, através da atividade de magistério, dos conhecimentos pesquisados.

Mestre de vida, impressionava àqueles que o cercávamos, no dia a dia, já pelo seu ambiente de trabalho, hoje reproduzido, fielmente, no prédio que abriga a Fundação Orlando Gomes, tal como ele o deixou no dia de sua morte repentina e inesperada: singelo e organizado gabinete do seu escritório, inicialmente, no Edifício Cidade do Salvador, na avenida Estados Unidos, no bairro da “cidade baixa” da Capital da Bahia, área urbana em que concentrava as suas atividades, tanto que ali alternava seus locais de trabalho, seja na presidência do Banco Mercantil Sergipense, depois do Nordeste, seja na presidência da Associação Comercial da Bahia. Ali, todos buscávamos, sob o seu pátio benfazejo, a orientação direta, o aconselhamento seguro e as atenções principescas.

Os que fomos seus alunos ou que convivemos na intimidade de sua família, sempre acolhedora, guardamos o melhor do seu afeto, característica maior do ser humano querido pelos menos favorecidos, o seu cabelereiro/barbeiro, o seu alfaiate “Marron”, alguns, depois, por ele amparados como servidores da Faculdade de Direito, como Pedrinho e Zé Manoel, ou seu auxiliar direto, Jovino, hoje, bacharel em Direito e competente integrante do corpo administrativo do Programa de Pós-graduação que Orlando Gomes criou – o Doutorado há mais de cinquenta anos e o Mestrado há quase trinta e cinco. Todos o amávamos como a um pai, que realmente foi de tantos quantos nele gozamos do afeto.

Assim, paternal, e não paternalista, cogitava, carinhosamente, sobre tudo que lhe era submetido à apreciação. Parainfo da nossa turma, em 1962, deu o tom da duração do discurso a que nos incumbia como orador da turma, mediante a sugestiva lembrança de que, no seu estilo conciso, ocuparia, apenas, 15 (quinze) minutos para pronunciar-se; e, cumpriu, de modo abrangente e em linguagem

verbalizada escurra, elegante, culta, que são marcas de sua inteligência, que a sua memória sábia legou-nos. Com certo esforço, nós conseguimos ficar nos 20 (vinte) minutos. Ele nos veio treinando, por todo o tempo de convivência a abandonar o *gongorismo*, desde 27.09.1959, quando, na segunda de mais de uma dezena de suas mensageiras dedicatórias nas obras que nos ofereceu, advertia-nos do improdutivo estilo literário.

Aprendemos, tanto, essa lição que a sua família, a partir do presidente da Fundação que tem o seu nome, o Dr. Marcelo Gomes, seu filho, com a participação de suas editoras (Forense, Revista dos Tribunais, dentre outras) confiaram-nos a coordenação e, por vezes, a própria elaboração da atualização da sua herança científica, de fácil adaptação ao novo texto do Código Civil, o de 2002, afinal calcado na sua produção intelectual, como o declarou Miguel Reale, presidente da Comissão que preparou o dito texto, ao informar: “o Projeto Orlando Gomes refletiu-se no espírito antiindividualista, na diretriz da socialidade, que acabou por impregnar o novo trabalho”¹.

Já se vê que é multifacetário: no trato com o próximo, sempre afetuoso; na atividade intelectual, o insuperável cultor das letras jurídicas, o cientista do Direito, o *criativo* – primou pela originalidade do estudo que oferecia sobre cada instituição, instituto, categoria e conceito jurídicos – e *prospectivo* – diferiu essa sua originalidade, projetando para o futuro o seu pensamento sobre todas essas manifestações do espírito humano, apreendidas pelo direito positivo, a ponto de estar atualizada essa sua obra, perante as palavras modificadoras do legislador e aquelas adaptadoras da jurisprudência.

Por essa atualidade que tem, *mestre* é a palavra com que se pode definir quem é Orlando Gomes, porque ele fez escola. Personalidade marcante, tem destaque natural no País, mesmo tendo sido arredo da popularidade fabricada pela publicidade custeada. Por isso o seu valor é autêntico e já faz tempo que chegou ao conhecimento de juristas, daqui e de outros países, como atestam as reiteradas citações de suas lições contidas nas três dezenas de obras e centenas de artigos técnicos que escreveu, desde “O Voto Universitário”, em 1932. São inúmeras as reedições de seus textos, ainda que, a 29 de julho de 2008, tenhamos completados 20 (vinte) anos da ocorrência de sua morte física.

Colaborou, assiduamente, para inúmeros periódicos brasileiros e estrangeiros, entre os quais a revista “Legislação e Jurisprudência Fiscal”, da Bahia; Scientia

1. cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*/ Judith Martins-Costa e Gerson Branco. – São Paulo: Saraiva, 2002, p.92.

Jurídica, de Portugal; Revista da Universidade de Tulane; Gazeta Dei Trabajo, de Buenos Aires. São alguns órgãos de divulgação de assuntos jurídicos que veiculam as opiniões abalizadas do jurista patricio.

Interessante é situar um aspecto dessa atividade de Orlando Gomos, qual seja o de sua atualização em todos os setores da vida. Para um jurista, não há melhor recomendação do que a de ter, também, a vivência do momento. E isto ele conseguiu, cumprindo tarefas diversificadas com mestria e pontualidade. Nada que tinha de ser feito no hoje, deixava para o amanhã e, com invejável capacidade de trabalho, um estilo admirável de clareza, sóbrio e inteligível, envolvido por um insuperável poder de síntese, realizou tudo que planejou. Graças a estes dotes pode vir contribuindo, há longos anos, para o desenvolvimento nacional e, particularmente, da Bahia em todas as áreas da vida social até no esporte a que emprestou o vigor de sua atuação como Presidente da Federação Bahiana de Futebol e consultor jurídico do clube de massa da boa terra, o Esporte Clube Bahia, homenageado também, em quase todas as partidas, mesmo fora do Estado, com a presença e os aplausos dessa personalidade tão respeitada que, até nessa escolha, foi felicíssimo.

Esse rápido perfil do jurista Orlando Gomes é uma súpula de sua figura que, de tão fulgurante, não comporta descrições sem o risco da omissão de traços do seu fiel esboço. E este espaço não é suficiente para a indicação de todos os seus prêmios, fruto do justo reconhecimento de sua obra; de todos os cargos através dos quais serviu à Bahia: Reitor da Universidade Federal, Presidente da Associação Comercial do Estado, Presidente do Instituto dos Advogados, do Instituto de Direito do Trabalho, do Instituto de Economia e Finanças, Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – construtor do edifício que abriga – e tantas outras atividades nas quais deixou a marca de sua genial colaboração.

Todos, em todo tempo, realçam-lhe a inexcelsível mestria, em tudo que fez na vida; enfim, se estes dotes revelam-no para a análise de todos, aos íntimos, que gozamos do seu afeto paternal, deu seu proveitoso aconselhamento, ora corrigindo comportamentos equivocados, ora aplaudindo procedimentos corretos, revelando-se, também, como a grande figura *humana* de um benfeitor que ajudou, espiritual e materialmente, muita gente. Se injustiçado e, por isso, soube justificar, perdoou – nunca lhe ouvimos uma só palavra irada sobre qualquer aspecto, por ventura desse tipo; sempre respondeu à adversidade com a tranqüilidade de um moderado que compreendia a fraqueza humana quando essa permite que a ambição ocupe o lugar do comedimento.

Mas, possível adversidade, que não seja a ser contada nos dedos de uma só mão, não teria como medrar em um meio onde somente coube vicejarem – e até

hoje – os milhões de agradecidos: estudantes universitários – seus alunos ou não – ex-alunos, discípulos, advogados, homens públicos, enfim o povo brasileiro, beneficiários, todos, de suas lições como comprovam os arrazoados que as repetem na atividade forense desse imenso País, ao qual ele vem prestando, ainda *post-mortem*, serviços como ninguém o excedeu.

E, reconhecendo esses serviços, quando nós exercemos o cargo de prefeito desta Cidade do Salvador, não titubeamos em expressar os agradecimentos da parcela, desses milhões de brasileiros, que habita este local, sua terra natal, registrando o seu ilustre nome como o de uma das mais importantes avenidas da nossa capital. Era 1979, a época de sua jubilação oficial no magistério. Integramo-nos na legião dos brasileiros agradecidos que justamente o homenagearam nesse outro jubileu, grandioso porque outorga o maior galardão que um ser humano pode ostentar e de que Orlando Gomes tanto se alegrou: o de ser professor de tantas gerações e o de ser *mestre* por unânime reconhecimento.

Nosso paraninfo da graduação no bacharelado em Direito, naquele momento do juramento, 08 de dezembro 1962, após às bênçãos da Virgem da Conceição, ouvimos não só um pronunciamento de um dos maiores cientistas do Direito, como, também, a oração rezada por um dos inexcedíveis sacerdotes da religião dos que cultuamos a “sociedade dos indivíduos” e profligamos o irindividualismo jurídico. Noviços, juramos, então, que continuaríamos aquela oração que nos vinha ensinando, e, ali, solenemente, coroava, ouvindo de nós o compromisso de lhe sermos fiéis às lições doutrinárias e morais, repetindo-as, secundando-lhe na invocação a Ruy Barbosa, de que o seu projeto de Código Civil, embora não podendo ser, a um tempo, reacionário e radical, será sempre “necessariamente monstruoso aos olhos dos radicais e dos reacionários”, porque ele não é expressão absoluta de um sistema nem vitória exclusiva de uma escola.

Contudo, por ser uma obra de transição, a dos radicais e reacionários, não demorou a voltar o seu projeto de Código a ser o único apreciado quando, à semelhança do trabalho de Teixeira de Freitas, assentou-se a poeira do passar dos contemporâneos radicais e reacionários. O futuro não erra. Naquele dia, o memorável de nossa formatura, comungamos com o pensamento, posteriormente acolhido até por leis esparsas do nosso direito civil positivo, que incorpora as suas idéias codificadas no seu projeto...; com o pensamento de que são necessários novos limites, abaixo dos atuais, à incapacidade, “sem atentar, entretanto, contra o princípio tradicional que organiza a proteção dos que não podem, devido à idade, curar corretamente dos próprios interesses”; de que o direito de família teria de ser arejado, “embora com a cautela indispensável a preservar-se a coesão do grupo familiar, a fim de que se mantenha solidamente constituído de acordo com

os valores insubstituíveis do nosso complexo cultural”; arejado para admitir, por exemplo, direitos de sucessão à companheira, ou ao filho adulterino, como, afinal, ocorreu por construção pretoriana e, tantos anos já passados pela Constituição, promulgada no ano de sua morte, ao reconhecer a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar; de que a função social da propriedade é elemento fundamental ao seu conceito jurídico, daí o absurdo da enfiteuse, instituto obsoleto, em franco desuso, embora, novamente cauteloso, o mestre Orlando limitou-se a dar caráter de transição à sua obra, propondo, apenas, a exemplo do código boliviano, a proibição de constituição de novos aforamentos; enfim, de que se teria de reconhecer, no momento em que se adota o regime de separação de bens como regra, no casamento, que o cônjuge sobrevivente tem de herdar, por não ser meeiro, especialmente se se tratasse de mulher que não exercesse profissão lucrativa ou remunerada, pois evitar-se-ia o desamparo até pela possível imprevidência do finado. Em coro, estaremos todos, os vivos desta turma de bacharéis de 1962, rezando essas orações que ele nos ensinou, comungando com os seus pensamentos que nos alimentam o espírito de juristas, vários de nós atuando no magistério, na magistratura e na advocacia, para provar-lhe o acerto de sua máxima, segundo a qual, “O Futuro Não Erra” (cf. p. 94 de seu “O Veranista – Crônicas”, Ed. Ciência Jurídica).

Enfim, qualquer homenagem a este ilustre brasileiro, ainda é insuficiente, especialmente para nós, que habitamos esta Faculdade, a “CASA DE ORLANDO GOMES”.

ORAÇÃO DE PARANINFO – AOS BACHARÉIS DE 1940

Prof. Dr. Orlando Gomes

(Cat. De Direito Civil)

A oração de paraninfo, pronunciada, na colação de grau, por um professor da simpatia ou da admiração de seus discípulos, costuma ser, ao mesmo tempo, uma previsão otimista e um aviso esclarecido sobre o futuro decisivamente orientado por este solene ato de investidura profissional.

Os que se formam em ciências jurídicas e sociais fazem-no via de regra para militar na advocacia ou na magistratura. Falar-lhes da carreira que irão seguir é aproximá-los simbolicamente de uma realidade promissora que se avizinha, acalentando esperanças estimuladas pela satisfação do triunfo obtido.

Quando, portanto, desta mesma tribuna o mestre eleito discorre sobre a função do magistrado e a missão do advogado revela que entendeu, em sua feição clássica, o papel que lhe cabe desempenhar, nesta festa do espírito e do coração.

Sempre me pareceu razoável esse modo de compreender o conteúdo e os objetivos desta alocução.

Todavia, uma orientação não deve ser aceita pela simples razão de que foi sempre seguida.

Outros tempos, outros usos.

Ainda há pouco, conselhos convencionais e sedições sobre o exercício da profissão compadeciam-se com as responsabilidades oriundas do diploma. Mas, circunstâncias de ordem diversa ampliaram-nas, sugerindo ao paraninfo que seus avisos da última hora se não devem circunscrever ao âmbito restrito da próxima atividade profissional.

No Brasil, as Faculdades de Direito não são apenas oficinas em que se cumpre o aprendizado da judicatura e da advocacia. Também são escolas onde se preparam os dirigentes do país.

Tradicionalmente, os maiores estadistas pátrios foram homens que vestiram, um dia, a beca que hoje envergais. Não se trata de um privilégio de classe, nem

há, no reconhecimento e proclamação do fato, demérito para outras carreiras. Mas, os que se formam em Direito, e para o Direito vivem, trabalham com material essencialmente político. Adquirem, por isto mesmo, uma experiência que outros não podem colher. É, pois, o próprio exercício da profissão, a própria carreira, que os projeta para os quadros governantes do Estado. Ainda que sem esta finalidade, os cursos jurídicos preparam políticos, na acepção pura do termo.

Por outro lado, nesta fase de transição revolucionária que a sociedade atravessa, os homens formados, em geral, e os bacharéis, em particular, não podem trancar-se egoisticamente na torre de marfim de uma profissão. A sua presença na sociedade, aqui como em qualquer parte do, se há de assinalar por uma atuação que ultrapasse os estreitos limites do simples exercício de atividade puramente profissional. Aquele que se conserva alheio aos acontecimentos, vivendo exclusivamente para a satisfação de seus interesses particulares, acastelado na concepção individualista de que a carta é simples meio de vida, como outro qualquer, está, evidentemente, traíndo a missão social que sua instituição superior lhe traça imperativamente.

O conselho de SÓCRATES, transmitido por PLATÃO, segundo o qual “quem combate verdadeiramente pelo que é justo, deve viver vida privada, se quiser ser salvo por pouco tempo” tem sua razão de ser nas épocas felizes em que a sociedade encontra seu ponto de equilíbrio, mas, não se justifica nos amargurados tempos em que se debate para encontra-lo. Nesse período de apreensões e incertezas, os intelectuais não podem desertar, porque não devem trair.

Si, pois, a vossa condição de homens instruídos nas coisas da sociedade e do Estado vos impões uma responsabilidade maior, perante a vossa geração e o vosso país, seria imperdoável que nessa hora particularmente grave da história da civilização, interpretasse eu este ato de suma importância como simples habilitação para o exercício de uma profissão, outrora liberal. Jamais me penitenciaria dessa ingenuidade.

A última lição que, em feliz ensejo, devo transmitir à vossa inteligência e à vossa sensibilidade, há de ser dirigida aos intelectuais esclarecidos, que integram a juventude contemporânea, a quem o destino reservou a missão de colaborar precipuamente na reconstrução da sociedade.

Muito teria que dizer, mas não quero enfraquecer, pela variedade e pela profusão, o pouco de autoridade que meus conselhos possam ter.

Não me cabe mais do que advertir e avisar. Velhas advertências e velhos avisos que se atualizaram diante do recrudescimento inesperado de velhos males da humanidade.

Dois graves perigos ameaçam mais de perto: **a intolerância; o oportunismo.** A missão dos intelectuais é combatê-los em nome da dignidade humana.

A INTOLERÂNCIA

Devastadora impiedosa ressurgiu a intolerância. Messiânicos de todas as procedências e de todos os matizes implantam, nas esquinas do planeta, sinaleira de uma só luz, conturbando os espíritos e instilando o ódio nos corações humanos.

Tamanho é o desentendimento provocado pela palavra desses iluminados anacrônicos que até homens gerados nas mesmas entranhas se desavêm e se odeiam nos lares, outrora tranqüilos. Tomados de desmedido furor destrutivo, tornaram-se devotos impenitentes da violência inglória. Povos inteiros, com o passado espiritual comum se entredevoraram e se aniquilaram, numa sangueira sem precedentes.

Uma discrepância de idéias traduzindo e mascarando divergência de interesse materiais, encoleriza e enraivece turbas, desencadeando os baixos instintos do homem e destravando os freios que a civilização, em penoso esforço construtivo impôs aos temperamentos, reprimindo a animalidade.

As sementes da ira crescem impetuosamente, prometendo uma colheita que provocará uma crise de superprodução, fatal à cultura da humanidade.

Essa intolerância, que gera o fanatismo, armado o braço homicida dos Ravallacs de todos os tempos, é um mal que se está propagando assustadoramente no mundo moderno. E, tanto mais perigoso é esse mal quanto ataca, de preferência, a juventude, irrequieta e inexperiente.

Jovens de todos os países se deixam contaminar por essa moléstia traiçoeira. Não é difícil reconhecê-los. Denunciam-se nos gestos e nas atitudes. A sua própria linguagem os trai. Vi-os, certa vez. Vinham desordenadamente de uma assembléia tumultuosa; seus gritos “acaloravam-se cada vez mais; seus olhos encarniçavam-se; seus membros tremiam; o furor desfigurava-lhes a face, e teriam morto quem quer que os houvesse contrariado”. Deliravam, presas de um destes freqüentes acessos de fanatismo, que alienam a razão.

Essa doença terrível apresenta, com efeito, uma sintomatologia inequívoca, que facilita o diagnóstico. Suas causas também são facilmente identificadas, mas, seu combate é difícil porque, sendo extremamente contagiosa, sempre se reveste de caráter epidêmico.

Quem tiver serenidade para observar, há de reconhecer que esse padecimento, de que sofre o homem contemporâneo, é conseqüência, principalmente, da generalizada incompreensão dos acontecimentos que tramam e tecem a vida social.

O homem não penetrou ainda a essência do momento histórico que está vivendo. E não se esforça por compreendê-lo porque se tem mostrado incapaz de libertar-se dos prejuízos e das prevenções que o impelem a julgar os fatos novos com critérios antiquados.

Em vez de procurar entender, reagem, mas, sem saber, com segurança, contra o que reage. Investe, às cegas, freneticamente, contra tudo e contra todos. É uma ofensiva desordenada contra o inimigo que se desconhece, que se ignora onde está, e, ao certo, não se sabe, mesmo, se existe. Não admira, assim que essas arremetidas se dirijam quase sempre, contra inofensivos moinhos de ventos. O drama de Don Quixote se produzindo num cenário cubista.

A reação assemelha-se com aqueles ingênuos trabalhadores ingleses, no movimento ludista, há mais de um século. Destruíam fanaticamente as máquinas, persuadidos de que deteriam o desenvolvimento industrial e, assim, melhorariam de sorte.

O mesmo erro e a mesma insânia cometidos por aqueles turbulentos habitantes de Paris que correram a assassinar, a degolar, a atirar pelas janelas e a despedaçar, na noite de São Bartolomeu, seus conterrâneos que não iam à missa, convencidos de que, matando protestantes acabariam com o protestantismo.

A impressão que se tem hoje dos homens é de que ninguém sabe o que faz e de que ninguém sabe o que quer.

Essa compreensão geral é tanto mais dolorosa quanto provoca e alimenta desinteligências inconciliáveis até entre os que têm as mesmas aspirações, mas não sabem exprimi-las pelas mesmas palavras.

Tamanha é a confusão que a própria linguagem, enriquecida por uma terminologia exótica, já não serve para definir e identificar convicções. Homens que se deviam solidarizar, pela afinidade eletiva do ideal, combatem-se, a ferro e fogo, sem atentar em que nem um motivo sério justifica a luta.

A meditação parece exilada dessa sociedade que se fez extremamente impressionista. Palavras abstratas, utilizadas habilmente por astutos provocadores de emoções, conduzem multidões pelos caminhos mais contraditórios.

Na substância do conflito, uma simples disparidade de métodos e processos.

Si breves análises não permitem a exata tradução do pensamento, em termos claros e correspondentes, a incapacidade de pensar favorece o primado da aparência sobre a realidade.

Tal incúria poluiu o sentido heróico da vida, porque, infelizmente, o homem moderno, que não sabe morrer por um ideal, está disposto a matar por uma palavra.

A intolerância, que floresce nesse clima, não se nutre em fundamental divergência de opiniões; alimenta-se, antes, em inexpressiva discordância verbal. Esse fanatismo vocabular é um sinal significativo dos tempos.

O triste espetáculo que a sociedade de nossos dias oferece, é o da intolerância campeando entre os homens porque, incapazes de compreender, não se entendem, disputando em vez de confraternizar.

E evidente uma doença cujo surto precisa ser debelado, para o pronto restabelecimento da saúde coletiva.

Si a humanidade não pode ser censurada, nem deve ser condenada, porque se aturdiu e descompassou com a transformação crucial que ainda se processa na estrutura da sociedade, não mais se justifica, contudo, essa reação desorientada contra acontecimentos inelutáveis, pois que, além de ineficaz, é desonrosa para a espécie.

O homem hodierno se parece com aquele infortunado feiticeiro que desencadeou forças infernais, e sucumbiu sob a sua ação, impotente para dominá-las.

A transição da era agrícola para a era industrial, perturbou os espíritos. Mas, em vez de procurar compreendê-la, para se adaptar, num reajustamento imprescindível, os homens se atemorizam e debandam, atropeladamente, exterminando-se uns aos outros. A experiência histórica já lhes devia ter instruído que a humanidade só se propõe os problemas que ela própria pode resolver como disse o filósofo.

BACON formulou uma verdade eficiente quando ensinou que só se domina a natureza obedecendo às suas leis.

Esta sentença famosa não é verdadeira apenas para o mundo físico. Os fatos sociais devem ser compreendidos do mesmo modo, e suas relações necessárias precisam ser identificadas, para que possam ser dominados, como os cientistas vencem a natureza.

Mas, para entendê-los, deve-se renunciar ao método que consiste em personificá-los, para criar responsáveis. Utilizando-se esse processo, satisfaz-se a um

desejo, muito humano, aliás, qual seja o de atribuir a pessoas a culpa dos males sociais. Jamais, porém, se conseguirá, desse modo, conhece-los em sua essência, para bem interpreta-los.

Talvez, em conseqüência do caráter profundamente radical das transformações sociais, que ainda se operam, o espírito humano tenha tido necessidade desse recuo surpreendente, com o abandono de posições conquistadas, após combates homéricos. Já é tempo, entretanto, de reconquistá-las, expulsando das relações humanas esse sentimento de feroz intolerância de que estão possuídos os homens, depois de terem conhecido a liberdade.

Contra esse mal que assalta a juventude de todos os povos, menos trabalhada por preconceitos e mais apta a compreender, é preciso reagir, pelo órgão dos seus intelectuais mais esclarecidos.

O caluniado VOLTAIRE, um dos campeões mais estrênuos na luta contra a intolerância, a que chamou de peste da alma, aconselhava que “não há outro remédio, contra essa doença contagiosa, senão o *espírito filosófico* que, progressivamente difundido, adoça, enfim, a índole dos homens, prevenindo os acessos do mal”.

Quem o possui, está vacinado. E, se vem a contrair o mal, jamais delirará na febre do fanatismo. Porque sabendo que não há certezas, não ignora, igualmente, que as razões, quase sempre, são a embalagem dos interesses, sendo natural, pois, que os que têm os mesmos interesses sejam inclinados a aceitar as mesmas razões. Não se esquece, porém, que os fatos são neutros e descoloridos. São os homens que os interpretam interesseiramente, emprestando-lhes um sentido faccioso.

Mas, si tudo é relativo, as idéias não podem ser absolutas, nem no tempo, nem no espaço.

É preciso, pois, encarar filosoficamente os fatos, duvidando metodicamente das interpretações, como queria DESCARTES. Essa dúvida, que é o apanágio do espírito filosófico, ainda que não consiga evitar um falso conceito, impede, todavia, que aquele que o elabora ou aceita se julgue detentor exclusivo da verdade, e se converta, por conseguinte, em um intolerante e em um fanático.

Nem por isto se deve transformar a vida em uma dúvida constante e permanente. Nada se construiria nesse estado de espírito. Pelo vezo muito humano de exagerar, em breve se incidiria nos excessos do idealismo de BERKELEY.

O homem precisa, apenas, de um preventivo para a intolerância, ainda que se convença que não há patentes da verdade.

A História revela, num ensinamento utilíssimo, que as concepções e os sistemas mais contraditórios prevaleceram, incontestados e aceitos, em épocas diversas. Só a perspectiva histórica permite apreciar esse fluxo e refluxo de idéias antagônicas, que confirmam o caráter dialético da humana evolução.

Aqueles que compreendem esse relativismo interpretativo podem considerar-se imunizados contra a intolerância. E como gozam de saúde, estão convocados a se dedicar à cura dos enfermos.

Para a juventude culta dos tempos presentes não há mais honrosa tarefa. De corpo e alma deve entregar-se à progressiva difusão do espírito filosófico, para que, no mundo, voltem a reinar a paz e justiça.

O OPORTUNISMO

Essa mesma incompreensão dos fatos, que facilita a intolerância, favorece, também, a volubilidade do pensamento.

Infelizmente, a hora é dos oportunistas de todos os quilates.

Os que não pensam por conta própria são propensos a variar de opinião, conforme os interesses e as conveniências dos seus fornecedores de idéias. Na realidade, não possuem uma convicção, porque não a adquiriram por esforço próprio. Impressionaram-se com algumas palavras sonoras e muitos gestos descompassados. Não percebem, pois, quando essas palavras e esses gestos deixam de significar o que significavam. A memória não os pode socorrer, porque em verdade vos digo, que não têm do que se lembrar.

Inimigos da coerência, os oportunistas não vivem para uma idéia. Não concebem os fatos, nem os interpretam, em função de um pensamento estratificado pela reflexão. Acostumados a captar o pensamento alheio e a agir sob o estímulo das palavras de ordem, sempre encontram justificativas para a conduta sinuosa que levam. Falta-lhes capacidade para reagir contra as defecções ideológicas. Não se conduzem. São conduzidos. Vão, sem resistência, pressurosos e subservientes, para todas as direções.

Mas, a inconstância do coração, como a incerteza da conduta, afetam o caráter do homem, maculando sua personalidade.

O homem deve ser igual.

O homem desigual, como o retratou, no século 17, LA BRUYERE, esse genial fotógrafo de caracteres, “não é um homem só, são diversos; multiplica-se, tantas

vezes quantas tenha novos pendores e atitudes diferentes; é, a cada momento, aquilo que não era, e vai ser daqui há pouco, aquilo que nunca foi; sucede-se a si próprio”, numa palavra.

Esse tipo curioso está se multiplicando, dia a dia. É o figurino do oportunismo; a negação da coerência.

Aparentemente, os oportunistas costumam fazer-se passar por independentes. Alardeiam, a cada instante e para toda a gente, sua emancipação intelectual, persuadidos de que iludirão aos outros, mas, também, para se enganar a eles próprios. Na realidade, não passam de servos arrogantes, de traficantes de idéias.

Tenho observado rebeldias de uma juventude falsamente libertária contra a dominação exercida sobre os espíritos, há quase dois mil anos por uma instituição que soube compreender a psicologia humana.

Mas, essa mesma juventude que, tão prematuramente reivindica sua autonomia espiritual em face de um poder que se habituou a respeitar, desde o berço, comete o erro mais condenável de se deixar arrastar em certas correntes do pensamento contemporâneo, que lhe exigem mais completa alienação do direito de pensar porque a obtém pela fraude.

Muitos homens de boa vontade sofreram pelo que acreditaram ser um ideal. Foram perseguidos, encarcerados, proscritos. Os mais afoitos sacrificaram a própria existência. De um momento para outro, seus correligionários os esquecem e renegam, porque composições surpreendentes, gerando a apostasias inexplicáveis, vêm sugerir a falsa noção de que o destino do homem é adorar os ídolos que queimou e queimar os ídolos que adorou. Por um destes caprichos, que desnorream e comovem, os inimigos irreconciliáveis de ontem convertem-se nos amigos inseparáveis de hoje. E os jovens intoxicados, incapazes de reagir contra o oportunismo, formam uma só coluna, aparentemente despreocupados, mas, no íntimo, profundamente torturados para coonestar, na consciência, dessa súbita simpatia pelos adversários da véspera.

Esta inconstância não tem dirimentes. Mas, se explica em função de uma invenção diabólica do gênio do mal, também civilizado, o pensamento dirigido.

Se o psicógrafo de MAUROIS, essa curiosa máquina de ler pensamentos, é uma fantasia de romancistas, para causticar o mecanicismo hipertrofiado das civilizações pragmáticas, a máquina de dirigir o pensamento é uma triste realidade eficiente. As vocações irresistíveis para a submissão multiplicam-se favorecidas por uma indolência individual que gera o conformismo. O comportamento subordinado às conveniências. As atitudes condicionadas aos interesses. O automatismo

mental padronizando convicções e uniformizando condutas. O oportunismo triunfante.

A libertação desse estado de espírito exige muita força de vontade, porque é a renúncia ao comodismo intelectual, que amolece e vicia os ânimos.

A volubilidade no pensar e no agir prostitui o caráter. Só a fidelidade ao ideal forja personalidades.

A humanidade jamais esquecerá a lição imperecível que SÓCRATES lhe legou. Acusado de ter cometido o nefando crime de corromper a mocidade, não honrando como deuses os deuses que a cidade honra, e tornando mais forte a razão mais fraca, foi condenado à morte pelos que não o compreendiam. Mas não abdicou dos seus princípios, conservando até a hora derradeira, a serenidade que só a firmeza de convicções pode assegurar.

Tais exemplos elevam e dignificam a humana espécie, confortando os constantes e confundindo os volúveis.

Relembra-los à juventude, não é apenas um prazer. Mas do que isso, é um dever grato aos que ainda confiam na regeneração da mocidade.

A tolerância e a conseqüência não se contradizem, não se chocam, não se repelem. Ao contrário. Fundem-se, mavarilhosamente, para nobilitar quem as pratica.

Só os que são fiéis ao ideal podem compreender que a diversidade de convicções é uma contingência humana, e que, respeitando as opiniões alheias, é que se pode exigir respeito para as próprias. Cada qual é necessariamente o único de sua espécie. No gênero humano, o duplo, é uma ficção, como o reconhecia, a pouco, VALERY.

Só os que sabem tolerar podem compreender a constância do pensamento, sorrindo superiormente dos que têm convicções que se não cansam com as suas, mas admirando intimamente a firmeza das atitudes e coerência na conduta.

Os que compreendem a vida por esse prisma estão habilitados para viver condignamente.

O ambiente universitário é propício à aprendizagem da arte de viver. Numa escola superior, não se aprende apenas uma ciência. Aprende-se, também, uma ética. Mas, enquanto os conhecimentos científicos são hauridos em preleções, nos solilóquios professorais, mas ou menos interessantes, os ensinamentos éticos são ministrados pelo exemplo que vem do alto. Melhor se aprende, pois, quando os

mestres não são apenas eruditos professores, mas, quando, também, disciplinam comportamentos, pelo exemplo, preparando-os para a vida. E, ainda melhor é esse noviçado quando a conduta dos mestres é reforçada pela lição personalizada na vida dos maiores da instituição. A tradição observada religiosamente convence à excelência do ensinamento.

Quando vos adverti contra a intolerância e o oportunismo, concitando-vos a ser conseqüentes e tolerantes, não fiz mais que reavivar em vossa memória a lição inesquecível que, pelo exemplo, como convêm, nos legaram as figuras marcantes desta faculdade nossa: VIRGÍLIO e FILINTO.

Filiados à correntes antitéticas do pensamento filosófico, irredutíveis em suas convicções foram exemplos vivos da tolerância e da conseqüência, revelando até ao derradeiro instante uma firmeza de ânimo que os fez mestres da vida, paradigmas para a juventude.

Cumprido o legado que nos deixaram, prosseguimos, honestamente na faina ininterrupta de formar homens livres e não autômatos irresponsáveis.

Esta é, talvez, a melhor e mais útil lição que vos podemos dar. E na hora da despedida, recordando-a, temos o direito de pedir, e de esperar que não a esqueçais, evocando, sempre os manes deste lar de que sois filhos espirituais.

Ide. Tende em vossa frente um mundo a ganhar. Conquistai-o, com dignidade assim, sereis felizes.

Artigo do Corpo Docente

Edilton Meireles
Heron José de Santana Gordilho
Mário Figueiredo Barbosa
Johnson Nogueira

I

MORTE ENCEFÁLICA E TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS

Edilton Meireles

Juiz do Trabalho da 34ª Vara do Trabalho/SSa/Ba. Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor Pesquisador no Mestrado da UCSal. Professor Colaborador no Mestrado e Doutorado da FD/UFBa.

RESUMO: No presente trabalho é tratada a questão relacionada à morte encefálica e sua repercussão no mundo jurídico, questionando-se os critérios que são utilizados para sua definição. Cuida, ainda, o trabalho do tratamento legislativo dado ao transplante de órgãos, especialmente quando diante da morte encefálica.

ABSTRACT: This paper aims to examine the brain death and its juridical consequences.

It deals with the brain death concept and the legal foresight about the surgical transference of organs, specially when the brain death occurs.

PALAVRAS-CHAVE: Morte; morte encefálica; doação de órgãos.

KEYWORDS: Death; brain death; organ donation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Regras Gerais: 2.1. Da Disposição Gratuitade; 2.2. Da Finalidade – 3. Espécies de Doações: 3.1. Doação Após a Morte: 3.1.1. Da Morte; 3.1.2. A Vontade; 3.2. Doação em Vida – 4. Receptor: 4.1. Lista de Receptores – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O § 4º do art. 199 da Constituição Federal de 1988 estabelece que lei ordinária deve disciplinar os requisitos e condições que facilitem a remoção de órgãos e tecidos humanos para transplantes, pesquisa e tratamento, vedando a comercialização.

Com base nessa realidade normativa, o legislador tratou de regulamentar o dispositivo constitucional, editando a Lei n. 8.489/92, que revogou a Lei n. 5479/68 que, até então, dispunha acerca dos transplantes.

Posteriormente, aquele diploma legal foi também revogado, disciplinando-se, atualmente, o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano pela Lei n. 9.434/97.

Assim, adiante, trataremos desse tema levando em consideração os termos da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória n. 1.959-27 de 24 de outubro de 2000.

2. REGRAS GERAIS

Ao regulamentar o comércio jurídico de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, a lei estabeleceu dois requisitos para sua validade: a disposição gratuita e sua finalidade.

Por lei, a doação não basta ser gratuita para ter validade, é necessária, ainda, que cumpra uma finalidade. Esta finalidade, por sua vez, está expressa na lei: ela pode ter como objetivo a realização de um transplante ou pode ter por escopo a efetivação de uma terapia (fins terapêuticos).

Esses seriam, pois, os dois requisitos de validade da doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano. E sobre eles trataremos adiante.

A lei não menciona a doação para fins de pesquisa, conquanto a norma constitucional preveja essa possibilidade. Assim, até que seja promulgada lei ordinária regulamentando essa hipótese (doação para fins de pesquisa), ela não poderá ser concretizada.

2.1. Da Disposição Gratuitade

O primeiro dos requisitos de validade do comércio jurídico de tecidos, órgãos e partes do corpo humano é sua disposição através de doação gratuita. Com isso, afastou-se, completamente, a possibilidade de suas disposições onerosas, ou seja, quem pretender doar tecidos, órgãos ou parte do corpo humano apenas poderá fazê-lo de modo gratuito. Tal dispositivo, aliás, coaduna-se com o preceito constitucional que veda a comercialização (disposição onerosa) das partes do corpo humano.

É preciso, então, recordar, que o Direito admite duas espécies de bens: as coisas que podem ser objeto de avaliação econômica e as coisas fora do comércio que são aquelas “*insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis*” (art. 69 do CC).

Insusceptíveis de avaliação ou legalmente inalienáveis são, por exemplo, o nome da pessoa física, o direito à liberdade, o direito à vida, etc. Até recentemente, doutrinadores enquadravam nesta hipótese também as partes, tecidos e órgãos do corpo humano¹.

1. Clóvis Bevilacqua, *Teoria Geral do Direito Civil*, Rev. Atual. Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Editora Rio e Francisco Alves, 1975, p. 209.

A Ciência Médica, porém, evoluiu, levando a reboque o Direito que gira em torno das questões que se relacionam com seu objeto. Assim, já fazem décadas que a Ciência Médica tem realizado diversos transplantes de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano sem que aquele que dispõe de seu corpo sofra maiores danos ou ponha em risco sua vida ou saúde. Mais comum, ainda, tem sido o comércio de partes do corpo humano após a morte.

Essa evolução médica forçou o legislador a regulamentar e disciplinar a disposição de tecidos, partes e órgãos do corpo humano, seja em vida, seja após a morte.

Ao fazê-lo, porém, apenas admitiu a sua disposição gratuita. Assim, o que estava fora do comércio jurídico, passou a ser objeto de Direito, mas com a restrição de que esse comércio apenas se realize de forma gratuita.

Os tecidos, órgãos e partes do corpo humano, portanto, deixaram de ser coisas fora do comércio jurídico, para se classificarem como coisas susceptível de alienação, mas desde que esta se realize de forma gratuita. Ou seja, apenas se permite a doação pura dos tecidos, órgãos e partes do corpo humano.

Cabe ressaltar, porém, que, para fins de incidência da Lei n. 9.434/97, não estão compreendidos entre os tecidos o sangue, o esperma e o óvulo. Tais tecidos e células, portanto, são objeto de disciplina própria.

A adoção do esperma e do óvulo não estão, ainda, disciplinados em lei, conquanto ocorram presentemente. Já a doação do sangue é disciplinado por diploma legal específico.

2.2. Da Finalidade

A Lei n. 9.434/97, restringindo ainda mais a faculdade de disposição da pessoa, estabeleceu que a doação apenas pode ser efetivada com intuito de realização de transplantes ou para tratamento terapêutico. Não se permite, todavia, a doação para fins de pesquisa médica, ao menos enquanto lei ordinária não dispor a respeito.

Inadmite-se, assim, a doação sem quaisquer desses fins, como, por exemplo, com objetivo de exposição da parte do corpo humano em museus, etc. O que não deixa de ser criticável.

3. ESPÉCIES DE DOAÇÕES

Duas são as espécies de doações disciplinadas em lei: a doação em vida e a doação *post mortem*.

Cada uma dessas espécies estão disciplinadas de modo diverso, até porque a doação nas duas hipóteses tem por marco a existência ou não da vida por parte do doador.

Trataremos, pois, separadamente cada uma dessas espécies.

3.1. Doação Após a Morte

A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por Resolução do Conselho Federal de Medicina (art. 3º da Lei n. 9.434/97). Tem-se, então, aqui, o requisito básico para a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: a morte encefálica.

Mas não basta a morte, é preciso, ainda – como é óbvio, já que inerente à própria disposição gratuita –, que seja feita a doação. A lei, portanto, não prevê a possibilidade da retirada compulsória de partes do corpo humano. A retirada, portanto, está condicionada à vontade dos familiares da pessoa falecida, bem como à ocorrência da morte.

3.1.1. Da Morte

O primeiro dos requisitos específicos para doação *post mortem* é – por óbvio – a morte do ser humano.

Aqui, então surge a primeira controvérsia: quando ocorre a morte do ser humano?

Basicamente, a literatura médica aponta três critérios para constatação da morte: pela parada cardio-respiratória, pela denominada morte cerebral ou em face da morte encefálica².

Tradicionalmente, a ciência médica tinha como morto o ser humano quando cessava as atividades cardio-pulmonar, ou seja, o coração e os pulmões deixavam de realizar suas funções.

A evolução da ciência médica, no entanto, tornou esse critério discutível, pois surgiram métodos de ressuscitação após a parada cardio-respiratória. Ora, se a

2. Sobre as diversas espécies de morte, cf. Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, *Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos*, p. 4-34.

pessoa morria com a parada cardio-respiratória, perdendo, assim, para o Direito, sua personalidade jurídica, como, então, defrontar-se com o fenômeno do ressuscitamento. A pessoa morta, readquiriria sua personalidade jurídica? Ela seria uma nova pessoa para o Direito?

Tais questionamentos foram superados pela adoção de um acréscimo ao referido critério: não bastava a parada cardio-respiratória, era preciso constatar que esta era irreversível.

Este critério tradicional, no entanto, traz um inconveniente: sua ocorrência impossibilita, via de regra, a realização do transplante do coração e de outras partes do corpo humano, em face do comprometimento de suas funções decorrente da parada cardio-respiratória.

Em suma,

“o conceito de morte, tradicionalmente aceito, constituiu-se por muito tempo ponto pacífico, até que surgiram os modernos processos de transplantação de órgãos, passando, daí em diante, a polêmicas e controvérsias, o exato momento de considerar-se morto o indivíduo”³.

Assim – como lembra o professor-médico Cícero Galli Coimbra –,

“em 1968, uma comissão “ad hoc” da Harvard Medical School – uma empresa privada dos EUA – publicamente redefiniu morte como “morte encefálica” (JAMA, 1968). Da comissão participaram 10 médicos, além de um advogado, um teólogo e um historiador. Representadas estavam, entre os participantes médicos, as especialidades de (1) cirurgia de transplantes, (2) anestesiologia, (3) neurologia e (4) psiquiatria (Giacomini, 1997). A comissão se reuniu em janeiro de 1968 – apenas 1 mês depois da ocorrência do primeiro transplante cardíaco na Cidade do Cabo (África do Sul) pelo cirurgião Christian Barnard e sua equipe –, vindo a concluir seus trabalhos em menos de 6 meses, ao início de junho do mesmo ano (Giacomini, 1997). O resultado de suas deliberações foi quase imediatamente publicado em uma edição de agosto do Journal of the American Medical Association (JAMA, 1968), sob o título de “A Definition of Irreversible Coma”. À época em que a comissão se reuniu caracterizava-se, claramente, um clima de corrida ao desenvolvimento tecnológico dos transplantes de órgãos, re-freado pela legislação norte-americana vigente, que considerava a morte instalada somente quando por ocasião da parada definitiva da função cardio-respiratória (Giacomini, 1997). Evidentemente, a parada cardio-respiratória determina a lesão dos órgãos, tecidos ou partes do corpo a serem transplantados para outros indivíduos, estabelecendo-se interesses antagônicos junto ao leito de pacientes afetados por lesões cerebrais graves (Giacomini, 1997)”⁴.

3. José Ildelfonso Bizatto, *Eutanásia e Responsabilidade Médica*, p. 281.

4. Morte Encefálica, in <http://www.epm.br/neuro/mortencefalica.htm>, p. 1.

A morte da pessoa humana, portanto, passou a ser definida a partir da falência das funções encefálicas.

Tal critério tem a vantagem de permitir a retirada dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano, pois possível a manutenção das suas funções por meios mecânicos, sem a ocorrência de qualquer lesão que iniba o transplante.

A definição da morte a partir da denominada morte encefálica, no entanto, é polêmica. Isso porque, conforme adverte o prof. Cícero Galli Coimbra,

“os critérios clínicos utilizados para o diagnóstico de morte encefálica não são (e nem jamais o foram) fundamentados em achados científicos, e que a sua proposição inicial, bem como as reformulações que a sucederam, estão e estiveram sempre vinculadas a erros de raciocínio e a conceitos confusos, mal aplicados ou formulados;

em face do conhecimento neurocientífico acumulado a partir da década de 1980, e principalmente nos últimos 2 anos, encontra-se concretamente divisada a possibilidade de que a aplicação de tais critérios, por ocasião da remoção de órgãos e tecidos (inclusive vitais) para transplantes, venha a ser feita em pacientes que se encontram **na iminência** de desenvolverem lesão irreversível de todo o encéfalo ou de parte dele, mas que, na realidade, sejam ainda recuperáveis”⁵.

Cabe destacar que a Comissão da *Harvard Medical School* ao publicar seu estudo sobre o marco da morte humana, tendo-a como ocorrida com a morte encefálica, mencionou que a experiência médica “*não registra(va) casos de recuperação em pacientes nesse estado neurológico*”⁶

O professor Cícero Galli Coimbra, no entanto, esclarece que, ao tempo em que se definiu a morte da pessoa com a falência do encéfalo, “*já existiam informações na literatura demonstrando que cerca de 7% dos pacientes em coma profundo, apnéia e com ausência dos reflexos cefálicos por 6 horas em realidade não evoluem para a morte mesmo por assistolia*”⁷.

“Portanto, o argumento de que ‘esses pacientes não se recuperam’ segundo a vivência médica (“anecdotal experience”, segundo Shewmon, 1987), ao ser utilizado para caracterização da morte por antecipação, ou seja, por ocasião da supressão da atividade reflexa cefálica e da apnéia ao longo de 6 horas, denota um arrazoado que seria considerado hilariante, não fosse a seriedade do assunto envolvido e das trágicas conseqüências decorrentes da sua aceitação e incorporação à prática médica ao longo dos últimos 30 anos”⁸.

5. Ibidem, mesma página.

6. Cícero Galli Coimbra, Apnéia na Morte Encefálica, in <http://www.digitus.com.br/~plinio/apnea1b.htm>, p. 3.

7. Ibidem, p. 1.

8. Ibidem, p. 3.

É certo que, em sua maioria, àquela época, as pessoas em morte encefálica, evoluíam para a morte definitiva, com a parada cardio-respiratória. Contudo, já existiam precedentes revelando que, nem sempre, a pessoa nesse estado neurológico, evoluía para a morte definitiva.

Contudo, a espera pela morte cardio-respiratória não permitiria a retirada dos órgãos para transplante, pois, neste caso, ocorrem lesões irreversíveis que impedem o aproveitamento dos mesmos.

Assim, diante da provável morte definitiva da pessoa após algumas horas da parada das funções do encéfalo,

“conveniente se tornou chamá-los “mortos”, para aproveitar-lhes os órgãos para transplante. Conveniente manipulação semântica, pois assim remove-se um obstáculo legal, que de outra forma, colocaria médicos transplantadores na vulnerável situação de retirarem órgãos (inclusive vitais) de pacientes indefesos, em coma, morrendo, para benefício do interesse de terceiros.

“Conveniente sim, mas trágica confusão de conceitos. Caracterizados como “morrendo”, ou seja, encontrando-se “desenganados”, ou seja, em sua grande maioria “irrecuperáveis” pelo emprego dos recursos terapêuticos disponíveis em uma determinada época. Esses pacientes podem vir a ser recuperados na dependência do progresso do conhecimento médico, tal como se evidencia agora. Ao contrário, encarados como “mortos”, nenhuma iniciativa jamais será tomada para busca de alternativas terapêuticas capazes de promoverem a recuperação desses pacientes. Afinal, “mortos não podem ser recuperados”, como dizem, irônica e reiteradamente, os autores e interessados defensores dos critérios em uso corrente para o “diagnóstico” de morte encefálica, socorrendo-se, em discurso redundante, do seu principal argumento, que em realidade nada mais é do que uma grosseira manipulação semântica de sua própria autoria, convencionalmente estabelecida”.

O professor Cícero Galli Coimbra denuncia, ainda, que

“Mita Giacomini, em sua valiosa publicação veiculada em 1997, oferece inestimável retrospecto relativo aos eventos históricos que em 1968 levaram o coma então considerado “irrecuperável” (irresponsivo aos recursos terapêuticos e conceitos da época) a ser denominado de “morte encefálica”. Demonstra que a Comissão da Harvard, responsável pela redefinição da morte, explícita em tal ardid semântico, reuniu-se apenas um mês após a ocorrência do primeiro transplante cardíaco na Cidade do Cabo (África do Sul), com o objetivo declarado (Beecher et al, 1968), de viabilizar legalmente a execução de procedimentos semelhantes nos EUA, onde, até então, um indivíduo somente poderia ser considerado como morto após a parada cardíaca (permitindo-se somente então a retirada de seus órgãos, o que inviabiliza o transplante cardíaco). Revela Giacomini que, conquanto a própria Comissão da Harvard houvesse reconhecido que cirurgiões transplantadores

9. Ibidem, mesma página.

não deveriam ser considerados profissionais largamente confiáveis para atuarem em defesa dos interesses dos pacientes em coma (nem possam ser caracterizados como especialistas em casos de coma), a participação deles na citada Comissão foi permitida, e suas sugestões (e pressões para que os critérios “diagnósticos” fossem elaborados de forma mais liberal, reduzindo-se de 72 horas para 24 horas o período de observação prognostica) foram acatadas:

“Why were transplant surgeons involved at all in the definition of death, when they have been so widely excluded from the actual diagnosis of death?”

“Transplant surgeons did not typically treat the chronically comatose, and were ‘expert’ in the condition only by virtue of its role in producing transplantable organs. The Harvard Ad Hoc Committee internally acknowledged that transplantation gave Harvard special interest in brain death, even though it took care to remove from its report suggestions that transplant interests either motivated or privileged a redefinition of death. The Committee also internally recognized that transplant surgeons may not be widely trusted to act in the best interest of a potential organ donor in the clinical setting, but decided not to acknowledge either this issue or any uncertainty in brain death diagnostic criteria. Despite all this, the Committee did not consider excluding transplant surgeons from redefining death; to the contrary, they were actively involved and their suggestions heeded”¹⁰.

Não fosse isso, a evolução da ciência médica, demonstra que o encéfalo pode *“também ser preservado da lesão irreversível, se não houver sido submetido ao homicida teste da apnéia segundo os padrões correntemente propostos para sua execução”*¹¹. Em suma, métodos terapêuticos demonstram *“claramente que quanto mais se posterga o início do tratamento hipotérmico menores são as chances de recuperação”*¹².

E mais, novo tratamento

“determinou boa recuperação em 7 pacientes (dentre 10, projetando-se um percentual de 70%) (definida pela capacidade de reassumir, após o decurso de 6 meses, as atividades desempenhadas anteriormente ao acidente – correspondendo ao índice de 5 da escala de recuperação de Glasgow, GOS – Glasgow Outcome Score). O percentual projetado (70%) de boa recuperação contrasta drasticamente com os pobres 7% verificados em pacientes nesse mesmo estado submetidos ao tratamento convencional, conforme dados originários do Traumatic Coma Data Bank (Foulkes et al, 1991), ilustrando de forma eloqüente o altíssimo potencial terapêutico propiciado pelo tratamento hipotérmico nesses casos. Resultados similares aos de Metz e colaboradores foram obtidos com um número bem maior de pacientes por Marion et al (1997)”¹³.

10. Ibidem, mesma página.

11. Ibidem, p. 8.

12. Ibidem, mesma página.

13. Ibidem, p. 10.

Ou seja,

“aliada à comprovada falta de fundamentação científica dos critérios “diagnósticos” de morte encefálica (repetidamente acusada ao longo dos 30 anos decorridos desde sua elaboração), a autoritária frieza evidente em tais afirmações caracteriza muito mais uma condenação à morte do que uma orientação médica. Solicita-se (?) que a família concorde com a doação dos órgãos, mas... Se não houver concordância, retira-se o suporte à vida do paciente, pretextando-se irrecuperabilidade do encéfalo, apesar da sustentação da homeotermia e das implicações desse fato, já suscitadas neste texto. Se houver concordância, o paciente continua a receber tratamento intensivo destinado a preservar os órgãos transplantáveis dos riscos da hipotensão arterial...”¹⁴.

O prof. Cícero Galli Coimbra adverte, ainda, que

“a quase totalidade dos médicos, ao longo de toda a sua formação, tem contato com o assunto “morte encefálica” somente através de livros-texto que se limitam a repetir as normas convencionais pouco alteradas desde 1968. O Dr. Eelco F.M. Wijdicks, do Departamento de Neurologia da Mayo Clinic and Mayo Clinic Foundation é um caso especial. É autor (Wijdicks, 1995) de uma “revisão” bibliográfica extensa (95 citações) que pretensamente esgota o assunto. Teve necessariamente, portanto, contato com diversos artigos publicados que repetidamente acusam a falta de fundamentação científica dos critérios correntes. Todos os estudos com tal conteúdo questionador foram omitidos em sua “revisão extensiva”, de forma a proporcionar ao leitor um caráter de inquestionabilidade absoluta”¹⁵.

Dos estudos médicos, no entanto,

“depreende-se que muitos dos pacientes... podem manter-se ainda recuperáveis ao longo do tempo que precede a parada cardíaca, mas são alocados para a doação de órgãos pelos critérios empíricos correntemente em uso para caracterização da “morte encefálica”¹⁶.

A análise de dados, no entanto,

“evidencia claramente que, não importa a qual seja a extensão de tempo ao longo do qual se prolongue, a observação clínica não é capaz de propiciar sequer moderada fidelidade diagnóstica da irreversibilidade da lesão encefálica. Períodos de observação curtos, como 6 horas, identificam corretamente apenas os casos mais graves como irreversíveis (aqueles que apresentam mais rápido decréscimo do fluxo sanguíneo encefálico, permanecendo na penumbra isquêmica por tempo inferior a 4 ou 5 horas... No entanto, provavelmente mais do que 50% dos casos são identificados erroneamente como portadores de lesão cerebral irreversível através de um intervalo tão exíguo de avaliação clínica”¹⁷.

Assim, pode-se chegar à conclusão que

14. Ibidem, p. 12.

15. Ibidem, mesma página.

16. Ibidem, p. 16.

17. Ibidem, mesma página.

“não somente os critérios diagnósticos de morte encefálica não tiveram fundamentação científica, sendo exarados de forma empírica e convencional, como, o que é mais grave, sua validade foi cientificamente negada nos anos que imediatamente sucederam o seu anúncio. Ainda assim, os critérios diagnósticos enraizaram-se na prática clínica internacional, graças às manifestações normativas reiteradas como a de 1981 (President’s commission for the study of ethical problems in medicine and biomedical and behavioral research, 1981), e a de 1995 (Wijdicks, 1995), feitas, respectivamente em nome de 57 médicos consultores norte-americanos (1981) e da Academia Americana de Neurologia (1995)”¹⁸.

Daí se tem que *“a nova definição de morte serviu exclusivamente aos propósitos transplantistas, em que pese a teoria incoerente e a prática confusa dessa redefinição”*¹⁹.

De qualquer modo, a lei elegeu a morte encefálica como determinante do fim da personalidade jurídica da pessoa humana. É certo, no entanto, que esse critério não é absoluto, até porque a morte ocorre em etapas sucessivas até a total paralisação das atividades dos órgãos do corpo humano.

A morte encefálica ocorre em decorrência de lesão irrecuperável do encéfalo após traumatismo craniano grave, tumor intracraniano ou derrame cerebral. Morte encefálica, enfim, é a parada definitiva e irreversível do encéfalo (cérebro e tronco cerebral), *“onde se situam as estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória”*²⁰, provocando em questão de minutos ou horas a falência de todo o organismo.

Difere da morte cerebral, já que nesta apenas ocorre a parada das atividades do cérebro. Neste caso, via de regra, os demais órgãos do corpo humano têm condições de permanecer em funcionamento. Dela decorre o que se denomina vida vegetativa. A pessoa continua viva, pois os demais órgãos conservam suas atividades, mas a morte do cérebro acarreta o fim das funções neurológicas.

O Decreto n. 2.268/97 dispensa, por lógica, a ocorrência da morte encefálica quando o falecimento decorre de parada cardíaca irreversível, comprovada por resultado incontestável de exame eletrocardiográfico (§ 2º do art. 16).

Daí se tem, então, que a morte ocorre, para fins legais, quando as funções espontâneas cardíacas e respiratórias cessam definitivamente ou quando cessam de modo irreversível toda função encefálica²¹.

18. Ibidem, p. 20.

19. Ibidem, p. 21.

20. Maria de Fátima Freire Sá, Biodireito e Direito ao Próprio Corpo, p. 70.

21. José Ildefonso Bizatto, op. cit., p. 290.

A morte encefálica, porém, deve ser constatada a partir dos critérios clínicos e tecnológicos definidos em resolução do Conselho Federal de Medicina, sempre atestada por dois médicos, no mínimo, um dos quais com título de especialista em neurologia, reconhecido no País, salvo se ela decorrer de parada cardíaca irreversível, comprovada por resultado incontestável de exame eletrocardiográfico.

Para evitar qualquer suspeita, há expressa proibição na lei da participação de médicos integrantes das equipes autorizadas a proceder no transplante em realizar os procedimentos tendentes à verificar a morte encefálica.

Quando necessária a realização da necropsia por força de lei, a retirada de tecidos, órgãos ou partes poderá ser efetuada se estes não tiverem relação com a *causa mortis*, circunstância a ser mencionada no respectivo relatório, com cópia que acompanhará o corpo à instituição responsável pelo procedimento médico-legal. Essa regra, porém, é exceptuada na hipótese de morte ocorrida sem assistência médica ou em decorrência de causa mal definida ou que necessite de ser esclarecida diante da suspeita de crime, quando, então, a retirada dependerá de autorização expressa do médico patologista ou legista.

3.1.2. A Vontade

Mas não é só a morte encefálica requisito para a retirada dos tecidos, órgãos ou parte do corpo humano após o falecimento. É preciso, ainda, que haja manifestação de vontade favorável à retirada por parte dos familiares do falecido, revelada após a morte.

Até a publicação da Medida Provisória n. 1.959-27, de 24/10/00, a manifestação de vontade do doador favorável à doação era presumida. Aquele que não queria ser doador, portanto, deveria fazer constar, ou em sua carteira de identidade ou em sua carteira nacional de habilitação, declaração neste sentido. A Medida Provisória n. 1.959 até sua 26ª edição, porém, estabelecia que os familiares do falecido poderiam ser opor à retirada dos órgãos, tecidos ou partes do corpo humano quando fosse presumida a manifestação do doador. Ou seja, sempre que o falecido não deixava manifestação expressa contra ou a favor da retirada dos órgãos, tecidos ou partes do corpo, os seus familiares (pai, mãe, filhos ou cônjuge) poderiam dispor dos mesmos.

Esse panorama, no entanto, foi modificado radicalmente pela Medida Provisória n. 1.959-27.

Por este diploma legal, em sua 27ª reedição, foi modificado o texto do art. 4º da Lei n. 9.434/97, revogando-se todos os seus parágrafos (1º ao 5º), não reeditando-se o § 6º, que fora introduzido pela MP 1.959 até sua 26ª edição.

Assim, desde 25/10/00 (data da publicação da MP 1.959-27), “*a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte*”.

A lei, pelo novo texto do art. 4º, despreza a vontade da pessoa que vier a falecer. Condiciona sim, a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo da pessoa falecida, à autorização dada por qualquer um de seus parentes capazes, em linha reta ou colateral, até o segundo grau, ou do cônjuge.

Dá se tem, então, que a pessoa não pode dispor de seus órgãos, tecidos e partes do corpo humano após a sua morte, nem por testamento ou codicilo. Tal restrição não deixa de ser contraditória com o direito da pessoa poder dispor em vida dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano (art. 9º da Lei n. 9.434/97). Se pode dispor em vida, com muito maiores razões deveria poder fazê-lo após o falecimento (em testamento, em manifestação de última vontade ou por codicilo).

A lei, porém, ao restringir esse direito à pessoa ainda viva, talvez quisesse impedir o efeito contrário, ou seja, que a pessoa viva se manifestasse contrariamente à doação, o que vincularia os seus familiares. Ao deixar para estes a decisão, após a morte, talvez suponha que seja mais fácil obter a adesão ao programa de doações.

O novo texto do art. 4º da Lei n. 9.434/97 não deixa dúvida, porém, quanto a quem pode dar autorização para a retirada. Essa permissão, portanto, pode ser dada por qualquer um dos parentes capazes do falecido, desde que em linha reta ou colateral até o segundo grau, ou pelo cônjuge superstite.

A lei não esclarece, todavia, se o parentesco é apenas consanguíneo ou, também, por afinidade.

Parentes consanguíneos, na linha reta, até segundo grau, são os pais-filhos (primeiro grau) e avós-netos (segundo grau). Na linha colateral, são os irmãos (segundo grau).

Por afinidade, o parentesco de segundo grau existe entre cunhados na linha colateral ou entre sogro(a) com genro ou nora e padrasto ou madrasta e enteado(a), na linha reta.

Pelo sentido da lei, porém, entendemos que, em verdade, apenas os parentes consanguíneos podem conceder a autorização. Não estariam, portanto, autorizados

a permitir a retirada órgãos, tecidos e partes do corpo humano da pessoa falecida, os seus parentes por afinidade.

De qualquer modo, na dúvida da lei, todos esses parentes, além do cônjuge superstite, poderão, individualmente, autorizar a retirada dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano da pessoa falecida.

A lei não espanca, ainda, a dúvida que pode surgir quando um ou mais dos parentes deseja(m) autorizar a retirada dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano da pessoa falecida e outro(s) se opõe(m).

Entendemos que, tendo-se em vista o objetivo que se busca com a retirada órgãos, tecidos e partes do corpo humano da pessoa falecida, basta a autorização de qualquer um dos parentes. E este parece ser o sentido da lei, tanto que ela fala em “*autorização de qualquer um de seus parentes*”, como quem desprezando a vontade dos demais diante da manifestação favorável de apenas um deles.

Deve ser ressaltado, porém, que se a pessoa ao falecer era incapaz, a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo somente poderá ser feita desde que permitida expressamente por ambos os pais ou por seus responsáveis legais (art. 5º da Lei n. 9.434/97).

É vedada, por outro lado, “*a remoção post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas*” (art. 6º da Lei n. 9.434/97). Diga-se, ainda, que, o simples reconhecimento de familiares, se nenhum dos documentos de identificação do falecido for encontrado, não supre a exigência legal (§ 2o. do art. 19 do Decreto n. 2.268/97).

3.2. Doação em Vida

A lei prevê, ainda, a possibilidade da doação gratuita em vida de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo vivo para fins de transplante ou com escopos terapêuticos.

Essa doação, porém, somente é permitida quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

A autorização, neste caso, deve ser expressa, dada por pessoa capaz, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificando-se o tecido, órgão

ou parte do corpo objeto da doação. Necessário, ainda, que o doador especifique, por escrito, em documento assinado por duas testemunhas, a pessoa do donatário, devidamente qualificado, inclusive quanto à indicação de endereço (§ 4º do art. 15 do Decreto n. 2.267/97), salvo na hipótese de doação de medula óssea.

A retirada do tecido, do órgão ou da parte do corpo humano, no entanto, somente será permitida se corresponder a uma necessidade terapêutica, comprovadamente indispensável e inadiável, da pessoa receptora.

A lei permite, ainda, que a doação em vida seja feita em favor de qualquer pessoa, sendo que se não for para seu cônjuge ou parente consanguíneo até o quarto grau, deve antes obter autorização judicial, salvo em relação à medula óssea (art. 9º da Lei n. 9.434/97, com redação dada pela Medida Provisória n. 1.959-27). Ou seja, é dispensada a autorização judicial quando a doação em vida seja efetuada a favor do cônjuge e dos parentes consanguíneos até o quarto grau, tanto na linha reta como na linha colateral, já que a lei não faz restrição.

Assim, podem ser donatários dos órgãos, tecidos e partes do corpo humano em vida, mesmo sem autorização judicial, na linha reta, os ascendentes até o trisavó e os descendentes até o trineto, e na linha colateral os irmãos (segundo grau), os tios e sobrinhos (terceiro grau) e, em quarto grau, os primos entre si e o tio-avô com o filho do sobrinho.

Em todos os casos, quando da retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo vivo, somente se realizará a intervenção médica após a verificação das condições de saúde do doador para melhor avaliação de suas conseqüências e comparação após o ato cirúrgico. Em suma, a lei impede as mutilações ou os atos cirúrgicos que prejudicam gravemente a saúde do doador.

Na hipótese de doação de rim, exige-se, ainda, a comprovação de, pelo menos, quatro compatibilidades em relação aos antígenos leucocitários humanos (HLA), salvo entre cônjuges e consanguíneos, na linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive. Se a pessoa for incapaz, mas com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

No caso de gestante, é vedado dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

O doador deve, ainda, prévia e obrigatoriamente, ser informado sobre as conseqüências e riscos possíveis da retirada de tecidos, órgãos ou partes de seu

corpo, para doação, em documento lavrado na ocasião, lido em sua presença e acrescido de outros esclarecimentos que pedir e, assim, oferecido à sua leitura e assinatura e de duas testemunhas, presentes ao auto.

É preciso, todavia, que sejam feitos exames no receptor de modo a se verificar a compatibilidade do transplante.

4. RECEPTOR

O transplante ou enxerto só se fará com o consentimento expresso do receptor, após aconselhamento sobre a excepcionalidade e os riscos do procedimento.

Se o receptor for juridicamente incapaz ou estiver privado dos meios de comunicação oral ou escrita ou, ainda, não souber ler e escrever, o consentimento para a realização do transplante será dado por um de seus pais ou responsáveis legais, na ausência dos quais, a decisão caberá ao médico assistente, se não for possível, por outro modo, mantê-lo vivo.

A autorização deve ser aposta em documento, que conterà as informações sobre o procedimento e as perspectivas de êxito ou insucesso, transmitidas ao receptor, ou, se for o caso, aos seus pais ou representantes legais.

Os riscos considerados aceitáveis pela equipe de transplante ou enxerto, em razão dos testes aplicados, serão informados ao receptor que poderá assumi-los, mediante expressa concordância, aposta em documento no qual conste a indicação das seqüelas previsíveis.

Os transplantes somente poderão ser realizados em pacientes com doença progressiva ou incapacitante, irreversível por outras técnicas terapêuticas, cuja classificação, com esse prognóstico lançado no documento firmado pelo receptor.

A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só será autorizada após a realização, no doador, de todos os testes para diagnóstico de infecções e afecções, principalmente em relação ao sangue, observando-se, quanto a este, inclusive os exigidos na triagem para doação, segundo dispõem a Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, e regulamentos do Poder Executivo.

As equipes de transplantes ou enxertos só poderão realizá-los se os exames prévios apresentarem resultados que afastem qualquer prognóstico de doença incurável ou legal para o receptor, não sendo permitido o transplante de tecidos, órgãos e partes de portadores de doenças que constem de listas de exclusão expedidas pelo órgão central do SNT.

4.1. Lista de Receptores

A Lei n. 9.434/97 estabelece, ainda, que os tecidos, órgãos e partes do corpo humano sejam aproveitados por receptores listados pela CNCDO (Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos). Em outras palavras, a lei excluiu a possibilidade da doação *post mortem* à determinada pessoa. Ela seria feita de modo impessoal, beneficiando o receptor inscrito em lista única mantida por órgãos públicos. A doação em vida, porém, pode ser feita com determinação do receptor (art. 9º da Lei n. 9.434/97, com redação dada pela Medida Provisória n. 1.959/27).

Creemos, entretanto, que os dispositivos contidos na Lei n. 9.434/97 devam ser interpretados de modo a não se incorrer em manifesta inconstitucionalidade.

Ora, ao estabelecer que a doação se faça de modo impessoal, retirando da família do falecido a faculdade de apontar o donatário, o Poder Público, em verdade, está desapropriando a coisa doada. O Poder Público, em outras palavras, está, de modo imperativo, apropriando-se da coisa doada, destinando a outrem, conforme critérios previamente estabelecidos em lei.

Tal procedimento, todavia, é manifestamente inconstitucional, até porque, toda desapropriação deve ser precedida da justa indenização (art. 5º, inciso XXIV da CF/88) e a doação de tecidos, órgãos e partes do corpo humano é ato gratuito.

Óbvio que o proprietário da coisa pode dispor de seus bens do modo que lhe aprouver, respeitados os limites legais, até em respeito ao direito de propriedade, constitucionalmente protegido. Quando, porém, apenas se assegura aos familiares a faculdade de doar ou não, mas lhes retiram o direito de apontar o donatário, em verdade, o Poder Público, está desapropriando a coisa doada no momento em que o doador (familiar) manifesta sua vontade de dispô-la. Sendo assim, ela se mostra inteiramente inconstitucional.

A lei, porém, não deve ser tida como inconstitucional, neste aspecto, mas apenas interpretada como uma regra supletiva, a ser aplicada na ausência de manifestação do familiar. Ou seja, deve se interpretar que o familiar pode dispor dos tecidos, órgãos e partes do corpo humano da pessoa falecida do modo que lhe aprouver, doando-os gratuitamente a quem desejar (à pessoa determinada). Se, porém, for omissa na indicação do donatário, presume-se que tenha querido autorizar a doação dos tecidos, órgãos e partes do corpo ao Poder Público, que, então, poderá dispor desses bens, colocando-os à disposição dos interessados (receptores), previamente inscritos em lista única.

Em relação a esta lista, terá preferência para a doação o receptor inscrito de acordo com a ordem de registro. Caso haja incompatibilidade com o receptor inscrito na lista, conforme ordem de registro, o direito ao transplante passará para o receptor seguinte.

Essa ordem, porém, poderá deixar de ser observada, se, em razão da distância e das condições de transporte, o tempo estimado de deslocamento do receptor selecionado tornar inviável o transplante de tecidos, órgãos ou partes retirados ou se deles necessitar quem se encontre em iminência de óbito.

5. BIBLIOGRAFIA

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria Geral do Direito Civil*. Rev. Atual. Caio Mário da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Editora Rio e Francisco Alves, 1975.

BIZATTO, José Ildefonso. *Eutanásia e Responsabilidade Médica*. 2a. ed., São Paulo: LEUD, 2000.

COIMBRA, Cícero Galli. *Morte Encefálica*. In: <http://www.epm.br/neuro/mortencefalica.htm>.

_____. *Apnéia na Morte Encefálica*. In: <http://www.digitus.com.br/~plinio/apnea1b.htm>.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo. Doação de Órgãos incluindo o Estudo da Lei n. 9.434/97*. Belo Horizonte: DelRey, 2000.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. *Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.



II

POR UMA DOGMÁTICA PÓS-MODERNA

Heron José de Santana Gordilho

Doutor em Direito pela UFPE. Mestre em Direito e em Ciências Sociais pela UFBA. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da UFBA (E-mail: heron@ufba.br) onde coordena o Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal. Presidente do Instituto Abolicionista Animal (www.abolicionismoanimal.org.br), Coordenador da Revista Brasileira de Direito Animal. Promotor de Justiça do meio ambiente em Salvador.

RESUMO: A dogmática jurídica, enquanto ciência do direito em sentido estreito, tem como pressupostos a objetividade e a neutralidade axiológica do jurista, que ao realizar uma atividade teórica, avaliativa e descritiva acaba por legitimar a ordem social vigente. Com o advento da pós-modernidade, esses pressupostos vão sendo pouco a pouco substituídos pela figura do intérprete consciente de suas circunstâncias e da sua participação nos destinos dos conflitos jurídicos. Este ensaio demonstra que existe uma forte relação de poder tanto entre os juristas quanto entre estes e os titulares dos direitos em conflito, que segundo Pierre Bourdieu concorrem pelo monopólio do direito de dizer o direito. Uma interpretação jurídica à luz do paradigma jurídico na pós-modernidade deve promover a auto-reflexão e auto-questionamento dos juristas, permitindo que o diálogo e a negociação entre os diferentes atores e sujeitos jurídicos possam influir na elaboração da norma que terão de cumprir e fazer cumprir.

ABSTRACT: The legal dogmatic, a method that approaches law strictly as a science, has both the objectivity and **axiological** neutrality assumptions that **the jurists**, when performing

theoretical activities, in a purely descriptive and morally neutral way, purports to justify, and ultimately legitimize, the existing social order. In the context of **post-modernity**, these assumptions are gradually being replaced by the emphasis on the figure of the interpreter, always aware of his importance and direct involvement in the destinations of legal conflicts. This paper shows that there is a strong relationship of power both between the jurists as between them and the holders of rights in conflict, a reality, according to Pierre Bourdieu, that puts both of them facing each other in the fight for the prevailing meaning of the law. In the light of the post-modern reflexive pattern with the legacy of modernity, legal interpretation and reasoning should promote self-reflection and self-questioning, allowing dialogue and negotiation between the different legal actors, bringing their influence in the shaping and drafting of the legal standard that they must comply with.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática jurídica; Neutralidade axiológica; Interpretação jurídica na pós-modernidade.

KEYWORDS: Legal dogmatic; axiologic neutrality; Post-modernity legal interpretation.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As origens do pensamento dogmático – 3. O mito da neutralidade axiológica no direito- 4. Hermenêutica jurídica pós-moderna – 5. Conclusões – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A realidade irracional da vida e o seu conteúdo de possíveis significações são inesgotáveis, e a configuração concreta das relações valorativas mantém-se flutuante, submetida às variações do futuro obscuro da cultura humana; a luz propagada por essas idéias supremas de valor ilumina, de cada vez, uma parte finita e continuamente modificada do curso caótico de eventos que fluem através do tempo. (Max Weber)¹

A dogmática tradicional parte do pressuposto de que aos juristas, assim como os magistrados, compete uma postura imparcial na interpretação das normas, de modo que na sua ação exista uma virtual separação entre o direito e os demais fenômenos culturais, tais como a política, a religião, a economia etc.

Isto porque, exercendo uma função essencial à jurisdição do Estado, e sendo a justiça o princípio regulativo do direito, a sua neutralização axiológica é vista como um dos princípios fundamentais na clássica teoria da divisão dos poderes, em uma estrutura ideológica do Estado de Direito, diversamente do que ocorre no ato de legislar, onde uma carga político-ideológica é parcialmente aceita.²

A dogmática jurídica tradicional importa em uma presença excessiva do jurista na produção do direito, o que acaba por apagar as vozes, os enunciados e as interpretações dos verdadeiros titulares dos direitos em conflito.

Não obstante, esta presença esconde uma ausência, a ausência de questionamento sobre a sua inserção no contexto dos direitos em conflito e sobre o seu papel na produção das representações jurídicas.

Este ensaio inicialmente descrever o surgimento da dogmática jurídica, enquanto tentativa de impor à ciência do direito uma abordagem matemática e internalista, que mascarou as relações de poder que se escondem nas interações entre os seus próprios agentes, entre as posições no campo jurídico e entre os titulares dos direitos em conflito.

1. WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez. Campinas: Editora Universidade Estadual de Campinas. 1993, p.153.
2. FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1990, p.77.

Em seguida, analisa os mitos da neutralidade axiológica e da objetividade da dogmática jurídica tradicional, visando demonstrar que eles escondem a mais sutil das ideologias: aquela que não se pensa como tal, e portanto se omite perante as injustiças e impunidades da vida política e social do país.

Por fim, levando em conta que o direito é fruto de uma luta simbólica entre os diferentes operadores jurídicos pelo direito de dizer o direito, este ensaio argumenta que somente através de uma reconciliação entre a ciência jurídica e o senso comum, ou seja, entre a dogmática jurídica e os discursos dos verdadeiros titulares dos direitos em conflito, o jurista poderá contribuir para uma interpretação atualizada com a era em que vivemos.

2. AS ORIGENS DO PENSAMENTO DOGMÁTICO

Forma por excelência do discurso legítimo, o direito só pode exercer a sua eficácia específica na medida em que permanece desconhecida a parte maior ou menor do arbitrário que está na origem do seu funcionamento. A crença que é tacitamente concedida à ordem jurídica deve ser reproduzida sem interrupção e uma das funções do trabalho propriamente jurídico de codificação das representações e das práticas éticas é a de contribuir para fundamentar a adesão dos profanos aos próprios fundamentos da ideologia profissional do corpo dos juristas, a saber, a crença na neutralidade e na autonomia do direito e dos juristas. (Pierre Bourdieu)³

A dogmática jurídica é vista como ciência do direito no seu sentido mais estreito, e dentre os seus objetivos se encontra descrever a lei em vigor, sujeitá-la a uma análise conceitual e sistemática e elaborar propostas para a solução dos problemas jurídicos.⁴

Dentro desse paradigma, o jurista deve interpretar o direito dentro dos marcos da ordem vigente, que para ele é um dado inegável, o que o torna um conhecimento restritivo e legalista, que não se percebe que como fenômeno social.⁵

Numa sociedade diferenciada como a nossa, esse tipo de universalização é um dos principais instrumentos de dominação simbólica, pela sua capacidade de impor legitimidade à ordem social.⁶

3. BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Lisboa: Difel. 1989, p.243-244.

4. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy. 2001, p.241.

5. FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 1990, p.49.

6. Segundo BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Lisboa: Difel. 1989, p.215: "O efeito da neutralização é obtido por um conjunto de características sintáticas tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais, próprias para marcar a impessoalidade do enunciado normativo e para constituir o enunciador em sujeito universal, ao mesmo tempo imparcial e objetivo."

Para a dogmática jurídica, a certeza representa uma adesão do espírito aquilo que ele crê ser a verdade, vale dizer, um acordo entre o pensamento e o objeto pensado: *adaequatio rei et intellectus*, enquanto em uma abordagem de caráter realista e pragmática faz-se mister olhar mais para as conseqüências práticas da verdade, para o seu valor na experiência humana e concreta e menos para os princípios especulativos abstratos.

É que o dogmatismo supõe a existência de uma coisa em si que seja diretamente cognoscível em si mesma, onde a alma da verdade seja o real, uma realidade não “construída”, mas que se impõe ao homem.

Desde Parmênides até a “idéia” platônica postula-se essa identidade entre o conhecimento e o seu objeto, onde a linguagem, expressão do pensamento, é considerada a expressão do ser.

Na era moderna, Descartes vai afirmar que a filosofia deve responder à seguinte pergunta: em que condições podemos ter certeza?, o que, para ele, somente é possível na condição puramente intelectual, como na certeza matemática, uma vez que o mundo deve ser definido em sua realidade e substância por noções puramente intelectuais .

O pensamento jurídico dogmático tem suas origens na Idade Média, mais precisamente, em Bolonha do século XI, que sem abandonar o pensamento prudencial dos romanos e fundado na tutela da Igreja sobre as ciências, desenvolve resenhas críticas, dos *digestos justinianeus à litera boloniensis*, que acabaram por se transformar em textos universitários para o ensino da gramática, da retórica e da dialética (*Trivium*), e culminaram na positivação do direito a partir do século XIX.⁷

Não obstante, somente após a primeira grande guerra, a ciência jurídica se desvincula do fato social tal como proposto pelo positivismo sociológico, e em sua concepção mais radical – a teoria pura de Hans Kelsen – oferece um tratamento lógico e formal do direito, que abstrai seus fundamentos e origens sócio-econômicas, políticas e culturais.

Tendo como pressuposto o princípio da inegabilidade dos pontos de partida (posto que em toda sociedade existem dogmas, isto é, a institucionalização de pontos de referência que possibilitam a comunicação social e a interação humana), essa dogmática jurídica de cunho positivista obriga o jurista a pensar os conflitos conforme ou para além da lei, nunca contra a lei.⁸

7. FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica –decisão- dominação*. 1990, p.61.

8. FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica –decisão- dominação*. 1990, p.61.

Enquanto ciência normativa, a dogmática jurídica se volta para o estudo do direito sem construir sobre ele juízos de valor, reconhecendo como seu objeto exclusivo a norma posta, ideologicamente neutra e desvinculada de toda preocupação de caráter econômico, político, sociológico e antropológico, com princípios pretensamente unívocos, coerentes e universais.⁹

Assim, assistimos a uma separação cada vez maior entre a teoria e práxis, uma vez que a ciência jurídica é concebida como um sistema fechado e autônomo e voltada para uma atividade teórica acrítica, avaliativa e descritiva, que se desenvolve a partir de uma dinâmica interna.

Em sua concepção positivista, a dogmática jurídica é vista como o lugar de produção de um saber para a resolução dos conflitos sociais, onde seus agentes são meros implementadores de algo que já se encontra objetivamente programado e que lhe é exterior.

Nesta concepção, a interpretação do direito independe da situação na qual o processo de comunicação se manifesta, daí sua resistência a disciplinas como sociologia jurídica e filosofia do direito, vistas como produtoras de um conhecimento complementar, mas inútil para a resolução dos problemas jurídicos.

Com raízes na teoria neo-Kantiana das formas simbólicas, e similar a filosofia da linguagem de Saussure, a leitura interna do direito passa a ser feita pelo agente do campo jurídico em função de uma “absolutização da norma”, enquanto significação atemporal e a histórica, abstração feita dos sujeitos da comunicação.

O direito passa a ser visto como forma e não substância, visão que ao reduzir os operadores jurídicos a simples epifenômenos da estrutura, na verdade esconde a mais forte das ideologias, que é aquela que não se pensa como tal.

É que o juspositivismo, em seu formalismo científico, entende que a ciência jurídica, de cunho dogmático, deve ser construtivista e dedutiva, elaborando conceitos jurídicos fundamentais, que extraídos da base do próprio ordenamento podem resolver todos os problemas jurídicos possíveis através de uma simples operação de dedução lógica.

9. Segundo FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito – Os Juizes em Face dos novos Movimentos Sociais*. São Paulo: RT, 1991, p.40: “A dogmática jurídica interessa, apenas, uma teoria geral acrítica e formalista que lhe sirva de suporte para descrever o sistema jurídico sem qualquer interferência ideológica, concentrando suas atenções nas fontes formais do direito, de modo a permitir que a reconstrução imparcial do ordenamento jurídico por parte do analista, sirva para socializar o conjunto de valores aceitos pelo Estado.”

O campo jurídico, tal qual o campo intelectual, passa a ser visto como um lugar de desinteresse, onde o juiz, o promotor, devem agir no interesse público, e não no interesse próprio, tudo isso com a isenção necessária para garantir o ideal burguês da igualdade de todos perante a lei.

Para isso, lhes foram conferidas as prerrogativas constitucionais da inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade, que tem como contrapartida o recalque coletivo dos seus interesses pessoais, conduta que pretensamente generosa e imparcial lhes confere prestígio, honra, distinção e reconhecimento social, em uma palavra, poder simbólico.

3. O MITO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA NO DIREITO

Portanto, não é que, apenas, a objetividade e a liberdade de envolvimento com valores (isenção de valores) sejam inalcançáveis na prática, pelo cientista individual, porém, mais adequadamente, que a objetividade e a liberdade em relação a tais dependências, são valores em si mesmos. E, desde que, a liberdade de valores é, ela própria, um valor, e exigência incondicional de liberdade em relação a qualquer ligação a valores é paradoxal. (Karl Popper)¹⁰

No Século XX, entretanto, as ciências sociais constataam que o homem não é só natureza e, rejeitando a hipótese de que a sociedade e a cultura estão sujeitas apenas a uma evolução natural, compreendem que o homem é um ser cultural e histórico.

Com efeito, dado que o homem é um animal social (*politikon zoon*), preso, portanto, a interesses e sujeito às mesmas pressões e influências que atingem as demais espécies, ainda que compreenda um fenômeno qualquer, o faz com um grau de condicionamento social e pré-noções, que nenhum gênio conseguiu, até hoje, libertar-se.

O modo como observamos um determinado fenômeno é inconscientemente solidário aos nossos interesses frente a esse fenômeno, é o que denominamos ideologia, que nada mais é do que a transformação de um interesse ou valor particular em um interesse ou valor universal, como bem demonstrou a sociologia do conhecimento.

Para Bourdieu, a noção de interesse opõe-se à de desinteresse, mas também, à de indiferença, já que “podemos estar interessados em um jogo (no sentido de não lhe ser indiferentes), sem ter interesse nele: o indiferente “ não vê o que está em jogo “, para ele dá na mesma”.¹¹

10. POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1999. p.25.

11. BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação*. Campinas: Papirus. 1996, p.140.

Uma das tarefas da sociologia é analisar como o mundo social, através da socialização e da inculcação do *habitus*, transforma um desejo biológico indiferenciado (a libido) em interesse social, específico, pelos trunfos de um determinado jogo em um determinado campo.

Não obstante, a imparcialidade dos juristas, dos magistrados, bem como de todo o campo burocrático, apenas seria possível através do processo de cognição dos conflitos sociais enquanto meros conflitos entre normas jurídicas.

Mas participar dos conflitos sociais, de uma forma desvinculada dos interesses dos litigantes, não é o mesmo que assumir uma postura indiferente ao seu resultado.

Em verdade, o mito da neutralidade axiológica e da imparcialidade parte do princípio de que o juiz, o promotor, embora participem do conflito de interesses – eles não podem ser indiferentes aos conflitos- o seu interesse não deve ser o mesmo que os dos litigantes de uma batalha judicial, uma vez que os seus atos devem ser o mais desprovidos possível, o mais nobre possível, e sempre submetido ao interesse público.

Isto, entretanto, não significa que eles devam ser apáticos, sem desejos, ou que assumam uma postura similar à dos adeptos da “arte pela arte” no campo literário, ou dos filósofos que postulavam a seu conhecimento como um “saber pelo saber”, para se diferenciarem dos cientistas, que estariam investindo em um “saber para a dominação, da natureza ou da sociedade.

Não podemos, porém, ser ingênuos, e afirmar que os magistrados, assim como os juristas de um modo geral, não estão inseridos na esfera política da sociedade, posto que em uma realidade social injusta e contraditória como a nossa, alguns detentores de instrumentos do poder simbólico para o controle social, não haveriam de utilizá-los apenas com o fim de manter o *status quo*.

4. HERMENÊUTICA JURÍDICA PÓS-MODERNA

É certo que o conhecimento do senso comum tende a ser um conhecimento mistificado e mistificador mas, apesar disso e apesar de ser conservador, tem uma dimensão utópica e libertadora que pode ser ampliada através do diálogo com o conhecimento científico. (Boaventura de Souza Santos)¹²

12. .SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. Porto: Edições Afrontamento. 1987. p. 56.

Com o advento da pós-modernidade, porém, os conceitos de neutralidade e objetividade científicas passaram a ser ainda mais questionados. A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, onde o operador jurídico estaria isento, não apenas das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais, vai ser substituída pelo interprete consciente de suas circunstâncias, com percepção de sua postura ideológica.¹³

De fato, cada vez mais a objetividade, que pressupõe a existência de princípios, regras e conceitos de validade geral e independentes do ponto de observação e da vontade do observado, dá lugar ao controle das possibilidades interpretativas, que podem decorrer da discricionariedade atribuída pela norma ao intérprete, da pluralidade de significados das palavras e da existência de normas contrapostas, o que exige uma ponderação dos interesses em jogo à luz do caso concreto.¹⁴

É que o direito trabalha com as incertezas da linguagem, e sendo a norma expressa por palavras, mais ou menos vagas e ambíguas, pouco rigorosas e muitas vezes usadas retoricamente, ao profissional do direito cabe, não só identificar a norma a ser aplicada, mas também, é preciso dizer o seu sentido, o que lhe permite uma certa margem de manipulação e posição crítica em face ao direito posto e positivado pelo poder, contribuindo assim, com a legitimação desta mesma ordem jurídica.

Também nos casos de lacuna ou omissão da lei admite-se o recurso a modelos hermenêuticos de cunho sociológico ou axiológico para resolver questões de ordem prática, quando se diz, por exemplo, que a lei deve ser interpretada segundo o “seu espírito”, e não apenas por aquilo que ela verbalmente enuncia.

Uma abordagem jurídica pós-moderna coloca o direito e a sociologia como conhecimentos que cuidam de objetos culturais, e a diferença entre elas estaria no fato da sociologia estar submetida a uma lógica do ser, enquanto o direito a uma lógica do dever ser.

Não obstante, é aí na *episteme*, na ordem cultural, na rede de relações entre os textos (na intertextualidade) que a dogmática encontra um lugar para oposições e disputas entre os agentes: o lugar específico das mudanças e transformações do direito.

No pós-guerra vamos assistir autores como Habermas, Perelman, Dworkin e Alexy proporem uma nova compreensão das relações entre o direito, a moral e a

13. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo:Saraiva. 2003, P.309.

14. *Ibid.*

política, a partir de uma crítica radical às concepções positivistas, tanto na versão normativo-purista kelseniana quanto na filosofia da linguagem desenvolvida por Hart ou na complexa teoria do sistemas de Luhmann.

A partir desses autores assistimos o crescimento da importância dada aos princípios e a dimensão argumentativa do direito, a partir do aprofundamento da reflexão sobre o papel da hermenêutica jurídica.

Perelman, por exemplo, a partir da razão prática aristotélica, enfrenta o modelo linguístico do positivismo lógico e o seu raciocínio físico-matemático, ao afirmar que os valores não se decidem nem de forma lógica nem de uma maneira experimental.

Com efeito, a complexidade do sistema da vida faz com que o direito esteja mais para um jogo que para o silogismo lógico analítico. O direito, assim como a vida, está mais para uma partida de tênis, de modo que é impossível assegurar uma abstração do tipo: “se João vence Manuel e Manuel vence Nelson, João vence Nelson”.

Para Habermas, o mito da neutralidade das condições do conhecimento não resiste a um exame crítico, isto porque, tanto as ciências naturais quanto as ciências histórico-hermenêuticas, como o Direito, estão arraigadas em interesses que assumem funções apriorísticas.

Nas ciências naturais, por exemplo, existe o interesse técnico de dominação da natureza, enquanto nas ciências histórico-hermenêuticas, o interesse de comunicação por meio de normas linguisticamente articuladas, cujo objetivo é o entendimento mútuo, ainda que ambas sirvam ao interesse geral de emancipação de todas as formas de repressão social ou de seus representantes intrapsíquicos.

Em sua crítica ao positivismo, que pretende uma relação não mediatizada entre a consciência e o real, Habermas procura descobrir categorias *a priori* do conhecimento, não em estruturas de uma subjetividade transcendental, como em Kant, mas na ação instrumental e comunicativa, no interesse preciso da dissolução das estruturas patológicas que inibem a livre comunicação do sujeito consigo mesmo e com os outros.¹⁵

15. Para Habermas, na modernidade o mundo da vida foi colonizado pelo sistema, com a crescente instrumentalização do conhecimento, de modo que a ciência jurídica passou a restringir o debate normativo aos técnicos e especialistas. In: HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

De acordo com o pensamento de Habermas, a justiça é a possibilidade do destinatário do comando normativo influir na elaboração da norma, de modo que a resolução dos conflitos sociais deve surgir a partir do consentimento entre todos os interessados.¹⁶

Uma abordagem que leve em consideração a análise externalista demonstra que o papel da sociologia jurídica deve consistir na introdução de uma ruptura de valor crítico que nos revele que aquilo que parece “natural” no direito é na verdade fruto de uma construção social, permitindo que aqueles que estão excluídos do jogo do poder possam conhecer suas verdadeiras regras.

De fato, é a sociologia que nos permite a desmontagem das relações formais que animam o campo jurídico, revelando a falsa transparência do direito, que faz parecer “natural” uma divisão que é na verdade uma divisão social.

No campo jurídico, a pertença a um grupo (juizes, promotores, procuradores, defensores, advogados) impõe aos seus agentes uma visão paradigmática da realidade, de modo que o capital simbólico de cada um deles permite impor a esta realidade uma racionalidade diferente.

Nesse sentido, a articulação entre esses diversos conceitos permite, num dado terreno, quebrar as evidências naturais e substituí-las por uma descrição mais rigorosa, que permita retratar, por exemplo, os efeitos de dominação, de classificação, mas também, os gostos, as atitudes e os comportamentos dos seus agentes.

Por outro lado, uma análise externalista sempre vincula o direito ao mundo social, às características sociais dos seus agentes, à sua origem social e a dos seus clientes, tal como a abordagem marxista, que procura relacionar o direito à visão de mundo e aos interesses da classe social dominante.

Para Bourdieu, seria preciso examinar os pressupostos, extremamente ingênuos, dessas imputações de paternidade espiritual que acabam por supor que um grupo possa agir diretamente como causa determinante ou causa final (função) sobre a produção da obra, sem perceberem que o campo jurídico tem suas próprias estruturas e leis próprias, e que não se pode compreender o que ocorre no campo jurídico, sem levar em consideração cada agente ou cada instituição em suas relações objetivas com os demais, em meio a disputas por interesses de conservação ou de mudança – específicos do campo jurídico.¹⁷

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

17. BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação*. Campinas: Papirus. 1996, p.59.

É que a estrutura do direito é homóloga a estrutura do campo jurídico, enquanto campo de lutas, cujo princípio é o grau de consagração (reconhecimento social) no seu interior ou no seu exterior (notoriedade), onde cada agente ou instituição, ainda que queiram esconder, utiliza estratégias que dependem muito da posição ocupada na estrutura social.

Aqueles que ocupam o pólo dominante, tendem a ser conservadores, através da mediação das suas disposições constitutivas e a partir do *habitus* inculcado pelo grupo, enquanto espaço de possibilidades herdado de lutas anteriores, e que tendem a limitar as possibilidades nas tomadas de posição.

Todavia, a despeito desta análise externalista, que procura identificar apenas nas mudanças externas o fator determinante das mudanças no interior do campo jurídico, tais mudanças, ainda que de uma maneira não radical, é fruto da luta entre juristas consagrados e pretendentes.

Isto não significa, porém, que o ganho simbólico de cada posição seja a única finalidade do campo jurídico, excluindo a cooperação e a possibilidade de se fazer, mais ou menos, justiça social.

Como vimos, a interpretação dos fenômenos jurídicos não é um mero exercício abstrato em busca de verdades atemporais e universais. É evidente que os agentes do campo jurídico não se conduzem como sujeitos perante um objeto (o conflito entre normas jurídicas, por exemplo), que deva ser resolvido através de um ato objetivo, racional e intelectual de conhecimento, afastando-se de suas pré-noções.

Sempre agimos pragmaticamente, com um corpo socializado, incorporado pelas estruturas do campo jurídico, e essa ação não provém de uma intenção estratégica, racionalizada, lógica, mas de uma intenção prática, com sistemas classificatórios bastante complexos, que não é fruto de um plano ou de um projeto para o futuro.

Bourdieu tanto critica o conhecimento objetivista, quanto o subjetivista – não para negá-los, mas, uma vez explicitados, ultrapassá-los e constatar que a ação se encontra objetivamente estruturada, sem que disto decorra uma obediência às regras (Durkheim), ou uma previsão consciente das metas a serem atingidas (Weber).¹⁸

18. BOURDIEU, Pierre. *Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação*. Campinas: Papyrus. 1996.

Convém ressaltar, que a questão do poder se encontra tanto nas relações entre os agentes do campo jurídico, isto é, entre os profissionais do direito, quanto nas relações destes com a sua clientela, que, em regra, ocupa o pólo dominado na estrutura social, sem acesso à palavra jurídica.

Desse modo, o burocrata deve demonstrar desinteresse em ações que estão plenamente de acordo com os seus interesses, ainda que muitas vezes este interesse não seja econômico, mas o interesse pelo principal objeto do seu campo específico, com suas leis fundamentais de caráter tautológico e paradoxal.

O campo jurídico, desse modo, a partir de Kelsen (embora ele nunca tenha afirmado isto), tende a considerar a sociologia ou a filosofia jurídica, ou mesmo a economia, como conhecimentos desinteressantes, preocupações de pseudo-intelectuais, de ecletismo pedante e abstrações estéreis.

Não obstante, esta racionalização e universalização ideológica do direito, vai permitir que os grupos sociais dominados também se utilizem de uma razão e universalização de cunho sociológico para fazer valer os seus interesses, através de movimentos sociais de reivindicação, que muitas vezes não descartam a utilização de órgãos estatais – juízes, promotores, defensores, como instrumentos capazes de inverter, ou quando nada, re-equilibrar o jogo social.

5. CONCLUSÕES

Ora, se quisermos saber o que é o conhecimento, não é preciso nos aproximarmos da forma de vida, de existência, de ascetismo, própria ao filósofo. Se quisermos realmente conhecer o conhecimento, saber o que ele é, apreende-lo em sua raiz, em sua fabricação, devemos nos aproximar, não dos filósofos mas dos políticos, devemos compreender quais são as relações de luta e de poder. E é somente nessas relações de luta e de poder – na maneira como as coisas entre si, como os homens entre si se odeiam, lutam, procuram dominar uns aos outros, querem exercer, uns sobre outros, relações de poder – que compreenderemos em que consiste o conhecimento. (Michel Foucault)¹⁹

Bergson buscou no senso comum/ bom senso um sinal de verdade. Aristóteles no consentimento universal. Mas, admitindo tais teorias, o que dizer, por exemplo, do gênio e do herói, que pode ter razão contra a multidão? O consenso dos homens não é prova da verdade, uma proposição que se repete não é prova da verdade, senão quando se fundamentada sobre dados independentes, testemunhos, experiências e fórmulas.

19. FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Ed., 1996, p.23.

A verdade resiste ao tempo, ao uso e à crítica, e sendo fecunda, haveremos de julgá-la pelos seus frutos, serviços prestados, pelo progresso que empreenda e pelo bem que opere.

Não obstante, estas duas concepções nos leva a uma dificuldade: ou tudo é verdadeiro ou nada o é, o que significa a mesma coisa, de modo que teríamos de admitir a existência de diversos tipos de verdade, de graus de conhecimento e de aproximações da verdade, um vez que não é a diferença entre o pensamento e o real que indica se o homem pode alcançar a verdade, mas sim, em que medida pode fazê-lo.

Trata-se de uma postura relativista, posto que nenhum conhecimento é absoluto e nos fornece a cabal explicação do real. Todo conhecimento é relativo, nos sendo apenas possível atingir os fenômenos. Para Hume, considerado o pai do ceticismo moderno, “o eu é apenas um conjunto de impressões, ligadas entre si por leis de associação e pelo hábito”.

Segundo Kant, Hume o acordou do sono dogmático, ao proclamar que os objetos em lugar de regularem o nosso conhecimento é por ele regulado, e na “Crítica da Razão Pura” afirma a impossibilidade do conhecimento da coisa em si e, por consequência, de toda metafísica dogmática, ao mostrar o caráter formal dos conceitos, posto que o nosso entendimento, incapaz de atingir o real, ou as coisas em si, apenas conhece a sua refração através de seus quadros.

O dogmatismo perde o seu fundamento no momento em que admitimos que o conceito não coincide com a realidade, razão pela qual Pascal afirma que toda certeza verdadeira é uma fé: acredita-se em princípio; logo após forja-se uma hipótese e em seguida procura-se as razões.

O método filosófico, assim, abandonando toda esperança de obter um conhecimento direto do real, procura determinar esse real no sentido em os valores humanos possam ser satisfeitos.

Assim, ao fazer repousar todo o conhecimento das coisas na fé, Kant abre caminho para o positivismo de Comte, para o agnosticismo de Spencer e para o normativismo de Kelsen, que entendem que a ciência é certa, mas puramente fenomenal, e quanto ao absoluto, se existe, é absolutamente incognoscível: o pensamento é apenas o que se conhece e o conhecimento não resulta do pensamento, ou seja, a realidade em que o pensamento (a razão pura) se encontra é incognoscível.

Isto, porém, significa a inviabilidade da filosofia, pois só há filosofia quando se define o “pensar”, pois o domínio da filosofia é o pensamento externo que

introduz o ser no não ser, impondo suas leis à natureza (ciência moderna) e suas formas à sociedade (direito), mas sem a garantia de verdade, que apenas existiria se ela fosse pensada dentro dela mesma.

Assim, se na lógica aristotélica prevalece o princípio da não-contradição: “de nada se pode dizer, ao mesmo tempo, que, é e que não é”, na lógica hegeliana prevalece o princípio de contradição: “de tudo se deve dizer, ao mesmo tempo, que “é” e não é”.

Este, porém, é um dilema, que apenas admite uma solução: estarmos armados do espírito crítico para reconhecer a existência de diversos pontos de vista sociais, e refletir sobre o estado atual e as contradições da ordem social, através da auto-reflexão e de um auto-questionamento constante, que permitam o redescobrimto do interesse fundamental de emancipação.

O jurista do nosso tempo, o professor, o juiz, o promotor, o advogado, deve romper com a separação entre a dogmática e o senso comum e abrir mão de ser uma voz que suprime todas as outras através da transformação dos discursos sociais em textos pretensamente neutros e objetivos.

A interpretação jurídica não deve ser um monólogo onde o jurista cuida de reconstruir uma totalidade e revelar o sentido dos diversos papéis sociais, mas um diálogo, uma expressão de troca na multiplicidade de valores, através da negociação entre os diferentes atores, inclusive o jurista, que não mais se esconde atrás da neutralidade e objetividade para dominar os clientes, e muito pelo contrário, mostra seus valores, para então dispersá-los.

Um jurista pós-moderno não analisa, mais do que isso, sugere, provoca, negocia, através da representação dos sujeitos jurídicos e não de papéis sociais. Ele é o que dá voz ao povo e ao seu imenso senso de justiça.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva. 2003.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. São Paulo: EUDSP. 1982.

_____. *Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação*, Trad. Mariza Corrêa, Papyrus, Campinas, SP, 1996.

- FARIA, José Eduardo. *Justiça e Conflito: Os Juizes em Face dos novos Movimentos Sociais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau Ed. 1996.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas. 1988.
- HABERMAS, Jurgen. *Racionalidade e Comunicação*. São Paulo: Edições 70. 2000.
- _____. *O discurso filosófico da modernidade*. São Paulo: Martins Fontes. 2002
- POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Resende Martins; Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1999.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as Ciências*. Porto: Edições Afrontamento. 1987.
- WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*. Trad. Augustin Wernet. São Paulo: Cortez. Campinas: Editora Universidade Estadual de Campinas. 1993

III

ORLANDO GOMES

E A PÓS-GRADUAÇÃO NA FDUFBA

Johnson Nogueira

Prof. Adjunto IV da FDUFBA, Prof. Concursado da Fac. De Dir. da UCSAL, Mestre em Direito Econômico pela FDUFBA e Doutorando em Direito Público pela FDUFBA.

As gerações de professores anteriores à nossa (Marília Muricy, Johnson Nogueira, Fernando Santana, Maria Auxiliadora Minahim, Celso Castro *et alii*) praticamente não conheceram uma experiência de pós-graduação em Direito, salvo o “velho” doutorado instituído em 1953, por iniciativa de Orlando Gomes, então Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, com o apoio do Reitor Edgar Santos, com base na Lei n. 114, de 11 de novembro de 1935, e no Regimento Interno (arts. 7º e 8º). É que não havia ainda mestrado, somente previsto normativamente após o advento do regime ditatorial de 1964. Também nossa Escola desconhecia a pós-graduação *lato sensu*, que só viria a ser iniciada por Calmon de Passos, que apresentou o projeto do Curso de Especialização em Processo na Câmara de Pós-Graduação, o qual foi aprovado e, curiosamente, a própria Câmara indicou o Prof. Dr. Calmon de Passos como seu Coordenador. O Curso de Especialização em Processo foi o carro-chefe do sucesso da pós-graduação *lato sensu* em Direito, ao lado dos Cursos de Direito Civil e de Direito Tributário, dentre outros.

O “velho” doutorado em Direito formou sua primeira turma em 1955, constituída pelos seguintes professores da Casa: George Fragoso Modesto e Sylvio Santos Farias. O orador da turma foi Fernando de Almeida Maia, e dela ainda fez parte Mário de Almeida Lobão, o único que pertencia à Seção de Direito Privado. Os restantes integravam a Seção de Direito Público. O Professor Catedrático Orlando Gomes, então Diretor da FDUFBA, foi o paraninfo da primeira turma de doutores, cujos componentes colaram grau em 19 de outubro de 1955, ocasião em que foi proferido o famoso discurso de paraninfia com o título de **O Dever das Elites**, do qual extraímos os seguintes trechos magníficos, que constituem lições exponenciais do pensamento do seu autor:

O futuro dirá que a semente não foi lançada à neve. Os que não crêem no

trunfo das iniciativas transcendentais do presente imediato, os que não acreditam no poder da vontade a serviço de um ideal e, finalmente, os contemplativos e os céticos, os dispersivos, os omissivos e os derrotistas de todos os matizes, os apologistas da rotina e os esquizofrênicos da ação, todos esses incréus hão de reconsiderar a atitude, porque todas as interpretações subjetivas do pessimismo esterelizante se esfarinham diante da objetividade triunfante dos fatos.

Para essa vitória, o que mais importou, sem nenhuma dúvida, foi o vosso entusiasmo, a vossa compreensão, a vossa tenacidade. Pioneiros sois, principalmente pelo espírito. Eis porque as honras do triunfo todas são vossas.

Associando-me a ela, numa honrosa distinção, tenho, para mim, que quizestes, no último instante, ouvir a palavra de um entusiasta do curso, que viesse dizer-vos da significação e do alcance do vosso doutoramento, definindo, principalmente, as vossas responsabilidades perante a cultura, de que vos fazeis apóstolos fervorosos.

Suponho que o melhor caminho a seguir para encontrar-me com esse desejo vosso será o de fixar, em síntese apertada embora, o papel das elites na evolução política e social do país, desde a disseminação do ensino superior, com a criação das faculdades livres em seguida à proclamação da República.

(...)

A proliferação das escolas superiores, a partir da derradeira década do século XIX, atendeu à imperiosa necessidade da evolução econômica e política do país, cujos quadros administrativos passaram a reclamar a participação de maior número de letrados. Levaram eles, para a vida política, o fluxo de um idealismo, infundido, nas faculdades, sob a inspiração de uma filosofia triunfante, que preconizara o capitalismo na ordem econômica, o liberalismo na ordem política e o individualismo na ordem jurídica, servidos por uma ética humanista que a ideologia utilitária não poluiu.

O progresso econômico, político e jurídico do País acelerou-se sob a influência dessas idéias educativas para o meio. A elite intelectual, que as professava, não teve forças para substituir a base latifundiária do poder político. Mas, através de compromissos e transações, soube evitar que a Nação descambasse para as formas de autocracia próprias dos países subdesenvolvidos. E, assim, apesar das deformações impostas pela imaturidade do meio, o regime republicano, de feição liberal, foi preservado durante quase meio século.

(...)

A essa altura da História, as forças sociais, que o progresso material desencadeara, adquirem consciência política e condensam seus interesses, mediante uma racionalização rudimentar, numa ideologia sem constantes históricas e sem densidade filosófica, que as expõe às seduções da demagogia. Não obstante, os efeitos desse processo de captação de sua simpatia ultrapassam o propósito e, em consequência, os pretensos condutores, em verdade, são os conduzidos.

A atitude da elite intelectual diante desse processo evolutivo, desenvolvido rapidamente, atesta o seu despreparo em face das novas condições, a revelar uma incompreensão dos fatos novos que, em muitos, culmina, psicologicamente, numa atitude demissionária. Nos setores mais ativos, porém, a incapacidade traduz pela renegação. Os que sempre foram os defensores intransigentes do regime da legalidade democrática voltam-se hoje surpreendentemente para as soluções extra-legais. Todas as virtualidades de um idealismo, que sustentou a bandeira do progresso e da civilização, se condensam nas fúrias de uma reivindicação iconoclasta, que não passa do gesto suicida de queimar os ídolos adorados.

Hipertrofia-se a crença no poder da vontade individual, difundindo-se a suposição simplória de que a “mudança de homens importa completa mudança de situação”.

As causas desse comportamento explicam-se, de modo mais inteligível, com o auxílio da psicologia social. Não é somente por seu marginalismo econômico que as classes médias vacilam e desgarram. Quando ocorre o fenômeno de sua inflação, como se está verificando, o rebaixamento da categoria pela *capitis diminutio* na estratificação social, suscita aquele estado de medo pânico, que se apossa de quem escorrega, desliza e, afinal, rola num abismo. O que a vida lhe oferece é a humilhação quotidiana, que todavia deve ser dissimulada, exteriormente, por aquele *status* de “pobreza envergonhada” que, se tornando cada dia mais insuportável, acaba por vencer tenazes resistências morais. Interiormente, o complexo precisa ser sublimado, e o recurso único é a imagem de compensação, através da qual os ressentimentos e as frustrações são transferidos para causas extra-econômicas. Conforme a intensidade do medo, a compensação pode chegar ao extremo da glorificação das emoções irracionais. Uma elite intelectual que se torna presa desse pavor, demite-se de sua missão. Porque a hipertensão da emocionalidade se faz acompanhar de um obscurecimento da inteligência.

Não é de admirar, - embora de condenar -, que essas classes e seus guias espirituais encontrem no totalitarismo, sistemático ou episódico, o refúgio para a sua frustração. Para imaginários terrores, imaginárias consolações. Alijar toda a carga, para apegar-se, unicamente, a uma âncora esfrangalhada.

Esse estado de espírito contagioso favorece a vitória dos ressentimentos inconfessáveis e das místicas obscurantistas, em cuja atmosfera o culto da força bruta se propaga, e o terrorismo na vida política se implanta.

É contra essa falsa consciência, que os intelectuais devem lutar. Mas, para a luta, precisam estar preparados. Os altos estudos de um curso de doutorado numa universidade devem servir, primeiramente, para arejar os espíritos, a fim de que possam superar a mentalidade pré-lógica, que a irracionalidade latente do homem descerra nas épocas de crise e de transição, como a que estamos atravessando.

(...)

Há sessenta anos atrás, quando se formava, nessa Escola, a primeira turma de bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais, o que deles se esperava, e dos que

a eles se seguirem, era que transfundissem no organismo nacional, pela palavra e pelo exemplo, o sangue generoso daquelas idéias fundamentais de nossa cultura, que, entre nós, seriam evangelizadas por um verbo incomparável.

Hoje, não haveria anacronismo em concitar os primeiros doutores a uma transfusão do mesmo sangue, uma vez que muitos dos valores que pareciam superados estão sendo contestados com tanta veemência e sem cerimônia, que o mais conservador dos liberais tem a figura paradoxal de um radical extremado.

A honra e glória das elites egressas das faculdades foi a de ter oferecido tenaz resistência a toda forma de autocracia ou de despotismo. Ainda agora, deve ser o primeiro mandamento de seu código ético.

(...)

Ora, não existe esse país em um mundo de compartimentos estanques. Vive numa comunidade cujas províncias cada vez mais se identificam. Vista em conjunto, numa cosmovisão em que as incompatibilidades se minimizam, o que ressalta é o sentido do coletivo, a subordinar a vida a soluções políticas. Ninguém mais, no Leste ou Oeste, se sente responsável por seu destino. Para o Estado se voltam todos, desde o operário, que o julga obrigado a sustentá-lo no desemprego ou na invalidez até ao capitão de indústria, que acha ser dever seu socorrê-lo em suas dificuldades. Nesse clima, o papel do jurista avulta, se tem consciência de que seu primeiro dever é conhecer a realidade subjacente. Gény, no estudo profundo que dedicou à ciência e à técnica jurídicas salientava que os dados naturais do Direito se encontravam nas condições de fato em que a humanidade está situada, quer seja a própria natureza, quer sejam as condições econômicas que influem sobre sua atividade, quer sejam as forças políticas atuantes. São essas realidades que perfilam os contornos da regra jurídica, e sobre esses dados reais, ainda se enxerta o dados histórico. Cumpra ao jurista, para suas racionalizações, conhecê-los profundamente.

(...)

O dever do jurista não se esgota na explicação ou na aplicação de uma regra de direito, mas, se consubstancia, em sua mais alta expressão, no esforço que dispense para realizar um ideal. Esse ideal tem o belo nome de Justiça. Mas essa é uma palavra-*proteu-*, contra cujas deturpações de sentido é preciso estar alerta. Não deveis tomá-la como uma aspiração indefinida, das que servem a todos os paladares.

Emanuel Levy, que sustentou a bandeira do socialismo jurídico com maestria, foi acusado por ter querido concretizar a idéia de justiça num ideal distinto e preconcebido. Os que o acusaram outra coisa não fazem, porque sob os mais hábeis disfarces, transfundem, nesse valor, os interesses, as aspirações e os desejos que defendem, por crença. Por ideologia, ou, até, por puro egoísmo. O que há, pois, é um conflito de concepções, cada qual forcejando por se impor, de modo que, verdadeiramente, o Direito é a resultante de uma luta, como assinalou genialmente Von Ihering. Atrás da idéia abstrata de Justiça, o que se esconde é uma concepção definida pelo conjunto de ideais e interesses que encarceram a

mentalidade de cada um de nós. Julgam esses idealistas que, se as suas idéias ou os seus interesses se cristalizam em leis, a Justiça está triunfante. Em verdade, a luta continua, e outros interesses e outras idéias vão, de contínuo, se cristalizando juridicamente.

O que não pode ser esquecido é que a cristalização só se opera modernamente através do poder político.

Então, há que turbar o repouso dos juristas que não querem fazer política, como o interrompeu Ripert, demonstrando que não podem deixar de fazê-la.

Mas, se o direito é o instrumento, por excelência, da vida política dos povos, o dever do jurista é lutar pela afirmação dos valores que constituem o apanágio da cultura.

(...)

A luta pela dignificação do homem é reconduzida, a cada etapa histórica, por novas forças, mesmo quando elas, em sua investida, dão a impressão de que querem destruir esse valor. O protesto que hoje se eleva de todos os cantos contra o aviltamento do trabalho é, no fundo, uma canção guerreira, a cujos acordes marcham os que conduzem a bandeira, ontem enrolada, que simboliza a “ética social humanística” na sua pureza primitiva.

(...)

Mas a nós, intelectuais, o que cumpre preservar, acima de tudo, é a unidade da cultura, como tem sido entendida pelos maiores pensadores de todos os tempos, e foi definida, em termos lapidares, por Pascal nesta sentença perene: “Toda a seqüência dos homens, durante o curso de tantos séculos, deve ser considerada como um só homem, que subsiste sempre e que aprende continuamente”. É a cultura, com esse significado universal, que deve ser defendida, para dar sentido ao destino humano e impulso ao progresso histórico.

Se souberdes contribuir para o triunfo desse ideal supremo, tereis sido dignos da borla e do capelo que ostentais

E quando amanhã, muitas gerações tiverem passado sobre a vossa geração, e alguém, desta mesma tribuna, que não acabará, debruçar os olhos sobre o passado, pedindo contas aos que daqui se precipitaram, no torvelinho da História, a figura pioneira de vossas personalidades, divisada por um binóculo invertido, irá se aproximando fantásticamente do ambiente eletrizado, e, no testemunho admirativo dos que a evocaram, terá a consagração que compensa todas as canseiras, todas as renúncias, e todas as incompreensões. Também eu estarei presente. Não que tenha sido convocado. Porque em mim o que homenageais é a Faculdade de Direito, a vossa escola, a nossa escola, a cujas saudades não resististes, porque, já bacharéis, voltastes a ser estudantes. É ela que estará convosco, sorrindo para vossa memória glorificada, como sorriu para os vossos triunfos e vos consolou nas vossas provações. Neste momento, o vosso espírito deve concentrar-se em sua imagem, para que se potencialize na força que impulsionalará o grande ideal

de vossa vida, sobretudo, inspirará aqueles sentimentos de grandeza tranqüila que envolve o espírito na atmosfera da serenidade.¹

No ano letivo de 1955, estavam matriculados no Curso de Doutorado:

Na Secção de Direito Privado – 1º ano: Béis. Ângelo São Paulo, Hermano Augusto Palmeira Machado, Hugo Castro Kaufmann, Humberto de Figueiredo Machado, José Alfredo de Campos França, José Augusto Pedrosa Cunha, Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres, Renato de Souza Mendonça e Waldemar de Assis Menezes.

Na Secção de Direito Público – 1º ano: Béis Carlos Fraga, Hélio Raymundo de Britto, Jairo Simões, Osório Moreira Brandão Filho e Pedro Manso Cabral.

Na Secção de Direito Privado – 2º ano: Béis. Mário Rodrigues de Figueiredo Barbosa e Paulo da Silva Pereira Spínola.

Na Secção de Direito Público – 2º ano: Béis. Adelmo Soares Pessoa e Emmanuel Matta.

Desde a formatura dos primeiros bacharéis em 1892 até o ano de 1955, transcorridos assim 63 anos, com a proliferação de escolas de Direito, assinala Orlando Gomes que ficou marcada a necessidade de novos quadros para atender o serviço público, ditada por uma imperiosa urgência de evolução econômica, política e social do País.

Os letrados conduzidos aos quadros do serviço público, levaram para a vida política o fluxo de um idealismo obtido nos bancos das faculdades, “sob a inspiração de uma filosofia triunfante, que preconizara o capitalismo na ordem econômica, o liberalismo na ordem política e o individualismo na ordem jurídica, servidos por uma ética humanista que a ideologia utilitária não poluiu”.

A reforma do ensino universitário imposta pelo Movimento Militar de 1964 dividiu o ensino da pós-graduação em *lato sensu* e *stricto sensu*, abrangendo esta última o mestrado e o doutorado, sendo o mestrado pré-requisito para cursar o doutorado, salvo casos excepcionais de notável saber jurídico reconhecido pelo colegiado competente da universidade.

Não tendo mestrado, a FDUFBA teve o seu “velho” doutorado extinto e somente em 1975, por esforço e liderança de Orlando Gomes, contando com o

1. GOMES, Orlando. O Dever das Elites. Revista da Faculdade de Direito da Universidade da Bahia, Vol XXX, Bahia, 1955, ps. 196/175.

apoio de Machado Neto, Nelson Sampaio, Lafayette Pondé e do Prof. Antunes Varela, exilado de Coimbra, foi instituído o Mestrado em Direito Econômico, o primeiro do Brasil com esta área de concentração. O Prof. Orlando Gomes foi seu primeiro Coordenador.

A primeira turma, quase toda de professores da FDUFBA, concluiu o mestrado em 1979, com o depósito da dissertação, mas seus integrantes só colaram grau em 1980, sob a paranínia de Orlando Gomes, com a presença de autoridades da Reitoria da UFBA.

Esta primeira turma de mestres foi constituída dos bacharéis Antônio Carlos de Oliveira, Antônio Ezequiel da Silva, Arx da Costa Tourinho, Edvaldo Pereira de Brito, Elsiore Moreira Alves, Geraldo Sobral Ferreira, Hermano Augusto Palmeira Machado, João Oliveira Maia, Johnson Barbosa Nogueira, José de Castro Meira, Paulo Roberto Bastos Furtado, Pedro Manso Cabral, Rogério Ataíde Caldas Pinto e Ruy Santos Tourinho.

De 28/08/81 a 31/08/96, graduaram-se mestres em Direito: Adroaldo Leão, Ana Francisca Pinto de Souza, Cícero Virgulino da Silva Filho, Deraldo Dias Moraes Neto, Douracy Soares, Edmundo Cordeiro de Almeida, Francisco Wildo Lacerda Dantas, Gilberto Gomes da Silva, João Augusto de Oliveira Pinto, Jorge Luiz da Silva Machado, José Antônio Pereira Portela, Jussara Maria Salgado Lobo, Lélia Guimarães Carvalho Ribero, Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro, Marcus Vinícius Americano da Costa, Maria da Conceição Ferreira do A. Durães, Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres, Mirian de Almeida Souza, Nilza Reis, Nilza Rocha de Figueiredo, Ninaldo Aleluia Costa, Olindo Herculano de Menezes, Paulo Vasconcelos Jacobina, Pedro Henrique Lino de Souza, Perpétua Maria Vieira Figueiredo, Ruben Dário Peregrino Cunha, Saulo José Casali Bahia, Sérgio Alexandre Menezes Habib, Sérgio Sanches Ferreira, Silvia Campos França Cohin e Wilson Alves de Souza.

Atualmente, já passou de uma centena o número de mestres graduados pela FDUFBA, segundo nos informou o servidor Jovino.

Ainda não recebemos uma resposta convincente para o fato de só em 1975 ser instituído o Curso de Mestrado, uma vez que a FDUFBA tivera doutorado desde 1953 até sua extinção com a Ditadura Militar de 1964. O certo é que, graças a Orlando Gomes, que foi diretor da FDUFBA de 1966 a 1970, após ter sido antes no período de 1952 a 1961, foi criado o Mestrado em 1975, com excelentes resultados para a Faculdade de Direito, bem como para a Universidade Federal da Bahia e, porque não dizê-lo, para o Estado da Bahia e o Nordeste Brasileiro.

Com a aposentadoria compulsória em 1979, Orlando Gomes continuou no Mestrado, por meio do Programa Pró-PAP.

Aqui também fica no ar a pergunta: Por que não foi instituído Doutorado logo após 1980, quando se formou a primeira turma de mestres?

Com certeza, a jubilação compulsória de Orlando Gomes, em 1979, contribuiu para o retardamento do doutorado na FDUFBA, o que só veio ocorrer em 2004, na nossa gestão à frente da Diretoria da Faculdade de Direito da UFBA.

Certamente o pequeno número de professores doutores do quadro efetivo da FDUFBA foi desencorajador para que se buscasse dar conseqüência à instituição vitoriosa do Mestrado, com a necessária criação do Doutorado em Direito.

Nos primeiros dias da nossa gestão à frente da FDUFBA, convoquei uma reunião com os poucos doutores do quadro efetivo, cerca de meia dúzia, e iniciamos a reunião, no gabinete da Diretoria, com uma pergunta endereçada a todos os doutores: Por que, até hoje, não temos um doutorado? ...Após ouvir, dentre outros, a Doutora Maria Auxiliadora Minahim, o Doutor Edvaldo Brito e o Doutor Saulo Casali, concluímos em asserção a todos eles dirigida: Não temos Doutorado, porque não se apresentou projeto junto à CAPES...Dito isto, decidimos apresentar um projeto de Doutorado, até porque, na nossa campanha da eleição para Diretor, a criação do Doutorado era uma meta destacada, porque entendíamos que a nossa Faculdade era uma Faculdade de segunda classe pelo fato de não possuir doutorado, com grande prejuízo para a atividade de pesquisa. E assim se fez, o projeto foi apresentado ainda em 2001, mas só logrou sua aprovação em 2004. Mas essa é uma longa história, que contaremos em outro documento, com fidelidade histórica. Só podemos adiantar que houve cinco fatores fundamentais para o sucesso da empreitada: o episódio “Portugal”, que criou uma enorme crise no programa de pós-graduação da FDUFBA; nossa determinação em lutar pela criação do doutorado, para cumprir o compromisso da campanha para diretor da FDUFBA; o denodo técnico do coordenador da pós-graduação, Professor Saulo Casali, na elaboração e apresentação do projeto do doutorado; o trabalho político que desenvolvemos entre deputados federais, Ministro Waldir Pires e Ministro da Educação, demonstrando nossas condições e insatisfação por não termos doutorado; e o apoio logístico e financeiro da Fundação Faculdade de Direito.

IV

SINGULARIDADES DO PESQUISADOR DO DIREITO

Mário Figueiredo Barbosa

Professor da Faculdade de Direito da UFBA (aposentado);
Professor da UCSal; Docente do Mestrado da UFBA; Membro
da Academia de Letras Jurídicas da Bahia; Membro do Instituto
dos Advogados da Bahia.

Estudar a personalidade do Mestre Orlando Gomes, nos múltiplos aspectos de seu reluzente espírito, nas tendências jornalísticas, nas incursões filosóficas, no domínio amplo do saber jurídico, no trabalho beneditino de aprimoramento das instituições do direito pátrio, é, não há como negar, tarefa excessivamente ingente.

Dotado de inteligência que se dinamizou sob várias formas sem alterar o brilho de sua essência, desempenhou, no território da intelectualidade, com pertinácia, responsabilidade e competência, muitas atividades nas quais se destacou como pesquisador infatigável do Direito. Mergulhou a fundo nessas pesquisas e desafiou o próprio tempo para conciliar essa riqueza de produção em todas as províncias da cultura. Pesquisou como se fosse um guarda de um templo vigiando a incolumidade dos altares do saber jurídico. Ele bem compreendia que, nesse mundo recheado de incertezas das coisas efêmeras, só o espírito do conhecimento se impõe, se virtualiza e perdura. Culminou, assim, com a inexcedível figura de insigne jurista. A inteligência e a obsessão pelo estudo foram as grandes virtudes no pugnar com o tempo, para atingir, como atingiu, o ápice perene de resplandecente cultor da ciência jurídica. Para chegar a esse cume aureolado de saber jurídico, teve que se defrontar com o relógio do tempo. Goethe, por exemplo, se indignava diante do espetáculo da imensa dissipação que faz a humanidade dessa rica matéria. Precioso é o tempo que se gasta a serviço da cultura. Aproveitá-lo é sabedoria. Nisso o Mestre Orlando Gomes era também sábio. Sejam quais forem as circunstâncias em que se encontrem, pouquíssimos são os homens privilegiados pela natureza que sabem fazer cabedal do tempo. O Mestre Orlando Gomes foi um desses prodígios inexplicáveis e intrépidos que souberam usufruir dele para enriquecer sua laboriosa atividade intelectual. Enclausurou-se, muito cedo, apaixonadamente, numa biblioteca que construiu e nela se manteve, ininterruptamente, num trabalho árduo e produtivo de estudos e pesquisas, atualizando-se com a doutrina pátria e

alienígena. Existência, portanto, confinada no gabinete de trabalho, numa tarefa paciente e persuasiva de estudos e reflexões.

Nesse debruçar sobre os livros é que propicia descobri-lo, para retratar o jurista, no âmbito do seu pensamento construtivo. E, principalmente, buscar-lhe a riqueza do seu mundo interior e os elementos que lhe ensejaram ampliar a visão e lhe permitiram descortinar o sentido universal da ciência do Direito. Não obstante a biblioteca ser constituída, na sua maior parte, de obras de Direito Civil e de Direito do Trabalho, havia também um contingente expressivo de livros de outras disciplinas do curso jurídico. Livros da área do Direito Comercial, do Direito Processual e do Direito Econômico, este sob sua regência, por alguns anos, no Curso de Mestrado. Integram-na, ainda, os originais escritos à mão, na sua letra característica, das obras que publicou em grande número, durante sua carreira magisterial, iniciada em 1936. Essa magnífica biblioteca está hoje incorporada à Fundação Orlando Gomes. Trata-se, portanto, de valioso acervo a serviço dos que militam na área jurídica. Biblioteca digna de quem madrugou com brilhante sucesso e marcou precocemente sua primazia nas letras jurídicas.

Nesse amável convívio diário com os livros, mestres mudos que ensinam sem fastios, ele permaneceu sobre eles debruçado até o último dia de sua vida. Não se separava deles ainda mesmo nas crises mais agudas de sua saúde, sempre ávido de lê-los e anotá-los. Tudo isso rigorosamente cronometrado. E porque dotado dessa disciplina modelar do tempo é que soube genialmente domá-lo, dando-lhe o valor necessário no enriquecimento de sua erudição jurídica. Nesse aproveitamento do tempo, há de se ressaltar várias singularidades ocorridas na leitura dos livros que fazem com que ele seja considerado como extraordinário pesquisador do Direito. Oportuno destacar algumas das centenas de observações e anotações feitas por ele no curso dessas leituras, revelando, assim, notável capacidade de perscrutação do pensamento doutrinário de eminentes juristas. Em alguns livros, como no caso, por exemplo, de “Princípi sulla interpretazione de Negozi Giuridici”, de Luigi Mosco, O mestre Orlando Gomes fez observações no índice, anotando os capítulos e as matérias que ele considerou de maior relevância. No primeiro capítulo, por exemplo, fez anotações extensas e minudentes, algumas das quais no próprio idioma italiano. Ao comentar o artigo 1362 do Código Civil Italiano, teceu considerações sobre o princípio da coerência e a continuidade do endereço da vontade, uma fase da formação do contrato e de sua execução; observações críticas na conformidade da apreciação dos artigos do mesmo código. Peculiaridades, dir-se-á, *sui generis*, quando invoca o pensamento de Windscheid para contraditar o autor, no item relativo aos negócios a título oneroso e negócio a título gratuito, segundo possam produzir ou não, atribuições patrimoniais na relação de causalidade. Nessa obra, as anotações abrangem quase todos os capítulos.

No livro de Juan Jordano Barea, “El Negócio Fiduciário”, fez anotações extensas sobre a doutrina e a jurisprudência quanto ao problema da admissibilidade do negócio fiduciário no ordenamento jurídico. Comentários de quem estava seguramente atualizado com a doutrina chilena, notadamente quando se refere ao negócio fiduciário do tipo romano e do tipo germânico. Na obra de Radbruch “Introduction a la Ciência del Derecho”, na parte das relações entre o direito e a economia, faz advertência com letras garrafais, fugindo do seu estilo caligráfico sobre o direito enquanto integrante da superestrutura da sociedade, recebendo, decisivamente, o influxo causal da estrutura econômica.

Curiosíssima a arguição que fez de um possível equívoco do tradutor da obra de Von Ihering, “Evolução do Direito”, ao tratar da missão do direito, porque este não promulga em toda parte as mesmas disposições, adapta-as ao estado do povo, ou ao seu grau de civilização, às necessidades da época. Capacidade invejável de investigação quando invoca juristas renomados como Savatier, Planiol, Ripert, Josserand, Ruggiero, Savigny, Ihering, Windscheid, Betti, Messineo, Cariota, Francesco Ferrara, Enecerus, e tantos outros, para formular indagações ao autor do livro que, no momento, estava lendo, evidenciando, assim, a intimidade com a doutrina alienígena e com as obras dessa refulgente constelação dos sábios do Direito.

Outro fato de decifração difícil de entender por que sublinhava com cores diferentes, precisamente, verde, vermelho e azul? Por certo que não o fazia por estética de composição gráfica, mas para distribuir as matérias consideradas de maior ou de menor relevância jurídica. É o que tudo indica. Fazia uma chamada do texto ao rodapé com tinta vermelha e a interrogação, com tinta azul. Por que essa diferenciação de cores sobre o mesmo assunto? Pergunta cuja resposta pode comportar essas ilações. Para confirmar que isso tinha destinação jurídica, basta fazer atento exame na leitura de “El Negócio Jurídico”, de Carlota Ferrara, para certificar essa procedência, uma vez que há páginas inteiras com três cores, cada qual alusiva à determinada causa do negócio. Sublinhou todo o índice geral inclusive o elenco bibliográfico; os comentários todos a tinta vermelha na distinção entre ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico; já com tinta azul, sublinhou a definição do negócio jurídico e os elementos constitutivos.

O uso das cores, pelo visto, era aplicado com objetivos certos e específicos. No livro “I Negozi di Attuazione”, de Lorenzo Campagne, esquematizou o índice geral com tinta azul. Já no texto, ao comentar a ocupação *de res nullius* e a derelicação com o negócio jurídico de atuação, fê-lo com tinta vermelha. Na parte de negócio de atuação em contraposição aos negócios declarativos, sublinhou todas as páginas com tinta azul. Ele comentou minudentemente todos os capítulos e deu relevo ao capítulo concernente ao conceito geral do negócio jurídico e as

diferenças morfológicas e estruturais entre declaração e atuação da vontade e os seus efeitos jurídicos.

Os juristas nacionais tiveram também suas obras anotadas por esse incansável pesquisador. Assinalou alguns volumes ao comentário do Código Civil, de Carvalho Santos, idêntico exame fez ao Tratado de Direito Privado, de Pontes de Miranda, no volume do Direito das Coisas sobre o usufruto de título ao portador como usufruto das coisas. Incisivo na observação em torno de ser próprio ou impróprio o usufruto sobre títulos ao portador ou dos títulos endossados em branco. Ressaltou o Mestre: “Aqui se trata é de quase usufruto”. No Direito das Obrigações sobre o conceito e natureza da procuração em causa própria fez comentários à luz da doutrina estrangeira. Sublinhou quase todos os capítulos com variedade das cores das tintas. Ao livro Curso de Direito Civil, de Serpa Lopes, fez observações aos caracteres jurídicos do domicílio. Apontou uma contradição entre os artigos 31 e 32 do código civil pátrio e advertiu sobre o conceito de vinculação entre domicílio e a personalidade. Contudente nessa declaração: “Superficial e confuso”.

Em outro volume, já no fim da leitura, invoca *Droit Civile Comparé*, de René David, na parte do direito fundado sobre os conceitos romanos. Toda invocação tinha um suporte científico.

Na tese de concurso para cátedra de Direito Civil, da professora Regina Gondim Dias, fez severas observações. Lamentou a confusão feita entre a proposta e a promessa unilateral. Criticou afirmações contrárias ao título da tese “Contrato Preliminar”. Disse o Mestre ter a examinada incorrido em equívoco ao conceituar a teoria da obrigação de fazer. Fez um índice na última página do livro com as respectivas objeções.

Na tese do professor Sílvio Rodrigues sob o título “Dos defeitos dos atos jurídicos” anotou e comentou todos os pontos na argüição. Estranhou citações aos artigos revogados do Código Civil Italiano. Discordou da distinção entre erro obstáculo e erro vício. Quando o autor afirma que a onerosidade excessiva difere marcadamente daqueles outros defeitos, o Mestre simplesmente anotou: “que tem isso com os defeitos dos atos jurídicos?”

Curioso o que ele escreveu na primeira página com tinta de cor vermelha. “Nós somos o que somos, nem o elogio nos engrandece, nem a injúria nos diminui”. Só ele para explicar.

Por oportuno, vale ressaltar, também, as considerações científicas feitas por ele próprio na sua tese de concurso para cátedra de Introdução à Ciência do Direito, intitulada “O Estado e o Indivíduo”.

A tese versou sobre assunto polêmico na conceituação do individualismo e socialismo e, notadamente, sob o aspecto contemporâneo das relações entre o Estado e o Indivíduo. O mesmo comportamento de observações, indagações, contestações teve na sua outra tese de concurso para a cátedra de Direito Civil, sob o título Convenção Coletiva do Trabalho.

Artigos do Corpo Discente

DOUTORADO

Francisco Bertino de Carvalho
Ricardo Maurício Freire Soares
Tarsis Barreto Oliveira

MESTRADO

Ana Thereza Meirelles Araújo
Carlos Frederico Guerra Andrade
Edval Borges Segundo
José Reis Neto
Manuel Albuquerque Jr.
Matheus Barreto Gomes
Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz
Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho
Priscila Cavalcante
Tagore Trajano de Almeida Silva
Vanessa Vieira Pessanha

V

LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA EM DIREITO AMBIENTAL

Francisco Bertino de Carvalho

Advogado, Procurador do Município do Salvador, Mestre em Direito Econômico pela UFBA, Doutorando em Direito Público pela UFBA e Professor de Direito Processual Civil.

RESUMO: O ensaio, a partir das relações entre Estado e legalidade estrita, entre Estado e meio ambiente no passado recente e do direito ambiental com a legalidade estrita e com a discricionariedade, propõe, ressaltando a importância da interpretação para a construção das normas individuais e concretas, limites de atuação discricionária em direito ambiental no Brasil.

ABSTRACT: This paper, from onward the relations between State and legality, between State

and environment in recent past and between environmental law, legality and discretionarity, pointing out the importance of the interpretation for understand rules of law, put forward limits the discretionary action in environmental law in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ambiental; Legalidade; Discricionariedade administrativa.

KEY WORDS: Environmental law; Legality; Executive; Discretionary acts.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Estado e a legalidade estrita – 3. O Estado e o meio ambiente – evolução recente – 4. O direito ambiental e a legalidade estrita – 5. O direito ambiental e a discricionariedade administrativa – 6. Limites de atuação discricionária em direito ambiental – 7. A interpretação na construção das normas individuais e concretas – 8. A interpretação dos direitos ambientais – 9. Conclusão – 10. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A humanidade já superou a fase da discussão acerca da relevância das questões ambientais e, mesmo existindo controvérsias sobre a extensão dos danos causados ao planeta, ou mesmo sobre as medidas necessárias a reversão da grave situação a ser enfrentada, a prevalência da pauta ambiental na agenda global é uma realidade mais próxima a cada dia. O Estado e o direito afetaram-se por esta realidade

A causa do meio ambiente se desenvolve em diversos âmbitos de interesse, desde os individuais, até os transnacionais, passando pelos interesses de grupos, locais ou não, empresas e entes de direito público interno e externo.

A natureza difusa dos interesses relacionados à preservação da biosfera, todavia, favorece a tutela Estatal dos bens ambientais, fato que põe no centro das controvérsias a definição da fronteira da atuação do Poder Público na perseguição de suas finalidades, que observa duas linhas de atuação distintas: a legalidade estrita e a discricionariedade.

A análise de como, em questões relacionadas ao meio ambiente, o Estado traça os limites de sua ação, em especial no caso do Brasil, no qual a Constituição Federal distribui competência sobre a matéria entre os três entes da federação, passa a ser essencial para a compreensão do direito ambiental no ordenamento pátrio.

Assim, diante das formas de atuação do Estado é preciso compreender a relação do Poder Público com o meio ambiente, e, especificamente quanto ao poder discricionário, analisar como é possível compatibilizar os desafios da questão ambiental, com os princípios reguladores da ação estatal no Estado Democrático de Direito.

2. O ESTADO E A LEGALIDADE ESTRITA

O princípio da legalidade estrita, informador da atuação do Poder Público, por força de uma concepção liberal segundo a qual a liberdade dos cidadãos advém da limitação do poder estatal, se traduz em restrição à atuação do Estado (aos ditames previamente traçados pela lei).

A concepção típica do liberalismo segundo a qual o melhor Estado é o contido, mínimo de pouca ingerência na sociedade, notadamente nas atividades econômicas ainda é, hoje, a matriz ideológica da construção do significado da legalidade para o Estado.

O desenvolvimento social, político e jurídico ocorrido no Século XX, entretanto, estabeleceu metas muito mais audaciosas para o Estado, sem desvinculá-lo da subserviência à lei, ou seja, a ampliação da missão estatal – refletida na história do constitucionalismo do século próximo passado – para incorporar os direitos sociais e os chamados direitos da fraternidade, entre os quais está o direito ao meio ambiente ecologicamente sustentável, não modificou a idéia de legalidade (estrita) para o Estado.

Assim, esta ampliação dos objetivos estatais, não correspondeu a uma maior liberação do Estado para encontrar os meios capazes de atingir estes fins, ao contrário, a análise mais acurada, mesmo nos países periféricos, nos quais as instituições democráticas e a submissão do poder à regras encontram-se ainda longe de patamares ideais, revela a gradativa, mas crescente, implantação prática do governo das leis. O Brasil, neste aspecto, não é exceção.

De fato, se, por um lado, o noticiário nacional traz diariamente informações sobre o desrespeito aos princípios que deveriam nortear a atuação estatal e suas relações com a iniciativa privada, por outro, é inegável que a construção no país – mesmo que lenta – das instituições necessárias para a modificação deste panorama também é evidente. Da estruturação dos Ministérios Públicos na União e nos Estados Federados, assim como de Controladorias na União em Estados e Municípios, resulta, de um lado, em notícias ruins divulgadas pela imprensa, de outro, na mudança de paradigmas no trato do interesse público, especialmente nos resultados das práticas danosas à coisa pública.

A questão, que vem se mostrando um dos maiores desafios para o Estado nos tempos atuais, é a dificuldade dele lidar com esta ampliação dos deveres e das expectativas dos cidadãos tendo sua liberdade de atuação cada vez mais limitada, ou seja, o lado bom do fortalecimento das instituições democráticas, especialmente de controle do Estado, tem um contraponto no aumento da dificuldade que os gestores enfrentam para lidar com metas tão ambiciosas como são, entre outras, por exemplo, as ambientais.

Não se pretende, de forma alguma, retirar ou reduzir a importância de se atender às regras e aos princípios constitucionais, ou legais, reguladores da atuação estatal, muito menos dos controles que se fazem necessários para manter a atuação do Estado comprometida com tais objetivos, apenas chamar a atenção para a real dificuldade enfrentada pelo Poder Público comprometido com sua missão institucional para atingir resultados tão complexos como os exigidos pela proteção do meio ambiente, tendo sua margem de manobra cerceada, por exemplo, pelo princípio da legalidade estrita.

3. O ESTADO E O MEIO AMBIENTE – EVOLUÇÃO RECENTE

O direito ambiental desenvolve-se e associa-se ao Estado no bojo do processo de desenvolvimento do constitucionalismo ocorrido no Século XX. Uma perspectiva histórica revela que, aos princípios originados da revolução francesa, já representados por gerações de direitos fundamentais (liberdade pelos direitos de primeira geração, igualdade, pelos de segunda), juntaram-se no momento seguinte, sob o manto simbólico da fraternidade¹, os de terceira geração, dirigidos à salvaguarda de direitos como ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à um patrimônio comum da humanidade, comunicação, frutos da constatação que

1. Alguns doutrinadores preferem a expressão “solidariedade” ao invés de fraternidade, como Etienne R. Mbaya, segundo Paulo Bonavides. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 523)

até mesmo a sobrevivência da espécie humana está condicionada à observância de limites destinados a proteger direitos difusos e transindividuais cuja titularidade não pertence nem a um indivíduo, nem a um conjunto deles, mas à toda a humanidade.

Não há entre estes princípios, porém, rígida hierarquia de qualquer natureza, o que torna a solução das antinomias jurídicas impróprias² surgidas da necessidade de harmonizar o sistema quando eles se colocam em posições antagônicas diante de um caso concreto. A oposição entre princípios, por natureza, não pode ser tratada objetivamente como o conflito entre regras³. Este problema torna-se mais complexo quando é o Estado o agente a nortear a sua conduta para realizar ao máximo todos os estes princípios.

Até então os direitos fundamentais desenvolveram-se em estreita correlação com o Estado, servindo-lhe inicialmente de anteparo, depois de instrumento da realização de uma política social pelo Estado e, por fim, incorporando-lhes os interesses pelo mesmo protegidos de origem plurisubjetiva, ou seja, de efetivo cunho geral. O desenvolvimento do constitucionalismo correspondeu à uma domesticção jurídica do fenômeno político⁴.

Em resumo, de uma forma geral e especialmente em relação aos direitos fundamentais, o Estado deixou de ser o inimigo a ser contido, para, gradativamente,

2. Entre princípios, portanto, ocorre uma antinomia jurídica imprópria, pois não há conflito nem necessidade de exclusão da ordem jurídica de uma norma, como no caso da colisão de regras, devendo ser composta a situação pela ponderação dos valores tutelados. Para resolver os conflitos entre os princípios constitucionais, juristas suscitam o caminho de uma “concordância prática” ou uma “ponderação prática de bens” entre os princípios em aparente conflito. Para eles, o peso dos princípios e as circunstâncias do caso concorrem para ditar a forma de concretização (e harmonização) dos princípios em conflito.
3. "Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo há de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación com respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.
Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice." (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993)
4. “A supremacia constitucional, portanto, resulta do fato de que, ao transformar Direito e política em fenômenos de mútua implicação, a Constituição representa uma estrutura normativa superior a todas as demais no interior da ordem jurídica, que estrutura juridicamente o Estado por meio das funções pelas quais ele atua e estabelece solenemente os fundamentos para a realização dos direitos fundamentais”. (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 100.)

passar a ser o parceiro comprometido com a concretização prática dos preceitos constitucionais, o que é particularmente sentido na própria evolução individual dos direitos fundamentais relacionados ao meio ambiente. Os direitos fundamentais de primeira geração, de fato, surgem com nítido propósito de limitarem a atividade Estatal. A intenção era clara: coibir abusos por parte do Estado – o Leviatã a ser subjugado.

Com a mudança do papel do Estado, especialmente do Estado Democrático de Direito, o conteúdo destes princípios também sofreu alterações, porque estes começaram a relacionar-se com a proteção dos direitos individuais pelo Estado (e não mais contra o Estado), ou seja, a sociedade começa a utilizar-se do Estado como instrumento garantidor de seus direitos. Este papel ainda se amplia nos direitos ditos de terceira geração, na proteção dos quais o Estado (Democrático de Direito) atua decisivamente.

A tomada de posição pelo Estado, encarregado pela própria Constituição e pela idéia de Estado Democrático de Direito, de entregar à sociedade uma resultante positiva de uma análise ponderada e razoável (princípio da razoabilidade)⁵ sobre todo este rol de princípios, é essencial para a validade prática – eficácia – do ordenamento em cada hipótese fática ocorrida, pois é no equacionamento dos casos concretos que se pode realizar os valores contidos nos princípios⁶. A compreensão deste processo é fundamental, seja porque as constituições contemporâneas

5. “En el lenguaje que hoy suele usarse, esta atención a lo posible en la realización de los principios se denomina ‘razonabilidad’: una discutible expresión para aludir a lo que clásicamente se conocía como la ‘prudencia’ en la tratamiento del derecho. Está claro que este modo de situarse frente al derecho constituye solamente una actitud, una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que pueden reivindicar buenos principios en su favor. No es, en cambio, la ‘clave’ para resolver todo problema jurídico, como si tratase de una fórmula que permitiera obtener la solución de un problema matemático. Busca la respuesta más adecuada para las expectativas legítimas y, por ello, está abierto al enfrentamiento entre todas las posiciones que remiten a principios vigentes en el derecho... supone que hay que poner en marcha procedimientos leales, transparentes y responsables que permitan confrontar los principios en juego y que hay que seleccionar una ‘clase jurídica’ (en los órganos legislativos, judiciales y forenses, administrativos, etc.) capaz de representar principios y no sólo desnudos intereses o meras técnicas. Éstas son las condiciones para el triunfo de la prudencia en el derecho.” (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Trad. por Marina Grecón. Madrid: Trotta, 1995. p. 123)
6. “La realidad, al ponerse en contacto com el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla – como razona el positivismo jurídico –, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de ‘tomas de posición jurídica conformes com él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los interpretes del derecho). El ‘ser’ iluminado por el principio aún no contiene en sí el ‘deber ser’, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio”. (*idem*, p. 118)

encontram-se repletas de princípios demandando efetivação prática⁷, seja para entender o atual conteúdo axiológico dos direitos fundamentais relacionados ao meio ambiente, pois no sentido inverso da evolução histórica, uma perspectiva de dissolução ou enfraquecimento dos Estados Nacionais reverte radicalmente este quadro. Não obstante todas as questões surgidas sobre a natureza, a essência e o conteúdo axiológico dos direitos fundamentais, sua importância para o Estado Democrático de Direito é uma realidade inquestionável⁸.

Os problemas do Estado com o enfrentamento da questão ambiental, porém, não se restringem às dificuldades de atuação por força do princípio da legalidade na forma que lhe é aplicável (estrita), com a limitação que o mesmo implica na ação da Administração, nem aos obstáculos para a proteção dos valores salvaguardados pelos princípios constitucionais, pois as características da própria relação do ser humano com o meio ambiente representam uma circunstância agravante no contexto da proteção do ecossistema. Os obstáculos, assim, apresentam-se desde a edição de normas sobre meio ambiente, e englobam várias ordens.

De fato, é extremamente difícil e complexo o processo de edição de regras destinadas à preservação e proteção do equilíbrio da biosfera. A primeira a se levantar contra esta meta é a própria ignorância sobre o assunto, pois é impossível estabelecer regras de comportamento ou conduta se não há, nem mesmo entre os cientistas e estudiosos, um consenso suficiente⁹ para determinar quais ações são

7. “Desde su punto de vista, el positivismo jurídico tenía razones para preocuparse, aun cuando los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de “positivizar” lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber; la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia – como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del jusnaturalismo – su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas.” (*ibidem*, p. 114.)
8. “Em seu art. 1º, a Carta de 1988 anuncia como princípios fundamentais do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III). Esses dois princípios irmanados revelam que não há Estado democrático de direito sem direitos fundamentais, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia; em sejam assegurados não só os direitos civis e políticos guiados pelo princípio básico da liberdade, mas também os chamados direitos sociais, fundados no postulado da igualdade, sem os quais a dignidade da pessoa humana não passaria de mera retórica.” (ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. In: Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 269).
9. Curiosamente ainda não se conhece a quantidade de calorias necessárias diárias para o pleno desenvolvimento de um ser humano (há dados sobre porcos e bois), nem se consegue ao menos um consenso dos especialistas médicos acerca dos alimentos indicados para uma dieta saudável para o ser humano. As novidades nesta área – alimentação saudável do ser humano – (especialmente as mudanças nos resultados das pesquisas “mais avançadas”) surpreendem o mundo diariamente.

benéficas ou prejudiciais ao equilíbrio do planeta, seja em larga, seja em pequena escala¹⁰. Se não há certeza científica do que fazer, como regradar a conduta.

Um segundo fator a gerar obstáculo ao regramento da conduta ambiental é a correlação dos bens ambientais com quase todas as áreas do interesse humano, ainda que os embates mais acirrados ocorram nos conflitos com aspectos econômicos, pois a regulação em matéria ambiental afeta outros bens igualmente tutelados pelo direito.

Assim, às repercussões econômicas de decisões como as de liberação da plantação e comercialização de sementes transgênicos, de licenciamento de projetos turísticos em áreas de preservação ambiental, de permissão da pesca de baleias, somam-se conflitos de ordem ética e religiosa sobre os limites da interferência da ciência na vida na terra, inclusive na vida humana¹¹, questões culturais derivadas das conseqüências da massificação de costumes e valores que altera hábitos alimentares (com conseqüências para a agricultura e a pecuária), extingue e cria profissões, modos de vida, etc..., entre vários outros fatores que tornam a disciplina da preservação de bens ambientais, uma regulação da vida humana como um todo, por isso, mais importante e complexa.

Esta complexidade em torno da geração de regras relacionadas à disciplina de todas as condutas interferentes no meio ambiente (quase a totalidade delas) inibe e dificulta a produção legislativa e, por conseqüência, a atuação efetiva do Poder Público na defesa do patrimônio ambiental.

Não se pretende, é preciso realçar, contrariar a importância do princípio da legalidade estrita, nem justificar a omissão do Estado no trato do meio ambiente, apenas, a partir das limitações naturais deste arranjo defender a necessidade de uma abordagem cuidadosa e criteriosa sobre a atividade discricionária do Estado nesta área.

Com efeito, a proteção do ecossistema sustentável exige uma ação efetiva do Estado, naturalmente pautada nos princípios norteadores da conduta do Poder

10. Apesar de todo o conhecimento humano acumulado e do significativo desenvolvimento na história recente das ciências, ainda não é possível efetuar uma previsão climática precisa com antecedência de um ou dois dias, não se consegue determinar com exatidão as conseqüências da extinção de uma espécie ou da inserção de uma estranha em um ecossistema, entre tantos outros exemplos. Progrediu-se muito em identificar e catalogar com certeza os danos ambientais, mas proporcionalmente muito pouco em relação à como combatê-lo com eficiência.

11. O desenvolvimento de pesquisas científicas que envolvem interações e alterações genéticas em plantas, animais, inclusive o ser humano, tem implicações ecológicas significativas que, muitas vezes, não são realçadas nos embates, mas que não podem ser relegadas a segundo plano.

Público e na observância do princípio da legalidade estrita, porém é também necessário dispor de uma margem de atuação discricionária suficiente para tornar efetivo o compromisso constitucional do artigo 225 – e seus incisos – da Carta Magna. A questão é como.

4. O DIREITO AMBIENTAL E A LEGALIDADE ESTRITA

A tônica da atuação estatal é a legalidade estrita, ou seja, mesmo que em alguns temas, como a proteção do meio ambiente, torne-se necessário ampliar a atuação discricionária da Administração, é na vinculação direta do agente público à lei que está centrada a ação do Estado.

O modelo de conduta traçado na legislação (ordenamento), assim, significa, o paradigma de avaliação da ação estatal, seja quando vinculada, se conforme (lícita) ou não conforme (ilícita), seja quanto discricionária, se convergente (lícita) ou divergente (ilícita), apenas nesta segunda hipótese os critérios de apreciação da convergência apresentam elementos de menor objetividade, ou maior subjetividade, conforme a visão.

A dificuldade do direito ambiental com a legalidade estrita, porém, advém, como já visto, da inviabilidade de se atingir o escopo visado pelo interesse público de proteger o meio ambiente por meio de regras previamente estabelecidas com o detalhamento que requer a atuação vinculada.

Um exemplo extremo das limitações da legalidade estrita está no direito penal ambiental, submetido, por sua própria essência, a regras de interpretação restritivas, típicas do conceito de tipicidade aplicável neste ramo. A teoria da tipicidade concebida pelo Estado liberal alarga o princípio da legalidade para exigir, além da prévia cominação legal, a taxatividade do tipo. Nem sempre, porém, notadamente em matéria ambiental, o legislador pode definir, com esta precisão, o tipo penal, como ocorre no crime de furto, assim como no crime ambiental previsto no art. 68, da Lei 9.065/98.

No Brasil, a lei de crimes ambientais é criticada, por alguns, por não observar a taxatividade do tipo por excesso de elementos normativos, normas penais em branco, e conceitos imprecisos e fluidos, por seu “caráter criminalizador” e por apenar objetivamente mais a ofensa à animais do que à humanos em situações aparentemente análogas¹², por outros, por ter sua aplicação prática totalmente limitada pelas necessidades do tipo penal.

12. É preciso, antes de prosseguir, abrir um parêntese para registrar, apesar da aparente congruência do argumento, a impossibilidade de se estabelecer, sob o ângulo científico, filosófico ou jurídico, uma analogia

Em resumo a legislação penal ambiental é, para uns, rigorosa, para outros, ineficaz. Apesar da crítica feita a estas posições radicais¹³, com a qual é preciso concordar¹⁴, o exemplo do direito penal serve para realçar como a vinculação à legalidade estrita funciona, por diversas vezes, como obstáculo à efetividade das normas, em especial quando, como no caso ambiental, a diversidade e multiplicidade das circunstâncias fáticas dificulta a edição de normas plenamente eficazes.

A questão, no caso, é a inadequação do instrumental fornecido pelo Estado liberal individualista¹⁵ – e sua concepção de direito – para a tutela de bens coletivos, notadamente diante da necessidade de inclusão dos elementos valorativos cuja tradução termina por ser feita pelo Poder Judiciário por meio da interpretação do conteúdo das normas gerais, necessária inclusive para a implementação do direito ambiental – maior obstáculo à sua efetividade, ainda obstada por questões estruturais, notadamente do próprio Estado (polícia, judiciário, etc.). A substituição do Estado do bem-estar pelo Estado regulador, no qual o “*controle das atividades*” perigosas, em especial para o meio ambiente, ainda que lícitas, é de sua essência, não altera esta realidade.

O desenvolvimento do tema no direito penal, marcado por um princípio de vinculação à interpretação estrita do tipo em tudo semelhante àquele aplicável à Administração Pública, é útil para se analisarem as perspectivas e alternativas

entre condutas ofensivas perpetradas contra seres humanos e contra outros seres vivos e o principal motivo é a capacidade inventiva e criativa do intelecto, que torna o ser humano potencialmente muito mais capaz para atacar ou se defender. Como se extrai da fábula chinesa. Em relação ao homem, o tigre é maior, mais forte, mais rápido e ainda dotado pela natureza de dentes e garras afiados, mas, em regra, é o ser humano que se sagra vencedor na maioria dos embates entre estas espécies e isso graças ao uso da inteligência. A mais perigosa das feras normalmente não resiste ao encontro com o ser humano.

13. Para Heron Santana, por exemplo, a proteção do meio é “*a função mais importante da política criminal*”. (SANTANA, Heron José. *O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade na lei de crimes ambientais*. In Revista de Direito Ambiental, ano 9 abr-jun/2004, n° 34, pp. 124-146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004)
14. Não obstante outros tipos penais também contenham conceitos jurídicos fluidos e indeterminados, inclusive quanto a crítica acerca da existência de divergências doutrinárias sobre o conteúdo das prescrições, não prospera o ataque à legislação ambiental, pois a necessidade da delimitação da conduta delituosa ser dependente de elementos estranhos à norma penal (outras normas, inclusive de direito administrativo) não desnatura nem a ofensa ao bem tutelado, nem a necessidade de repressão criminal à condutas de dano potencial diversas vezes superior à violação de direitos individuais.
Jakobs, partindo de Luhmann, enxerga como objetivo do direito penal o de reforçar a vigência da constituição, estabilizando expectativas e confirmando o império do direito. O direito penal ambiental, assim, assume importante função auxiliar do Poder Público na garantia da aplicação das normas ambientais, ainda que sua eficácia seja questionada.
15. A retribuição e a prevenção especial, segundo Mir Puig (1998), são concepções que se relacionam à modelos de Estado da mesma forma que a própria pena (teocrático, castigo divino; absolutista, submissão dos súditos; liberal clássico; princípio da igualdade). No Estado intervencionista, o direito penal se caracteriza pela prevenção especial (inadequado ao legalismo do Estado liberal).

para uma atuação mais eficaz do Estado, sem prejuízo de seu comprometimento com o tipo de legalidade que rege sua conduta, mas, por outro ângulo, expõe as dificuldades da legalidade estrita atender à proteção do meio ambiente pelo Estado, pois o excesso de regramento necessário para o detalhamento que requer este tipo de atuação da Administração se traduz em limitação. Esta limitação se transforma em incompetência e em inação do Poder Público diante da lesão ao patrimônio ambiental.

5. O DIREITO AMBIENTAL E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A análise da relação entre o Estado e discricionariedade pressupõe uma definição dos moldes nos quais se inserem as condutas dos agentes públicos no exercício de dito “poder”.

A primeira premissa necessária é a desconstrução do falso antagonismo entre legalidade e discricionariedade. Para o particular, a ausência de norma proibitiva, implica em liberdade (máxima do Estado liberal). Para a Administração, a ausência de norma permissiva, implica em proibição (ideário liberal). Destas premissas verdadeiras se extraiu falsa conclusão de que o poder discricionário, por diferir da legalidade estrita, se traduziria em liberdade. Nada mais falso. A discricionariedade para o Administrador não se identifica com liberdade.

Em primeiro lugar, a discricionariedade decorre da lei, ou seja, somente existe poder discricionário quando a lei assim o determina, ou seja, discricionariedade é legalidade. Em segundo lugar, porém não menos importante, o ordenamento não é apenas a origem do poder discricionário, mas também seu norte, limite e sentido, ou seja, não se concede ao Poder Público liberdade alguma para agir livremente, mas, em verdade, já estão estabelecidos pela lei (em sentido lato) os objetivos a serem atingidos, os princípios a serem observados na atuação administrativa, os limites além dos quais a ação será considerada ilícita, os meios aceitos para alcançar as metas, os procedimentos legitimadores da conduta estatal, franqueando-se apenas ao agente uma margem de escolha dentre os caminhos possíveis (capazes de atender os itens acima) aquele que melhor (princípio da eficiência) atinja o interesse público.

Assim, discricionariedade para o agente público não é poder de fazer o que se quer, muito menos liberdade de não ter sua conduta vinculada à lei, mas apenas competência legal desacompanhada de um minucioso detalhamento da conduta para realizá-la. Em verdade, o chamado poder discricionário emerge quando a lei estabelece uma competência e não determina exaustivamente como deverá

ser a conduta adequada para atingir a finalidade almejada pelo interesse público, deferindo, portanto, uma margem de atuação ao agente público para a perseguição dos objetivos impostos por todo o ordenamento, inclusive em suas normas de conteúdo axiológico, que não esteja subordinada a procedimentos, métodos e atos pré-determinados pela própria legislação.

A ampla missão conferida ao Estado contemporâneo em matéria ambiental e a escassez normativa se traduzem, por força do exposto, embora esta não seja a conclusão resultante de uma análise mais apressada, em significativo poder discricionário.

Como visto, é no processo de desenvolvimento do constitucionalismo ocorrido no Século XX que o direito ambiental desenvolve-se e associa-se ao Estado. Neste mesmo período, fortaleceram-se no mundo as instituições democráticas estatais e os procedimentos de regulação e controle da própria atuação do Poder Público, inclusive quanto a análise de mérito das decisões de gestão no exercício do poder discricionário.

O desenvolvimento em paralelo destas duas vertentes parece conduzir a atuação estatal em questões ambientais para um impasse, pois a limitação de sua margem de manobra, inclusive, e especialmente, quando atuar dentro dos limites do poder discricionário conferido por lei o conduz aparentemente para uma situação de impossibilidade de cumprir os compromissos constitucionais com a preservação do equilíbrio ecológico do ecossistema, circunstância que se mostra particularmente grave em virtude da dificuldade de se produzir uma legislação ambiental eficiente, apta a capacitar o Poder Público para enfrentar o problema nas margens estabelecidas pela legalidade estrita.

Há uma resistência natural daqueles que ainda insistem na impossibilidade de controle e verificação, inclusive judicial, dos atos praticados no exercício de poder discricionário em concordância com a ampliação das oportunidades para atuação do Estado com maior liberdade de escolha das condutas pontuais, mesmo comprometendo-o com a observância dos princípios constitucionais.

Não se pretende, em pleno processo de institucionalização da democracia, correr o risco de perder o controle sobre a ação governamental, muito menos ainda, em assunto de tamanha importância estratégica. Há um receio do Estado impor restrições ao desenvolvimento econômico e social, transpondo, por força da discricionariedade, os instrumentos de fiscalização da sociedade.

Em contrapartida, as próprias organizações civis criadas com objetivo de contribuir, direta ou indiretamente, com a preservação do meio ambiente, vêm com

desconfiança a concessão de poder discricionário ao Estado em matéria ambiental por temer as conseqüências da submissão deste aos interesses econômicos, ou seja, pelo receio inverso, do arranjo se transformar em uma forma de permitir o descaso do Poder Público para com seus deveres em matéria ambiental.

O dilema apresentado, portanto, é escolher entre a prevalência de uma política ambiental lastreada na vinculação da Administração à legalidade estrita (concentrando-se na edição de normas delineadoras das ações estatais no cumprimento da competência constitucional), enfrentando principalmente a limitação da efetividade, e a predominância, ou pelo menos incremento, da atuação discricionária do Poder Público, e o risco de se reduzir o controle sobre as decisões tomadas pelos gestores, seja quando coniventes com o desrespeito a bens ambientais, seja quando excessiva na restrição a outros direitos e interesses (de semelhante grandeza) em conflito.

Este também é um aspecto importante, pois o conflito aparente entre normas ambientais e normas protetivas de direitos e interesse de grandeza inferior não oferece desafio ao intérprete constitucional ou legal, mas a situação é diferente quando se estabelece um problema concreto tendo por objeto a divergência acerca da incidência do ordenamento na regulação de um caso e encontram-se em lados distintos normas, em especial princípios, de mesma magnitude.

A opção pela ampliação da discricionariedade – por enquanto necessária, diante do estabelecimento de competências desacompanhadas da normatização detalhada das condutas Administrativa – deve enfrentar este fator complicador, ou seja, propor critérios de aferição, na decisão discricionária das opções entre regras e princípios, notadamente estes últimos, quando for necessário o equacionamento de uma antinomia jurídica imprópria entre princípios, que, como visto, tem no Estado parceiro necessário para sua efetividade.

Por enquanto, não parece haver outra (ou melhor) solução para a efetiva implementação dos princípios elencados na Constituição, e mais especificamente dos relativos à preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, do que a criteriosa ampliação da atuação discricionária do Poder Público em matéria ambiental, fora da qual a capacidade de auferir êxitos efetivos no plano prático tornar-se-á excessivamente limitada para ser capaz de alcançar as metas estabelecidas pelo próprio texto constitucional ao tornar tais direitos parte daqueles fundamentais para a dignidade da pessoa humana.

A questão, portanto, passa a ser o estabelecimento de critérios para atuação discricionária do Poder Público em matéria ambiental, assim como para avaliação das decisões tomadas pela Administração no âmbito do Poder Judiciário. Isto

porque a realização do projeto social, político e jurídico do Estado Democrático de Direito, como hoje é visto por força de sua própria evolução histórica recente, exige a regência da vida comunitária sobre o império do direito (mais do que o império da lei), o que se traduz na busca da efetivação e implementação dos direitos, os fundamentais ainda mais e na abertura permanente para a leitura e releitura do ordenamento pelo Poder Judiciário. Assim, conferindo-se mais poder discricionário ao Estado para cumprir sua missão com o ecossistema, faz-se necessário estabelecer a forma pela qual as decisões administrativas estarão sujeitas a verificação de adequação aos princípios e regras do direito público, em especial no Poder Judiciário, órgão encarregado de ser a última fronteira – e definitiva – para dizer o direito¹⁶.

A importância, portanto, da busca de uma solução judicial para os conflitos envolvendo as controvérsias ambientais, deriva da vital correlação no Estado Democrático de Direito entre a enunciação dos direitos e sua efetivação prática, para a qual é imprescindível uma atuação eficaz do Poder Judiciário, em função da qual não se pode mais prescindir dos benefícios do regular exercício da jurisdição, que se incorporou ao conceito de justiça como a liberdade kantiana¹⁷.

6. LIMITES DE ATUAÇÃO DISCRICIONÁRIA EM DIREITO AMBIENTAL

Os próprios direitos fundamentais partiram dos chamados direitos de primeira geração, para, gradativamente, incorporarem os de segunda, terceira e até, como sustenta Paulo Bonavides¹⁸, quarta geração. Em específico no direito brasileiro, a denominada “inflação”¹⁹ de direitos fundamentais, patrocinada pela Carta Constitucional de 1988, revela que não se trata de direitos atemporais, imutáveis e universais, não obstante não se veja juntamente com Manoel Gonçalves Ferreira Filho como negativo o crescimento do número de direitos guindados à esta categoria, consequência inevitável da complexidade das sociedades modernas. Inafastável, assim, o componente histórico da conceituação de direitos fundamentais²⁰.

16. Em um sentido muito mais amplo do que aquele concebido por Montesquieu.

17. “O mérito de *Kant* foi, como salienta *Joaquim Carlos Salgado*, “ter introduzido, do ponto de vista da fundamentação teórica, em definitivo, a idéia de liberdade no conceito de justiça, que nunca mais poderá ser dela separada, por já constituir um valor da nossa cultura””. (DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 75.)

18. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 524.

19. A crítica é de Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988*. In: Revista de Direito Administrativo, jan-mar/96, vol 203, p. 1-10, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 4)

20. “Pérez Luño apresenta-nos uma definição completa sobre os direitos fundamentais do homem, considerando-os como: “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as

Se os próprios direitos fundamentais estão submetidos à estas circunstâncias históricas, o que se dizer dos direitos ambientais fundamentais?

Estas considerações levam à conclusão que se os direitos fundamentais devem ser compreendidos mais em sua essência do que através da análise do rol previsto na Constituição, cuja natureza, inclusive, é exemplificativa²¹, os direitos ambientais fundamentais, por suas características, formam rol aberto, sujeito à constante revisão e ampliação, seja pelo desenvolvimento da ciência, seja pelo agravamento das questões ambientais, seja como resultado da difusão de uma cultura ambiental.

A abordagem dirigida ao reconhecimento dos direitos fundamentais, ambientais ou não, – assim como de significativa parte das normas constitucionais²² – passa ao largo de um aspecto que merece especial atenção: sua dimensão axiológica. Como professora Willis Santiago Guerra Filho, a constituição é integrada de normas regra e normas princípio, servindo estas como indicadores de favorecimento de valores escolhidos pelo legislador constituinte como essenciais²³.

Os direitos fundamentais, e não é diferente com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, identificam-se, em sua maioria, como normas princípios, daí a importância de sua legitimidade – pilar de conteúdo axiológico no qual sustenta-se sua existência. De fato, em se tratando de princípio, cuja aplicação

exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional’.” (MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988*. In: Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 66-67)

21. Como já decidiu o STF.

22. “De fato, os valores constitucionais que compõem o arcabouço axiológico destinado a embasar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive servindo de orientação para as demais normas legislativas, hão de repousar no princípio do respeito à dignidade humana, porquanto o homem é, em última análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações do poder.” (ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. In: Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 270).

23. “Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.

Os princípios jurídicos fundamentais, dotados também de dimensão ética e política, apontam a direção que se deve seguir para tratar de qualquer ocorrência de acordo com o Direito em vigor, caso ele não contenha uma regra que refira ou que discipline suficientemente.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: Dos direitos humanos fundamentais. Org. Willis Santiago Guerra Filho, pp. 11-30. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 17.)

envolve “*um esforço muito maior do que a aplicação de regras*”²⁴ sua efetividade está muito mais condicionada a ser um reflexo preciso das concepções valorativas da sociedade.

Sob este prisma justifica-se uma especial menção ao conteúdo axiológico dos direitos ambientais fundamentais – e a importância dele decorrente – uma vez que, como já mencionado, a realidade histórica anteriormente descrita sugere um futuro de gradativo enfraquecimento dos Estados Nacionais e um agravamento das dificuldades deste arranjo político atender, se não for capaz de modificar sua forma de operar na sociedade, aos anseios da comunidade.

A constatação da pluralidade de direitos fundamentais e de sua importância na formação da Democracia Jurídica e da inevitável confrontação de princípios inscritos na Constituição, enseja um outro ponto de análise – a definição de critérios para equacionar a colisão entre princípios –, pois na raiz de toda esta controvérsia está a Carta Magna e a solução da mesma transita inexoravelmente pela interpretação de suas normas, especialmente dos direitos e garantias individuais, e se a hermenêutica válida é aquela destinada a dar eficácia ao conteúdo axiológico tutelado, é seu pressuposto determinar quais valores são esses.

O controle dos atos praticados no exercício do poder discricionário pelo Estado pode ser interno ou externo. O controle interno não traz novidade, pois observa todas a sistemática já mencionada, ou seja, cabe à autoridade hierarquicamente superior, revisora, controladora ou fiscalizadora, construir uma análise das possibilidades apresentadas ao praticante do ato no momento no qual o mesmo decidiu e confrontá-la, simultaneamente com o conjunto de princípios e regras gerais informadores do ordenamento e com as prescrições especificamente aplicáveis ao optar pela anulação ou convalidação do ato.

O que é preciso acrescentar é que as conseqüências do decurso do tempo influenciam na análise de duas formas distintas, uma com relação à avaliação do agente público, outra correlacionada a análise do ato em si.

A conduta do agente público, quanto à sua adequação ao ordenamento, deve ser analisada no pretérito, ou seja, de acordo com a situação, tal e qual a mesma se apresentava no momento em que a decisão foi tomada e o ato praticado, pois muitas vezes, fatos novos, descobertas científicas posteriores, ou mesmo as conseqüências do ato, podem modificar no tempo presente o julgamento do acerto ou desacerto do caminho tomado. Estas constatações fruto de elementos indisponíveis

24. *Idem*, p. 17.

no momento em que o agente exerceu o poder discricionário, porém, não podem servir para julgar a adequação da conduta do mesmo ao ordenamento.

Assim, se os elementos disponíveis à época da prática do ato não possibilitavam ao agente uma projeção dos malefícios causados pela decisão, não pode ter sua conduta julgada com base nos mesmos. O raciocínio se aplica em sentido contrário também, pois o inesperado acerto de uma decisão por razões imprevistas e imprevisíveis não pode servir de alibi ou atenuante para a conduta que, pelos elementos disponíveis para o agente, revela-se inadequada à época.

Acerca da análise da validade e da eficácia dos atos já praticados, impera uma lógica inversa, pois o julgamento deve levar em consideração o estado atual das coisas no momento em que o ato está sendo (re)avaliado, não apenas em função da necessidade de se observar eventuais direitos adquiridos por força da manifestação anterior da vontade estatal²⁵, mas também da necessidade de se verificar, no momento presente, como melhor atender aos interesses públicos.

De fato, para analisar se o ato deve ser confirmado, reformado ou anulado, o agente público que detiver a competência de fazer esta análise deve levar em consideração todos os novos elementos que puderem vir a servir de fundamento para o aperfeiçoamento da decisão. Agora, o que importa é buscar a máxima realização possível dos objetivos postos pelo interesse público, de forma que, sendo irrelevante se a intenção ou o projeto original, no momento do primeiro ato, visavam determinados caminho e escopo, verificando-se que por questões outras, ausentes na formação da decisão, os resultados atingidos concretizaram o interesse público maior, não há porque se retirar a validade do ato depois, porque a idéia inicial não era aquela.

Em exemplo: se o licenciamento de um empreendimento foi feito por má (ou maliciosa) interpretação do conjunto das normas (princípios e regras) ambientais aplicáveis, pois a melhor leitura do mesmo, à época, recomendaria a rejeição do projeto, mas, após a implantação do mesmo, novos dados ou conhecimentos revelam que, do ponto de vista ambiental, uma melhoria significativa no equilíbrio do ecossistema ou na preservação ou manutenção ambiental, o vício inicial na motivação não autoriza, ou é suficiente, para gerar a invalidação do ato, pois prevalece o interesse público. Os agentes públicos responsáveis devem até responder pelo

25. Observe-se que, por força de se tratar de exercício de poder discricionário, fora a hipótese de mácula insanável do ato em si, a regra é não se poder fazer uma apreciação de nulidade do ato praticado – que, ocorrendo, seria capaz de impedir a formação do direito adquirido – o que significa que a margem de revogação do ato atende a outros princípios e outros julgamentos.

desvio de conduta, em especial se a interpretação se revelar maliciosa, mas o ato deve ser convalidado.

A verificação dos limites da atuação discricionária do Poder Público em matéria ambiental, como visto, desafia duas abordagens distintas e complementares: a da atuação da Administração na busca de conferir efetividade ao ordenamento; a dos limites da revisão dos atos praticados no exercício do poder discricionário pelo Poder Judiciário.

O controle dos atos praticados, por outro lado, revela-se um desafio quando esta avaliação é atribuída ao Poder Judiciário. Como visto anteriormente, o ponto fulcral é delimitar o espaço de interferência do Juiz nos atos praticados pelo Administrador no exercício do poder discricionário. Não é difícil enfrentar situações extremas, nas quais a discricionariedade contida no ato, ou por ser muito subjetiva, como em um julgamento de um concurso artístico, não confere substrato para revisão na parte da decisão de cunho discricionário, ou por estar atrelada a princípios de maior objetividade, como o da publicidade, apresenta um grau de aceitação de crítica que recomenda a revisão de atos administrativos que, por exemplo, omitem os critérios de julgamento de projetos arquitetônicos submetidos a exame, ou a própria fundamentação (motivação) do ato.

A maior dificuldade, todavia, está em decidir questões intermediárias, nas quais mesclam-se aspectos subjetivos e objetivos na prática do ato administrativo dentro da esfera de poder discricionário conferido ao agente público. Neste caso, não há critério exclusivo e definitivo capaz de entregar uma solução unívoca, apenas um conjunto de possíveis critérios cuja utilização deverá ser analisada pontualmente de acordo com cada caso concreto, o que virá a ser objeto de atenção do julgador em cada demanda posta a exame.

Estes critérios, pelo que se propõe, devem ser extraídos dos princípios norteadores da Administração Pública, inscritos na Constituição Federal ou universal e culturalmente aceitos como basilares do direito público.

O *princípio da legalidade*, em sua correlação com a revisão judicial das decisões proferidas com base em poder discricionário, impõe que o estabelecimento da discricionariedade decorra de norma legal, ou seja, que a fonte do poder discricionário seja a lei, ainda que por meio da regra que descreve a competência do cargo público. Não haverá, e, portanto, poderá ser objeto de prestação jurisdicional em sentido contrário, poder discricionário extraído da ausência de norma legal, mas apenas quando autorizado por ela. Em matéria ambiental a incidência deste princípio é fundamental, pois da superposição de competências previstas na Constituição Federal emergem diversos conflitos que podem ser traduzidos

como conflitos de competência, cuja solução torna-se ainda mais difícil quando a apreciação da matéria envolver algum grau de discricionariedade.

Os casos são muitos, mas exemplar é a situação do licenciamento ambiental, na qual em diversas oportunidades os órgãos de esferas distintas divergem sobre a regularidade de um projeto ou empreendimento. Se a hipótese efetivamente for a de sobreposição de interesses e competências constitucionais e legais, como no caso de um empreendimento que, por sua dimensão, tenha impacto local, regional e nacional, cada órgão, atuando no limite de sua competência, praticará os atos de sua atribuição adequados com a normatização que regula sua conduta e, a rigor, não ocorrerá um conflito jurídico se o órgão regional concluir pela adequação do projeto por não causar prejuízos ambientais naquele Estado Federado e outro órgão, ou Federal do de outro Estado Federado, concluir pela existência de danos e pela rejeição do projeto.

Tomando por exemplo um caso concreto, as obras de transposição do Rio São Francisco, por hipóteses, podem não causar qualquer dano ambiental nos Estados que receberão as águas, mas ser danoso para os Estados que enfrentarão a redução da vazão do Rio da Integração Nacional. Neste caso, os órgãos dos Estados prejudicados e da União deveriam se manifestar contra a aprovação do projeto. Se esta divergência é aberta com base em questões ambientais e jurídicas objetivamente apuráveis, não é difícil desatar o nó do conflito aparente por meio da análise das competências vinculadas.

No entanto, qualquer grau de discricionariedade em conflitos desta natureza transforma-se em um obstáculo de difícil transposição para o intérprete. A definição de uma zona de proteção visual, por exemplo, contém um grau de subjetivismo que demanda certa discricionariedade. Um empreendimento imobiliário ou turístico pode ser recusado por prejudicar a vista de um coqueiral, mesmo que viesse a propor um paisagismo que restaurasse em oitenta por cento da mesma região a mata atlântica originária²⁶.

Qual a melhor forma de proteger a natureza? Manter os coqueiros introduzidos a menos de quinhentos anos pelos portugueses, ou tentar resgatar a vegetação nativa anterior? Qual a espécie de convívio entre o ser humano e o meio ambien-

26. O exemplo do coqueiral é proposital, porque os europeus conheceram o coqueiro e o côco em Guam na Polinésia, na primeira viagem de circunavegação do mundo, feita por Fernão de Magalhães entre 1519/1522, ou seja, no Brasil, pelo qual passou a frota de navios do navegador português a serviço da coroa espanhola, o coqueiro que marca a paisagem de significativa parte do litoral era desconhecido (foi introduzido pelo homem em 1553). Em resumo: às vezes o que é admitido como ambiente natural resulta da interferência direta do homem no ecossistema.

te? Manter intocado o coqueiral, ou permitir uma ocupação mínima sobre a área, restaurando a cobertura de Mata Atlântica em oitenta por cento da região? Neste caso específico, como decidir por mitigar ou não a regra protetiva criada pela zona de proteção visual? A subjetividade que permeia esta e outras situações remete a concessão de certa discricionariedade ao gestor. Como avaliar, em especial na Justiça, a adequação da decisão ao direito? Pior, se órgãos de diferentes esferas divergem quanto a melhor situação. Como solucionar o impasse no Poder Judiciário?

E, muito mais difícil, como definir tal situação se houver antagonismos entre as posições técnicas (ou mesmo discricionárias) das diferentes esferas estatais envolvidas? Por exemplo, se no caso da transposição do São Francisco a posição de um órgão ambiental estadual (e do respectivo Estado) diverge daquela da União (e de outros Estados), como resolver a questão? Ou, no exemplo da ZPV (concreto no Estado da Bahia), se órgãos municipais e estaduais (e suas respectivas esferas de poder) divergem do órgão nacional, como solucionar o impasse. A legalidade é essencial neste tipo de conflito.

Daí a necessidade, em primeiro lugar, da edição da lei complementar prevista no parágrafo único, do art. 23, da Constituição Federal, com a finalidade de disciplinar a “*cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*” e, em segundo, enquanto não existem parâmetros normativos para regular a situação, de se consolidar o critério de que o poder discricionário, em tema de competência concorrente dos entes federados, somente pode ser exercido em decorrência e nos limites fixados em lei, ou seja, poderá decidir no caso concreto, o órgão que a lei expressamente atribuir poder discricionário para o exame daquele assunto.

Na improvável, mas possível, hipótese de duas normas de esferas distintas, federal e estadual, por exemplo, conferirem a órgãos distintos margem de atuação discricionária sobre um mesmo objeto, a questão desafiará a análise do caso *sub judice* da repartição de interesses estabelecida pela Carta Magna: se o interesse for predominantemente local, prevalece a competência municipal, se for nacional, a União exercerá o poder discricionário, nos demais casos, caberá ao Estado definir o melhor caminho.

Do *princípio da impessoalidade*, por seu turno, é possível deduzir limites à prática de atos discricionários pelos agentes públicos, mesmo que não contrários à expressa disposição de lei, como, por exemplo, concluir, ainda que inexistia norma vedando o nepotismo, que a indicação para cargos de livre nomeação de

descendente ou ascendente de primeiro grau ofende o princípio da impessoalidade. O Poder Judiciário, provocado, poderia e deveria pronunciar a nulidade do ato.

Em matéria ambiental, a aplicação do princípio da impessoalidade em atos relativos ao meio ambiente, dada a titularidade universal dos bens que tutela, estará quase sempre vinculada ao desvio de finalidade, ou seja, à prevalência dos interesses individuais do agente público, ou do grupo que representa, sobre os interesses da coletividade, fato que pode ser, portanto, classificado também como ofensa ao princípio da prevalência do interesse público. A verificação judicial nesta hipótese, desta maneira, se balizará pelo enfrentamento no caso *sub judice* destas questões de desvio de finalidade e de priorização do interesse público, possíveis fundamentos para revisão judicial do ato.

O *princípio da moralidade* é fundamento suficiente para que o exercício de poder discricionário seja objeto de análise perante o Poder Judiciário, quando a escolha do gestor não corresponder ao interesse público objetivamente aferível, como, por exemplo, como ocorreu no passado não muito distante, um Ministro da Economia decidiu antecipar, no final do governo, o pagamento de débitos em moeda estrangeira com vencimento mais de um ano depois, exatamente em um período de supervalorização da moeda do pagamento sob o argumento de que tal antecipação daria credibilidade do país devedor perante o mercado. Esta decisão, que custou divisas em moeda estrangeira forte aos cofres públicos, pelo pagamento antecipado, em um pico de desvalorização da moeda nacional, viola a idéia de moralidade administrativa de forma direta e objetiva.

Provocado, o Poder Judiciário poderia e deveria anular o ato e responsabilizar o agente pelos eventuais prejuízos. Em matéria ambiental, também será freqüente que a ofensa ao princípio da moralidade se associe ao desvio de finalidade e/ou a mitigação do interesse público, observando sua avaliação pelo Poder Judiciário a adequação do ato aos seus requisitos de validade.

Levando-se em consideração que é possível extrair do *princípio da publicidade* que toda decisão administrativa, em especial quando no exercício de poder discricionário, deve ser motivada, o exame na esfera judicial da pertinência entre o motivo declarado e a decisão adotada²⁷, revela-se um importante e útil instrumento para permitir e balizar a análise judicial dos atos administrativos, quando for possível colocar em dúvida a existência de correlação entre o motivo e o ato.

27. Como recomenda a teoria dos motivos determinantes.

Em matéria ambiental, o princípio da publicidade se revela de importância central, pois, a natureza multifacetária e multidisciplinar das questões ambientais requer, para sua compreensão e análise, o conhecimento dos motivos de toda ordem, especialmente técnicos, que ampararam os atos administrativos praticados no exercício de poder discricionário.

A motivação técnica, inclusive, pode, em face do progresso da ciência, ser sempre objeto de revisão judicial dos atos discricionários, se ficar demonstrado que o fundamento científico em função do qual determinada decisão foi adotada, foi superado por outros conhecimentos.

Enfim, é fundamental a exposição de motivos de qualquer decisão administrativa relacionada ao meio ambiente e, em se tratando de ato resultante do exercício de poder discricionário, esta exigência é ainda maior, a ponto da ausência de explicitação, por si só, invalidar o ato e demandar controle jurisdicional, inclusive no sentido de expedir mandado para que os motivos sejam expostos pela autoridade.

O *princípio da eficiência*, por sua natureza, fornece um largo caminho para a análise pelo Poder Judiciário de diversos atos do Poder Público, mesmo discricionários, pois determina à Administração Pública o dever de buscar o melhor rendimento possível na gestão da coisa pública. A dificuldade, naturalmente, é a de se estabelecer os critérios para definir, em cada caso concreto, qual o caminho mais eficiente.

Esta questão, porém, serve na verdade para desmistificar os receios dos que temem o exame judicial do mérito do ato administrativo, notadamente discricionário, pois a dificuldade de verificação no âmbito do Poder Judiciário da eficiência das decisões tomadas pelo Poder Público não deve ser obstáculo para o reconhecimento desta possibilidade, pois a solução desta controvérsia desloca-se para a instrução probatória, ou seja, se for possível demonstrar objetivamente – e isto é feito por meio de provas – a patente ineficiência do meio escolhido pela Administração, ou mesmo a existência de uma outra alternativa, indiscutivelmente mais eficiente, a ação deve ser julgada procedente, em caso contrário, improcedente.

De fato a questão da dificuldade de produzir provas sobre determinados fatos nunca foi nem pode ser argumento para se excepcionar o princípio da ubiquidade, ou seja, retirar-se o direito do interessado de levar seu (pretense) direito para apreciação e julgamento pelo Poder Judiciário. Esta análise, aliás, pode ser feita em todos os demais casos, pois a solução no caso concreto do exame do ato pelo Poder Judiciário é que vai revelar a ocorrência, ou não, de violação de um dos princípios basilares da atuação do Poder Público que autoriza o reexame judicial do mérito do ato administrativo discricionário.

No plano ambiental, o princípio da eficiência revela-se da maior importância, seja, de um lado, pela premência de serem implementadas políticas eficazes de proteção do ecossistema, principalmente pelo Estado, seja, em sentido oposto, pela dificuldade, em função do nível de (des)conhecimento humano sobre as questões relacionadas com o equilíbrio da biosfera, de serem fixados com certeza e exatidão critérios para definir o melhor caminho, ou a solução mais eficiente. Como visto, este problema de comparação e apuração de possíveis soluções pelo ângulo da eficiência é de instrução probatória, mas deve ser desenvolvida no Poder Judiciário a consciência da relevância de se ater com a acuidade necessária sobre o mesmo antes do exame do mérito do ato administrativo discricionário.

O *princípio da prevalência do interesse público* tem importância central para a questão ecológica, não apenas porque o art. 225 da Carta Magna definiu o patrimônio ambiental como bem público de uso comum, mas principalmente porque em uma sociedade capitalista, influenciada por uma lógica e uma ideologia individualista os direitos difusos, por força da pulverização de sua titularidade, tendem a ser preteridos no confronto com interesses particulares, inclusive porque os titulares dos últimos agem no escopo de concretizar seus objetivos.

O patrimônio ambiental, entregue a proteção de um Estado débil, acaba sendo sacrificado em função do atendimento dos mais variados interesses conflitantes. Ao contrário do que crê o senso comum, a depredação ambiental não é resultado exclusivo da investida do grande capital especulativo, das emissões das grandes indústrias, ou seja, causada apenas pela elite do sistema capitalista, pois a pobreza e a miséria também são agressivas ao ecossistema, desde a utilização desmedida de recursos naturais para aplacar os feitos da falta de condições econômicas, financeiras²⁸, passando pela falta de informação²⁹, indo até as conseqüências mesmo da vida em condições sub-humanas³⁰.

É até mais fácil para o Estado, do ponto de vista operacional³¹, debelar a agressão ambiental proveniente do empresário regularmente estabelecido, do que combater a degradação ambiental gerada por esparsas ações das multidões de famélicos pulverizada nos países periféricos, até porque, em muitos casos, se estabelece um conflito entre a sobrevivência humana e o equilíbrio ambiental, este muito mais difícil de resolver do que o que se estabelece entre o ecossistema e o capital.

28. Extrativismo exacerbado, pesca predatória, desmatamento para produção de carvão vegetal, etc.

29. As conseqüências da ausência de informações básicas sobre higiene pessoal e coletiva, de cuidados pessoais e com os resíduos orgânicos e inorgânicos produzidos são notórias fontes de problemas de saúde pública e degradação ambiental.

30. A construção de habitações sem saneamento básico, fora do alcance dos serviços de recolhimento de lixo urbano, etc.

31. A (in)existência de vontade política para atuar é problema de outra ordem.

Daí a necessidade de eficiência na concepção e aplicação das políticas públicas, principalmente na área de proteção do meio ambiente, assim como da capacitação do Poder Judiciário, advogados, membros do Ministério Público, auxiliares do Juiz, para tratar destes temas em sede de juízo.

A questão da verificação posterior pelos órgãos controladores internos ou externos da pertinência do ato praticado com o sistema, entretanto, não esgota a análise dos limites da atuação discricionária, pois é preciso também – e até mais importante – debruçar-se sobre os requisitos para a edição dos atos conforme o ordenamento, ou seja, examinar as condições necessárias para que o ato, como norma individual, seja praticado em sintonia com as normas gerais, princípios e regras, reguladoras e fundamentadoras do sistema.

7. A INTERPRETAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DAS NORMAS INDIVIDUAIS E CONCRETAS

Em primeira análise, desde a concepção inicial de Montesquieu, ao Poder Executivo cabia dar cumprimento, efetividade, às leis, ou seja, fazer valer as leis editadas pelo povo no território do Estado Nacional. Está presente na raiz do Estado Democrático de Direito, a questão da validade do ordenamento, não apenas como exercício da soberania nacional, fruto da independência e autodeterminação do povo, como registro político da existência do Estado, mas também como sustentáculo do regime democrático, assentado na própria visão liberal de Kant da legitimação da norma³², uma vez que, ainda consideradas as distorções do sistema de representação, é evidente a recepção constitucional do princípio pelo parágrafo único, do art. 1º da Carta Magna.

Assim, a determinação da legislação a ser aplicada, notadamente diante da distribuição de competência legislativa sobre uma matéria a distintas esferas legisferantes – como ocorre no caso do direito ambiental –, impõe-se por sua necessidade à segurança das relações jurídicas ao mesmo tempo em que assume a maior relevância em virtude dos princípios e valores direta e intimamente relacionados com este ramo em particular. Não se trata apenas de determinar a regra

32. “Como confirmação é possível citar um outro trecho que se encontra na pequena obra *Sobre a Paz Perpétua*, na qual Kant se pergunta qual é a melhor definição de liberdade jurídica, e, depois de ter eliminado a definição costumeira, segundo a qual, “liberdade jurídica” significa “faculdade de fazer tudo aquilo que se quer sempre que não seja feita injustiça a pessoa alguma” (definição que corresponde ao conceito de liberdade como não-impedimento), enuncia de maneira explícita a definição da liberdade como autonomia com as seguintes palavras: “Melhor é definir a minha liberdade externa (ou seja jurídica) como a faculdade de não obedecer a outras leis externas, a não ser àquelas a que pude dar o meu consento” (p.292).” (BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. de Alfredo Fait, 4ª ed.. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 131)

vigente para incidir sobre o caso concreto, já importante o suficiente, mas de definir quais os critérios que determinarão a prevalência de uma das regras, quais os princípios e valores tutelados que irão predominar, quais os mais legítimos e capazes meios de realizar, no Estado Democrático de Direito, os compromissos constitucionais com o meio ambiente.

Para esta missão, o Poder Executivo deve familiarizar-se muito mais com o processo de interpretação da norma jurídica e de construção de significados no diálogo do direito, trabalho dialético diuturno de captação de sentidos e valores na sociedade, elaboração e retransmissão para a comunidade dos fatos da vida “coloridos” pelo direito, revestidos pelo jurídico. Todos os intérpretes, em especial o agente público aplicador do direito e o magistrado, precisam compreender o fato, dominar os institutos jurídicos e realizar uma operação que, simultaneamente, contém a abstração intelectual – raciocínio abstrato – e a compreensão existencial dos signos da vida, da existência humana, da coexistência em sociedade.

O agente público e o juiz, quando praticam atos, não são os aplicadores do direito deles, mas do direito da sociedade. Para conhecer o jurídico não basta entender apenas os institutos e a terminologia da ciência, nem formar uma particular visão da vida, é preciso desenvolver uma compreensão do ambiente físico e social e da própria inserção (geográfica, histórica, psicológica) neste mesmo mundo.

Não é por outro motivo que após o chamado “giro hermenêutico”³³ patrocinado por Heidegger a partir do Século XIX, mostrou-se que a compreensão possui caráter existencial³⁴. O próprio Heidegger relacionou a compreensão com uma expectativa da própria existência humana³⁵. Gadamer, por sua vez, acrescentou à

33. “A partir do Século XIX, no entanto, a hermenêutica, e as questões que ela coloca, sofreram o denominado “giro hermenêutico”: no lugar de investigações em torno do método mais seguro para que se possa obter sucesso no conhecimento, a atividade hermenêutica passou a investigar o que efetivamente acontece em todo o processo de compreensão humana, porque esta é a estrutura própria do homem inserido no mundo.” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 212)

34. “Heidegger, todavia, mostrou que a compreensão não tem um caráter epistemológico, mas existencial; não é um modo de conhecer, mas a própria existência. O compreender é histórico porque históricos são a existência do homem e o mundo que o circunda. O conhecimento histórico está submetido aos condicionamentos da estrutura ôntica do *Dasein* heideggeriano. Essa pertinência do intérprete ao objeto da compreensão, que é historicamente determinada e, por isso, obtém um sentido concreto e perceptível, será uma das bases fundamentais da sua hermenêutica.” (*idem*, p. 218)

35. “Acolhendo a idéia segundo a qual o *Dasein* é uma possibilidade aberta, entende que a compreensão traduz-se num projeto-prognóstico da existência humana e, simultaneamente, uma auto-revelação dessa própria existência. Toda compreensão, assim, é uma autocompreensão e quem compreende projeta possibilidades de si mesmo. A condição aberta às possibilidades por seu ser-no-mundo, própria do *Dasein*, é igualmente uma condição que está na gênese do processo hermenêutico. O existir significa compreender e interpretar. A compreensão, por sua vez, é diálogo.” (*ibidem*, p. 219)

hermenêutica filosófica a concepção que a interpretação ocorre na dimensão real existencial do intérprete³⁶, realçou a importância do contexto histórico na interpretação jurídica³⁷ e acrescentou a concepção de interpretação como concretização do conteúdo da norma³⁸.

A concepção revela, ao mesmo tempo, de um lado, a importância da prática dos atos jurídicos (no plano administrativo ou judicial) como função de “complementação produtiva do Direito” e dos agentes produtores destes atos, notadamente o juiz, como titulares desta função, e, de outro lado, a necessidade de inserção do órgão encarregado de dar concretude ao direito como “membro da comunidade jurídica”.

A hermenêutica, portanto, confere à interpretação, em especial jurisdicional, a tarefa de concretizar o direito e reconhece na atividade de construção de sentido das prescrições jurídicas a influência necessária e inafastável de todas as vicissitudes humanas, ou seja, a relevância do intérprete da lei, em específico o juiz, ser um homem de seu tempo e de sua comunidade.

Esta relação imperiosa da produção dos atos jurídicos com a sociedade é mais sentida na interpretação da Constituição, pois a idéia da interpretação como concretização de valores possui maior significação exatamente na hermenêutica constitucional³⁹, razão pela qual o intérprete deve procurar alinhar-se com os valores essenciais acolhidos pelo texto constitucional, notadamente quando tratar de direitos

36. “Quando, pois, Gadamer integra a *phronesis* no contexto da hermenêutica filosófica, ele parte do princípio segundo o qual a aplicação não se dá sob a ótica do modelo substantivo, característico da hermenêutica científico-espiritual do Século XIX, mas constitui o momento em que o intérprete compreende e o interpreta um texto inserido numa tradição, a partir do horizonte de questões que fazem parte de sua situação hermenêutica. O diálogo e, portanto, a aplicação, não ocorrem num âmbito abstrato, mas na dimensão concreta existencial do intérprete. A compreensão/interpretação, no momento da aplicação, responde pela revitalização do texto que, imerso numa tradição, adquire um novo sentido no presente, a cada vez em que é concretamente aplicado.” (*ibidem*, p. 224)
37. “O jurista deve levar em conta o aspecto histórico ao interpretar a lei, para determinar o seu conteúdo normativo (*sein normative Gehalt*) e aplicá-la ao caso a que se dedica.” (*ibidem*, p. 225)
38. “A tarefa da interpretação é a de concretização da lei em cada caso, o que é também tarefa da aplicação. A função de complementação produtiva do Direito, que nela [na interpretação] acontece está, desde logo, reservada ao juiz, o qual está, todavia, sujeito à lei, exatamente do mesmo modo que todo membro da comunidade jurídica” Traduzido e citado por DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 225.
39. “A idéia da aplicação do Direito enquanto concretização, cujos reflexos são profundos no plano da hermenêutica jurídica, adquiriu um especial relevo no âmbito da hermenêutica constitucional: todos os problemas que a aplicação das normas constitucionais suscita são compreendidos como “problemas de concretização”. Em Konrad Hesse, por exemplo, a interpretação constitucional se desenvolve em função de um problema concreto, sendo manifesta a impossibilidade de que ela se realize desprovida de uma pré-compreensão do intérprete.” (DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998, p. 227.)

fundamentais⁴⁰. Assim, particularmente quanto à tarefa de interpretação do texto constitucional, vale ressaltar a enorme relevância da participação do intérprete⁴¹.

Resta, assim, evidenciado que a interpretação constitucional deve ser realizada com o escopo de dar existência prática, “vida”, aos valores abraçados pela Lei Maior, notadamente em matéria de direitos fundamentais, por meio de um processo de diálogo engajado do intérprete em busca do efetivo conteúdo e alcance das normas, tornando-as, no mais possível, realizadoras do almejado equilíbrio entre liberdade e segurança jurídica, em especial, como visto, em matéria de direitos fundamentais, sobretudo ambientais.

É um erro comum imaginar que o Poder Executivo não interpreta a norma que aplica, equívoco que se revela ainda maior quando a norma em questão faculta uma atuação discricionária. Como visto, discricionariedade não se traduz por liberdade, razão maior da necessidade de uma (boa) interpretação no momento de concretizar a ação da qual se espera atingir o objetivo previsto no ordenamento. A Administração, assim, deve avaliar, dentre os caminhos possíveis, qual o mais capaz de atender ao conjunto das prescrições contidas no ordenamento, inclusive de cunho principiológico.

Esta avaliação, inclusive quando for feita pelo intérprete integrante do Poder Executivo, porém, deve levar em consideração ainda o papel do Poder Judiciário como detentor da última palavra em matéria de significado e alcance das normas constitucionais⁴², sem jamais abandonar o compromisso de dar a plenitude aos bens da vida especificamente tutelados pela Carta Magna⁴³.

40. “No tocante ao diálogo entre intérprete e objeto, a hermenêutica filosófica demonstra que a própria Constituição, enquanto lei fundamental do Estado e da sociedade, incorpora, sob os pontos de vista cultural e político, uma série de valores fundamentais, sobretudo no reconhecimento da dignidade humana e dos direitos fundamentais, os quais fornecem um parâmetro objetivo de interpretação, de tal forma que o órgão que a interpreta não pode dele se afastar, estando sua atividade condicionada por esta ideologia constitucional, que é o ponto de partida de sua realização.” (*idem*, p. 227.)

41. “Como objeto da interpretação, a Constituição tem uma objetividade diante do intérprete que não tolera a captação de outros significados para além daqueles que ela transmite por meio de um diálogo hermenêutico. Ao mesmo tempo, o intérprete não assume uma posição de inércia, não se contenta com a mera reprodução fiel do sentido por ele captado, mas também toma parte na produção deste” (*ibidem*, p. 227.)

42. “Atualmente, no entanto, são inegáveis a importância e a especificidade da hermenêutica constitucional, até mesmo em função da atividade do órgão que, em última instância, determina o conteúdo e o sentido das normas constitucionais: o Judiciário. O desenvolvimento da jurisdição constitucional, a elaboração de uma teoria material da Constituição e dos direitos fundamentais e a consciência da democracia como princípio estruturador da ordem político-jurídica materializada na Constituição, acrescentaram um componente qualificado aos princípios e métodos concebidos pela hermenêutica clássica.” (*ibidem*, p. 238.)

43. “a hermenêutica constitucional só atinge a plenitude do seu conceito e dos seus objetivos desvelando o inesgotável conteúdo de liberdade que a Constituição possui, porque, obra cultural, é feita pelo homem e para o homem e não para atender a interesses particularizados de uma classe ou de um segmento não comprometidos com a idéia de justiça social.” (*ibidem*, p. 20.)

Isto quer dizer que o Administrador não pode tornar irrelevante o fato de determinada matéria ter sido objeto de apreciação judicial, ainda que lhe caiba dar a exata dimensão do comprometimento de sua margem de discricionariedade pela decisão judicial em questão. Gerir é correr riscos, ou, ao menos, escolher que riscos correr.

Diante da necessidade de se dispensar uma licitação para salvar uma vida humana e das regras formais que determinam a necessidade de prévio certame para a celebração de contratos com o Poder Público espera-se que o gestor saiba compreender a necessidade de dar prevalência à preservação da vida humana. Uma decisão judicial contrária à contratações sem licitação em casos análogos não pode ser ignorada, mas não deve ser necessariamente utilizada como fundamento para se deixar a vida humana perecer.

8. A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL

Os dilemas muito mais intrincados postos pela complexidade das questões ambientais, mesmo que dependam de mais esforço interpretativo, respondem à mesma lógica, ou seja, é preciso conscientizar o gestor público dotado de poder discricionário da difícil e essencial tarefa de tomar decisões seguindo os princípios norteadores da atividade pública, inclusive o da legalidade, mas sem perder de vista a finalidade da existência do próprio Estado.

Em particular, os princípios constitucionais que regulam a proteção do meio ambiente são direitos fundamentais que se projetam em múltiplas direções. Esta multidimensionalidade decorre, entre outras razões, da própria diversidade dos bens e interesses relacionados ao ecossistema.

Desta maneira, apesar da definição conceitual dos direitos fundamentais relacionados ao meio ambiente enfrentar o desafio da denominação e referir-se a um gênero cujas espécies rigorosamente não foram reunidas por afinidades ou características de identidade, mas exatamente por serem, cada uma delas, em si mesmas, em sua essência, detentoras de uma característica peculiar de relevância na preservação e recuperação dos recursos naturais e da relação do ser humano com a natureza que a coloca num patamar de maior elevação dentre as demais normas, é importante construir uma interpretação do alcance dos direitos fundamentais vinculados à proteção da biosfera capaz de tornar um amplificador do outro, de forma, assim, a ampliar o espectro de sua influência na sociedade.

Com efeito, ao se falar de direitos fundamentais vinculados ao ecossistema refere-se ao conjunto formado por todo e qualquer direito capaz de receber o adjetivo, e esta classificação não é feita por nenhuma característica extrínseca

que o identifique como tal, senão pela própria natureza do mesmo, ou seja, não há porque estarem reunidos sob um mesmo manto conceitual, senão pelo fato de constituírem, juntamente com outros, direitos elementares, básicos, de fato imprescindíveis⁴⁴ à manutenção de uma sociedade ecologicamente sustentável.

É importante realçar de início que não existe um modelo ou molde que possa servir de paradigma de comparação para identificar-se se um determinado direito será, ou não, um direito ambiental fundamental, porque esta caracterização será sempre condicionada às circunstâncias históricas da avaliação⁴⁵, conclusão da qual não se pode fugir após restar inequivocamente demonstrado que, embora alguns dos direitos, inclusive fundamentais em sentido lato, possam ter pretensões de universalidade, a maioria não consegue legitimar-se socialmente nem mesmo no mundo contemporâneo, haja vista a dificuldade que sentem em ultrapassar as fronteiras do mundo ocidental⁴⁶.

No próprio ocidente os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado evoluíram e evoluem no tempo de acordo com o desenvolvimento histórico da sociedade.

Por via de conseqüência, o futuro do meio ambiente e do direito ambiental, que se confunde com o futuro do planeta e, preferencialmente, da raça humana,

44. “Trata-se de um mecanismo de autovinculação ou pré-comprometimento, pelo qual a soberania popular busca se proteger de suas paixões e fraquezas, dando mais rigidez àqueles princípios e regras, que não devem ficar à disposição de maiorias eventuais”. (VIEIRA, Oscar Vilhena. *Realinhamento Constitucional*. In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p. 20.)

45. “... à proporção que a sociedade evolui, ante os avanços tecnológicos, surgem novos interesses para a humanidade. Infere-se, pois, não serem estáticos os direitos do homem diante das contingências históricas de determinada civilização.

A esse respeito, assevera Norberto Bobbio:

‘o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas rescentes declarações’.” (ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. In: Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999, p. 267-268).

46. “Bom seria se realmente houvesse esse *communis opinio*. Mas ela não existe quanto a tais direitos, exceto no chamado “ocidentales” ou entre os “ocidentalizados”. Numerosas culturas com a hindu, a chinesa e também a islâmica – observa Jorge Miranda -, não aceitam direitos do Homem; algumas apenas deveres.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988*. In: Revista de Direito Administrativo, jan-mar/96, vol 203, p. 1-10, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 3)

irá depender da capacidade de todas as estruturas sociais, estatais ou não, principalmente de regulação como é o direito, apresentarem mecanismos eficazes de preservação, proteção e restauração do ecossistema equilibrado, o que não poderá ser atingido, na atual circunstância do desenvolvimento da sociedade, se o Estado não se mostrar capaz de: **a)** no Poder Executivo, extrair dos princípios e regras que norteiam sua ação, principalmente de matriz constitucional, os atos adequados a direcionar sua conduta prática para alcançar as ambiciosas metas do ordenamento em termos de preservação ecológica; **b)** no Poder Judiciário, estar capacitado para fazer a revisão judicial dos atos administrativos, inclusive os praticados no exercício de poder discricionário, sempre que for possível confrontar tais atos com os princípios informadores da atuação do Poder Público.

9. CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que, não obstante a relevância para o Estado Democrático de Direito do princípio da legalidade estrita a que está submetido o Poder Público, o desafio feito ao Estado pelo constitucionalismo no curso do Século XX, em especial no que se refere aos direitos fundamentais de terceira geração, entre os quais está o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, somente poderá ser enfrentado e, por isso, requer, sobretudo em questões relacionadas à proteção do ecossistema, a concessão ao Poder Público de uma ampliação do poder discricionário para praticar atos e tomar decisões envolvendo a proteção de tais bens da vida juridicamente tutelados, sem a qual a efetividade dos direitos ambientais será obstaculizada pelos limites de movimento impostos pelo princípio da ação plenamente vinculada.

A ampliação das oportunidades e condições para a Administração Pública agir de forma discricionária em matéria ambiental, todavia, para evitar o risco de se violar o estatuto básico do Estado Democrático de Direito, deve ser feita sob duas condições, a saber, a melhoria da capacidade de construção das normas individuais por meio da interpretação hermenêutica do direito, inclusive na esfera do Poder Executivo e o controle efetivo, em especial pelo Poder Judiciário, do mérito do ato administrativo discricionário em relação tanto à sua motivação, quanto à sua adequação ao ordenamento, incluindo os princípios e regras gerais informadores da atuação do Estado.

Somente a conjunção de um Poder Executivo comprometido com a realização efetiva dos valores resguardados pela Constituição e capaz de construir e praticar uma interpretação voltada para a realização efetiva dos compromissos pela Carta Magna com a implantação dos direitos fundamentais que consagra com um Poder Judiciário vigilante e cômico do seu dever de fazer valer no plano real e prático

da vida dos cidadãos o direito resultante da construção nos casos concretos do espírito do ordenamento, em especial em matéria de proteção ambiental, na qual o alcance das ambiciosas metas traçadas pelo texto constitucional requer uma capacidade ainda maior de análise em cada situação individual do melhor caminho para a realização mais plena possível do ideário constitucional.

10. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDREAU, Mirta Sotelo de. *El nuevo paradigma del estado su impacto en el derecho interno: La globalización – las normas supranacionales y el derecho administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 1, 1999, p.49 a 91. Curitiba: Juruá, 1999.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- _____. *Direito ambiental*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BEJAMIN, Antônio Herman V. *O Estado teatral e a implementação do direito ambiental*. In Anais do 7.º Congresso Internacional de Direito Ambiental, vol. I, Conferências/Invited Papers, pp. 335-366. São Paulo: [s.e.] [s.d.].
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BLACK, Hugo Lafayette. *Crença na Constituição*. Tradução por Luiz Carlos F. de Paula Xavier. Tradução de: A constitutional faith. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. por Alfredo Fait. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. *Dizionario di politica*. Milano: Tea, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

- BUENO, Roberto. *Em torno aos paradigmas da globalização: a teoria neoliberal de Friedrich August von Hayek*. In: BUENO, Roberto (organizador), SANTOS, Bárbara Mourão dos, [et al.]. *Dilemas da globalização: teoria liberal e ordem jurídica no mundo contemporâneo*. São Paulo: Cultural Paulista, 2000
- CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. *A questão da soberania e da supranacionalidade na Comunidade Européia e no Mercosul*. In Revista de Direito do Mercosul. ano 4, nº2, abril/2000. Buenos Aires: La Ley, 2000.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Teoria do Direito e Globalização Econômica*. In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Max Limonad, 1999
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, LEITE, José Rubens Morato. (org.) *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. *O meio ambiente nos tribunais: do direito de vizinhança ao direito ambiental*. São Paulo: Método, 2003.
- CATALAN, Marcos Jorge. *Fontes principiológicas do direito ambiental*. [s.e.], [s.l.], [s.d.].
- COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem?* Porto Alegre: Síntese, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FARIA, José Eduardo. *Globalização econômica e reforma constitucional*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 86, v. 736, p. 11-19, 1997.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Legitimidade na Constituição de 1988*. [s.l.] : [s.e.] [s.d.].
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais. Problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988*. In: Revista de Direito Administrativo, jan-mar/96, vol 203, p. 1-10, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In: *Dos direitos humanos fundamentais*. Org. Willis Santiago Guerra Filho, pp. 11-30. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- LASKI, Harold J.. *El problema de la soberania*. Tradução por Armando Bazán. Tradução de: *Studies in the problem os sovereignty*. Buenos Aires: Ediciones Siglo Viente, [s.d.].
- LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. Tradução por Álvaro Cabral. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Direito municipal brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco – doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade: Os três caminhos*. 2. ed.. São Paulo: Editora Saraiva, 1979.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988*. In: Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. *Curso de direito ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- OLIVEIRA, Flávia de Paiva M de, GUIMARÃES, Flávio Romero. *Direito, meio ambiente e cidadania: uma abordagem interdisciplinar*. São Paulo: Madras, 2004.
- OST, François. *A natureza à margem da lei*. Trad. por Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. *Discricionariedade Administrativa e Justiça Ambiental: novos desafios do poder judiciário nas ações civis públicas*. s.l.; s.d; s.a.
- PENDERGRASS, Jonh. *Direito Ambiental nos Estados Unidos da América*. In Revista de Direito Animal, Ano 1, [s.e.], [s.l.], [s.d.], p. 47 a 66.
- PEREIRA JR., Jessé Torres. *Controle Judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica razoável*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. In: Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos. Coord. Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 1999.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2ª ed. São Paulo: Forense, 2005.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Constituição Ecológica*. [s.e.], [s.l.], [s.d.].
- SANTANA, Heron José. *Meio ambiente e reforma tributária: Justiça fiscal e extrafiscal dos tributos ambientais*. In Revista de Direito Ambiental, ano 9, jan-mar /2004, n° 33, pp. 9-32. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *O futuro do direito penal ambiental: legalidade e tipicidade na lei de crimes ambientais*. In Revista de Direito Ambiental, ano 9 abr-jun/2004, n° 34, pp. 124-146. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Direito constitucional do Mercosul*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- SISTER, Gabriel. *Mercado de carbono e protocolo de Quioto. Aspectos negociais e tributação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

- SOUZA, Luís Antônio Francisco de. *A crise da esfera pública e das teorias do contrato social numa ordem global*. In: BUENO, Roberto (Organizador). Dilemas da globalização: teoria liberal e ordem jurídica no mundo contemporâneo. São Paulo: Cultural Paulista, 2000.
- TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Realinhamento Constitucional*. In: Direito Global. Coordenadores: SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.
- XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. Tradução por: Marina Gascón. Tradução de Il Diritto mitte. Legge dititti giustizia. 3a. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

VI

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONSUMIDOR

Ricardo Maurício Freire Soares

Doutorando e Mestre em Direito – UFBA. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFBA e da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Curso JUSPO-DIVM e da Rede LFG. 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.

KEY-WORDS: 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 principiológica consumerista como norte hermenêutico do código brasileiro de defesa do consumidor – 6. Notas conclusivas: a

interpretação principiológica e a efetividade dos direitos fundamentais 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-consumérista, 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 lingüísticas 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 principiologia, 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, que definem os direitos fundamentais do consumidor, 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 FUNDAMENTAIS 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 eficiente 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: 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: Revista dos Tribunais, 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.

VII

AS REPERCUSSÕES JURÍDICO-PENAIIS DA EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO

Tarsis Barreto Oliveira

Advogado, Especialista em Metodologia do Ensino Superior pelas Faculdades Integradas Olga Mettig, Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA) e Aluno Especial do Doutorado em Direito Público (UFBA). Professor de Direito Penal das Faculdades 2 de Julho, Facet e Unirb e Professor do Curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Ciências Criminais da Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Membro da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo abordar as repercussões jurídicas da eutanásia no Direito Brasileiro, incluindo questões relativas à eutanásia, a distanásia, a ortotanásia e o suicídio assistido, a análise da autonomia do consentimento do paciente, os argumentos favoráveis e contrários ao ato eutanásico, bem como o papel dos “doutores-morte” frente a pacientes terminais.

ABSTRACT: This paper has as its goal to present the juridical issues over euthanasia in Brazilian Law, including issues related to euthanasia,

disthanasia, orthothanasia and the assisted suicide, the analysis of the autonomy in the patient’s consent, the favorable and unfavorable arguments to the euthanasian act, as well as the role played for “death-doctors” towards terminal patients.

PALAVRAS-CHAVE: eutanásia; distanásia; suicídio assistido; consentimento do paciente.

KEYWORDS: euthanasia; disthanasia; orthothanasia; assisted suicide; patient’s consent.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Eutanásia ativa, eutanásia passiva e suicídio assistido – 3. Eutanásia, distanásia e ortotanásia – 4. Enquadramento penal da eutanásia – 5. A eutanásia passiva e a “pendente resvaladiça” – 6. Argumentos favoráveis à eutanásia – 7. Argumentos contrários à eutanásia – 8. Os “doutores-morte” e os pacientes terminais – 9. Conclusão – 10. Referências – 11. Consulta bibliográfica.

1. INTRODUÇÃO

Eutanásia vem do grego *eu*, que significa “bom” e de *thanatos*, que significa “morte”. Assim, eutanásia está a significar a morte boa, ou, em sua interpretação, a morte sem dor ou sem sofrimento.

Browayes¹ lembra que Platão, já na Antiguidade, defendia a eutanásia, argumentando que cada cidadão tinha um dever a desempenhar dentro do Estado, não lhe sendo facultado cumprir, perante ele, um papel inútil. Nesse sentido, a ninguém seria dada a “tranqüilidade” de passar a sua vida doente e sobre a influência de remédios, devendo-se deixar morrer os “não sadios de corpo”.

Bitencourt² define a eutanásia como “o auxílio piedoso para que alguém que esteja sofrendo encontre a morte desejada”.

Mirabete³, por sua vez, a define como “o homicídio praticado com o intuito de livrar o doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam”.

Já para Capez⁴, consiste no “ato de pôr fim à vida de alguém, cuja recuperação é de difícil prognóstico, mediante o seu consentimento expresso ou presumido, com a finalidade de abreviar-lhe o sofrimento”.

Na eutanásia, segundo Andreucci⁵, o agente elimina a vida de sua vítima com o intuito de poupá-la de intenso sofrimento e acentuada agonia, abreviando-lhe a existência.

A “morte boa” é aqui designada para realçar o ato misericordioso e desejado pelo paciente moribundo para alívio de suas dores e sofrimentos, ato esse que deve a sua angústia. Assim, a eutanásia, praticada em geral pelo profissional médico ou por um ente familiar, põe fim à vida do paciente, a seu pedido, extinguindo-a, e, com ela, o sofrimento que o acompanhava.

2. EUTANÁSIA ATIVA, EUTANÁSIA PASSIVA E SUICÍDIO ASSISTIDO

Deve-se fazer a diferenciação entre a eutanásia e o suicídio assistido. Neste último, o ato da morte é praticado pelo próprio paciente, ou seja, é este quem pratica o ato de subtração da própria vida, contando para isso com o suporte ou apoio de terceiro, normalmente um ente familiar ou um profissional médico. Já na eutanásia é terceiro que atua na subtração da vida do paciente, podendo-se diferir entre a eutanásia ativa e a eutanásia passiva.

1. BROWAEYS, Dorothée Bernoit. *La bioéthique*. Milan: Les Essentials, 1988. p. 41.

2. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 46.

3. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2. p. 34.

4. CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2. p. 34.

5. ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 163.

Na eutanásia ativa, um terceiro pratica o ato executório da morte do paciente, ou seja, um ente familiar ou um profissional médico matam o paciente, a seu pedido, eliminando, desta forma, a sua vida. Como exemplo, um médico aplica uma injeção letal no paciente ou, na mesma linha, um ente familiar desliga os aparelhos que o mantêm vivo.

Já a eutanásia passiva corresponde à interrupção do tratamento do paciente. Percebe-se, de pronto, o caráter omissivo desta conduta, já que, neste caso, verifica-se um “não-fazer” do terceiro, a falta do agir que, igualmente a pedido do paciente, acaba levando-o à morte, cuidando-se apenas da minoração de suas dores físicas e psíquicas.

Assim, o profissional médico interrompe o tratamento dispensado ao paciente, verificando ser desnecessário e sem efeito qualquer procedimento médico destinado a sua cura. Em outras palavras, na eutanásia passiva nada se faz para impedir a morte do paciente. Estas situações diferenciam-se claramente do suicídio assistido porque neste é o próprio paciente que subtrai a sua vida, mas contando, nesta hipótese, com a ajuda de terceiros.

3. EUTANÁSIA, DISTANÁSIA E ORTOTANÁSIA

Dúvidas existem quando da diferenciação entre a eutanásia, a distanásia e a ortotanásia, sobretudo quanto às conseqüências éticas e jurídicas que cada conduta engendra. Como já caracterizado, a eutanásia corresponde à supressão da vida do paciente, a seu pedido (eutanásia ativa), ou na interrupção do tratamento destinado ao paciente (eutanásia passiva).

No primeiro caso, há uma conduta comissiva de terceiro (em geral, um profissional médico ou um ente familiar), enquanto no segundo visualiza-se uma conduta omissiva, pela suspensão ou interrupção do tratamento que poderia prolongar a vida do paciente, ainda que a morte lhe seja inevitável.

Já na distanásia ocorre justamente o contrário. Ao invés de se abreviar a vida do paciente, suprimindo-a, ou de interromper o seu tratamento, levando-o à morte, o que se busca é prolongar a sua vida, é promover-lhe a sobrevida, adiando o momento de sua morte, o que pode ser conseguido através de procedimentos médicos que prolongam artificialmente a vida do paciente.

Na ortotanásia, por sua vez, não se abrevia o processo da morte do paciente, nem se estende a sua vida. Em outras palavras, não se antecipa nem se prolonga o seu curso, não se atuando sobre o processo de morte. Esta é a razão da ortotanásia ser chamada de “morte no tempo certo”, justamente porque não influi no processo

natural da morte do paciente, cuidando-se apenas e tão somente de minorar-lhe a dor, ministrando-se paliativos para aliviar-lhe o sofrimento.

4. ENQUADRAMENTO PENAL DA EUTANÁSIA

No que tange ao enquadramento penal, a eutanásia ativa, a eutanásia passiva, o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia apresentam diferentes desdobramentos e implicações.

Primeiramente, no que se refere à eutanásia, deve-se fazer imperiosa distinção entre as modalidades ativa e passiva. Recapitulando o que foi dito no tópico anterior, a eutanásia ativa corresponde à supressão da vida do paciente, praticada, a seu pedido, por terceiro. Este terceiro, normalmente um médico ou um ente familiar, mata o paciente para aliviar-lhe o sofrimento, a dor física e/ou psíquica. Por exemplo, um médico aplica uma injeção letal no paciente, causando-lhe a morte. Nesta hipótese, tratando-se da supressão de uma vida, o enquadramento penal não poderia ser outro senão pelo crime de homicídio (Art. 121 CP – “matar alguém”).

Entretanto, pode-se reconhecer, frente à lei penal, o caráter *honoris causa* e altruísta deste fato. O terceiro que mata nestas circunstâncias age por um motivo nobre, ao que a lei dá guarida com a atenuação de sua pena. Como efeito, o § 1º do Art. 121 do Código Penal estatui: “Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço)”.

A conduta deste terceiro envolto no contexto eutanásico enquadra-se na norma acima referida, tratando-se de “homicídio privilegiado”, na medida em que, subtraindo a vida do paciente para aliviar-lhe o sofrimento, age inegavelmente sob “relevante valor moral”.

Bitencourt⁶, caracterizando este motivo, explica que “um intenso sentimento de piedade leva alguém bom e caridoso à violência de suprimir a vida de um semelhante, para minorar-lhe ou abreviar-lhe um sofrimento insuportável. Esse é um autêntico motivo de relevante valor moral que justifica o abrandamento da pena no homicídio dito privilegiado.”

Mirabete⁷ ressalta que o Código Penal Brasileiro reconhece o homicídio eutanásico, haja ou não o consentimento do ofendido, mas, em consideração ao

6. BITENCOURT, 2007, v. 2, p. 46.

7. MIRABETE, 2007, V. 2, p. 34.

motivo, de relevante valor moral, permite a minoração da pena. Assim, é punível a eutanásia propriamente dita (ação ou omissão do sujeito ativo que, por sua natureza ou intenção, causa a morte, por ação ou omissão, com a finalidade de evitar a dor) e mesmo a ortotanásia (emprego de remédios paliativos, acompanhamento médico sem procedimento de cura, etc).

Mirabete⁸ lembra também que o anteprojeto da parte especial do Código Penal de 1984, no § 3º do art. 121 previa, pela primeira vez, a isenção de pena à conduta eutanásica do “médico que, com o consentimento da vítima, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, para eliminar-lhe o sofrimento, antecipa morte iminente e inevitável, atestada por outro médico”. Este projeto, como frisa o autor, foi, entretanto, abandonado.

Para Capez⁹, é possível sustentar a atipicidade na eutanásia passiva (por ele chamada “eutanásia omissiva”), argumentando que “em situações extremas não há bem jurídico a ser tutelado, já que a vida só existe do ponto de vista legal, mas em nada se assemelha aos padrões mínimos de uma existência digna, dado que a pessoa está apenas vegetando”. Lembra, entretanto, que a doutrina e a jurisprudência majoritárias se inclinam no enquadramento tanto da eutanásia ativa como da eutanásia passiva como hipóteses de homicídio privilegiado.

No que se refere à eutanásia ativa, explicita Rosa¹⁰ que:

[...] considera-se privilegiado o homicídio doloso e antijurídico cometido com ou sem premeditação, no qual a vítima pediu expressamente a morte – por súplicas, através de palavras ou escritos – e esse pedido foi compreendido, e a morte executada na forma solicitada. O dolo é o dolo do homicídio simples. As fases que privilegiam se exteriorizam em duas características da punibilidade: em sua formação histórica e no pedido consciente da vítima para a própria morte.

Porém, lembra Rosa¹¹ a necessidade de manifestação concreta do paciente. Para o autor, “somente um pedido sério é um pedido na realidade. Pode muito bem se apresentar uma fase de melancolia em alguém, que não sabe, então, o que pede. Nesses casos falta, naturalmente, o pedido no sentido jurídico”.

No que tange à eutanásia ativa, a grande maioria dos países enquadra esta conduta como ilícita, tomando como base a preservação do bem jurídico “vida”, suprimida pelo ato de terceiro, reconhecendo, não obstante, hipótese de diminuição da pena.

8. *Idem, ibidem.*

9. CAPEZ, 2007, v. 2, p. 34.

10. ROSA, Antônio José M. Feu. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 65.

11. ROSA, 1995, p. 65.

Como exceções a este entendimento, a Holanda e a Bélgica admitem, em suas legislações, a ausência de punibilidade na prática, pelo agente, da morte da vítima para aliviar-lhe sério sofrimento físico e/ou psíquico. Em outras palavras, a eutanásia ativa é vista como crime, mas prevendo-se a isenção de pena.

No que se refere à eutanásia passiva, ousamos discordar de parte da doutrina penal que a enquadra como conduta criminosa. A eutanásia passiva é caracterizada como uma omissão do terceiro (sobretudo o profissional médico) em promover os tratamentos adequados ao paciente, a pedido deste, entendendo-se que a conduta, neste caso, é atípica. Em que pesem entendimentos contrários, voltados para a caracterização da eutanásia passiva como homicídio privilegiado (Art. 121, § 1º CP) ou como crime de omissão de socorro (Art. 135 CP), não operam, na hipótese, os requisitos necessários a dito enquadramento.

Note-se: a conduta praticada pelo terceiro é a de, verificando que o tratamento médico a ser dispensado ao paciente é inócuo e desnecessário (já que não evitará a morte do paciente), abstém-se aquele, a pedido do próprio paciente ou de seus familiares, de iniciar ou, então, interrompe dito tratamento destinado à manutenção da vida.

Isto não se aplicaria a qualquer quadro clínico, a qualquer caso onde um paciente desejasse morrer, mas tão somente nos casos de pacientes terminais, em último estágio, onde ministrar um tratamento não apenas não trará qualquer possibilidade de cura, mas, do contrário, aumentará a dor física e psicológica do paciente. Assim, entende-se que, nestes casos, o profissional médico que se abstém de iniciar estes tratamentos ou suspende os já iniciados, não deve responder pelo crime de homicídio, nem pelo tipo de omissão de socorro, nem por ilícito algum.

Da análise do caso, verifica-se a inexistência do *animus necandi* por parte do médico, fundamental à configuração do crime de homicídio. O médico, abstendo-se de promover o tratamento ao paciente, não deseja a sua morte (dolo direto), nem tampouco assume o risco de produzi-la (dolo indireto). Nestes casos, e somente nestas hipóteses, a morte é certa, inexorável e definitiva, não se tendo mais como evitá-la. Como exemplo, teríamos o caso de um paciente com câncer em estado terminal, com expectativa de apenas alguns dias ou meses de vida.

Ora, não sendo mais viável nenhum tratamento, não se podendo promover a cura ou garantir-lhes a vida qualquer tratamento a ser ministrado, o que desejam muitos pacientes é apenas viver os últimos momentos da vida com dignidade, ao lado de seus familiares e longe de aparelhos, hospitais e de tudo o que os lembrem da doença.

Também não se pode imputar ao profissional a responsabilização pelo homicídio a título de culpa, já que não ocorre, nestes casos, nem imperícia (falta de habilidade técnica), nem imprudência (criação desnecessária de uma situação de perigo), nem negligência (falta de atenção, de cuidado). O profissional médico não falta ao dever de cuidado. Do contrário, o que procura é agir em favor do paciente, evitando submeter-lhe a tratamentos muitas vezes dolorosos e inúteis, que só lhe causariam mais dor física e psíquica. Dessa forma, nos casos de eutanásia passiva a responsabilização penal por crime de homicídio parece inadequada e descabida.

Oportunamente, entende-se também que não deve o profissional médico ser responsabilizado a título de omissão de socorro (art. 135 do Código Penal). O tipo do art. 135 fala em: “Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública”, estatuinto pena de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Na hipótese ventilada, é preciso analisar a natureza e a extensão do elemento subjetivo do tipo “dolo” na conduta praticada pelo profissional médico. É preciso, em outras palavras, analisar o *animus* do agente ao praticar a referida conduta. Nos casos de eutanásia passiva, em que o profissional médico, a pedido do paciente, abstém-se de promover o tratamento destinado ao prolongamento de sua vida, não se vislumbra o dolo necessário à configuração do tipo do art. 135 do Código Penal.

Neste crime, o que visou o legislador foi punir a insensibilidade do agente para com o sofrimento alheio, o pouco caso ou a falta de sensibilidade daquele que pode atuar no sentido de fazer cessar a angústia da vítima, apacando o perigo, ou ao menos fazendo minorar o sofrimento daquele que se encontra em tal estado. No contexto apresentado, o que ocorre é justamente o contrário, pois o que busca o profissional é agir, conforme dito, no interesse do próprio paciente, minorando-lhe o desnecessário sofrimento que lhe seria causado por uma intervenção ou tratamento médico.

Em suma, a eutanásia passiva constitui crime enquadrado no Código Penal a título de homicídio privilegiado (art. 121, § 1º do Código Penal), enquanto, na eutanásia passiva, vislumbra-se a atipicidade do fato.

Deve-se analisar, entretanto, a capacidade do paciente para manifestar o seu consentimento. Se está em condições de manifestar, de forma livre, a sua vontade em não se submeter a qualquer tratamento, essa vontade deverá ser atendida, considerado o respeito à sua autonomia e autodeterminação.

Entretanto, caso não se vislumbre pleno gozo de suas faculdades psíquicas ou reduzida capacidade de manifestação do seu consentimento, a questão ganha outro relevo, devendo-se analisar com ressalva a conduta do médico no tocante à salvaguarda de seus interesses. Neste mister, a possibilidade de manifestação do consentimento do paciente no contexto da eutanásia passiva será analisada no capítulo seguinte.

No que se refere à distanásia, vislumbra-se a completa atipicidade do fato. Com efeito, se a conduta do terceiro, sobretudo do profissional médico, é a de prolongar a vida do paciente, atuando está no seu papel de manutenção da vida. Assim, não pode ser considerado crime uma conduta que visa o prolongamento artificial da vida do paciente. A distanásia é, de fato, o oposto da eutanásia e, promovendo o profissional médico a sobrevida do paciente, estendendo artificialmente a sua duração, age de conformidade com a lei e com os ditames de sua condição profissional.

Quanto à ortotanásia, igualmente não há de se falar em crime. Discute-se a respeito de eventual prática de homicídio ou de omissão de socorro, mas, também neste caso, isto não se verifica, já que, nesta conduta, o profissional médico não interfere no processo de morte do paciente, nem antecipando-a (como ocorre na eutanásia), nem adiando-a (como na distanásia), mas apenas oferecendo paliativos para aliviar a dor física e psíquica do paciente.

Não se vislumbra, assim como na eutanásia passiva, o crime de homicídio, já que ausente o *animus necandi* por parte do agente. Na ortotanásia, este não mata; ao contrário, trata o paciente no alívio de suas dores, ainda que não lhe ministre tratamentos ou processos de cura. Na mesma medida, não se pode falar em crime de omissão de socorro, já que não se descarta do cuidado com o paciente, ministrando-lhe paliativos para a sua dor, e evitando, como já dito, procedimentos de cura desnecessários e inúteis.

Ausente está, pois, o elemento subjetivo do tipo “dolo”, que se consubstancia na indiferença do agente para com o sofrimento alheio, na falta de sensibilidade daquele que pode fazer algo, e nada faz para cessar uma situação de perigo ou aliviar o sofrimento do paciente. No caso presente, do contrário, age o profissional médico em benefício do paciente, aliviando-lhe o sofrimento. A conduta da ortotanásia é, pois, em que pesem entendimentos contrários, claramente atípica.

5. A EUTANÁSIA PASSIVA E A “PENDENTE RESVALADIÇA”

Em certos casos, muitos pacientes não conseguem manifestar o pedido de recusa a qualquer tratamento inútil e indesejável, porque se encontram inconscientes, em estado terminal e, nestas hipóteses, quem deve dar o consentimento?

Indo além: o paciente, em estado de grande penúria e, comumente, em situação de desespero ou acometido de depressão profunda, tem condições de manifestar, de forma livre e autônoma, a sua vontade? Em outras palavras, a escolha deste paciente pela prática da eutanásia revela-se, no caso concreto, como realmente “livre”?

Frise-se que se exclui desta análise a vontade do paciente, ainda que livre e autônoma, em demandar a supressão de sua vida pelo profissional médico ou qualquer terceiro, via eutanásia ativa, já que esta conduta mostra-se inegavelmente criminosa (como visto, a eutanásia ativa é enquadrada, via de regra, como crime de homicídio privilegiado).

O que aqui se fala é na prática da eutanásia passiva, quando o profissional médico, atendendo a pedido do paciente ou de seus familiares, interrompe um tratamento médico, ou, então, decide não iniciá-lo. Nesta hipótese, pode-se falar em consentimento válido por parte deste paciente?

Para Minahim¹²:

O respeito pelas pessoas consiste em duas convicções: a de que estas tenham capacidade de atuar e discernir (tenham autonomia), protegendo-se aquelas que são incapazes de tomar decisões. Dessa forma, uma ação é autônoma quando baseada no consentimento de pessoa apta para concedê-lo.

E como auferir o grau de consciência e autonomia de um paciente na sua manifestação pela eutanásia?

É preciso distinguir duas situações. Na primeira, tem-se a possibilidade do paciente, ainda consciente, manifestar a sua vontade em não se submeter a tratamentos médicos desnecessários, ciente de que não obterá qualquer resultado na sua cura. Nesta hipótese, crê-se que a vontade do paciente deve ser observada. A propósito, esta manifestação é garantida como expressão autônoma de sua integridade, devendo ser respeitada e prontamente atendida. Entretanto, faz-se mister verificar se o paciente está em condições de manifestar esta decisão.

Sabe-se que um paciente que se encontra acometido de grave doença ou de condição de enfermidade incurável passa por momentos de depressão e grande sofrimento psíquico. Neste caso, deve-se avaliar seu grau de lucidez e sanidade mental na recusa de submeter-se a qualquer procedimento de cura. Neste contexto,

12. MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer?: reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloísa Helena et al. (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 113.

vê-se como fortemente recomendável a ponderação, por parte do profissional médico, da capacidade deste paciente para a tomada de tal decisão, tornando-se imperiosa a sua avaliação psicológica, feita por profissionais credenciados para essa tarefa.

Não obstante, não se pode negar o pedido de um paciente na recusa de submissão a determinados tratamentos pela simples verificação de tensão emocional ou sofrimento psíquico demonstradas em um estado depressivo. Em outras palavras, não se pode renegar o desejo do paciente em recusar-se a qualquer tratamento somente porque se verificaram distúrbios emocionais e psíquicos.

Deve-se analisar, então, a natureza e extensão destes distúrbios, pois em muitos casos não comprometem a expressão de sua livre vontade. Assim, desde que esta manifestação seja plena, a vontade do paciente deve ser atendida, como respeito à sua integridade e auto-determinação.

Argumentar em sentido contrário seria cogitar o absurdo de se exigir a mais absoluta tranquilidade, serenidade e ausência de sofrimento na escolha de um paciente em decidir pela chegada da própria morte. Ainda que eivada de angústia, sofrimento e relativo desespero, a manifestação do paciente em recusar-se a qualquer tratamento, ciente de que desta decisão lhe sobrevirá a morte, desde que lúcida e inequívoca, deve ser prontamente respeitada.

A segunda situação se refere à impossibilidade do paciente manifestar o seu consentimento quanto à eutanásia passiva, se inconsciente se encontrava. Ficaria, então, a cargo dos seus familiares ou parentes próximos a escolha em abreviar-lhe a vida com a prática da eutanásia? Esta questão ganha grandes contornos e elevada polêmica ao examinarmos a disponibilidade da vida deste paciente nas mãos de familiares ou de um profissional médico.

É preciso lembrar que o contexto ora citado, qual seja, o da eutanásia passiva, é comumente verificado na realidade dos hospitais e UTIs no Brasil e em todo o mundo. Familiares, vendo o sofrimento do enfermo e na ânsia de minorar a dor que o aflige decidem, com o acompanhamento do profissional médico, interromper o tratamento médico, não insistindo em um processo inútil de cura.

A doutrina espanhola utiliza a expressão “pendente resvaladiça” para designar a probabilidade de se atuar contrariamente à vontade do paciente quanto à continuidade do tratamento destinado ao prolongamento de sua vida. Lembra Carvalho¹³

13. CARVALHO, Gisele Mendes de. Cooperação ao suicídio e homicídio a petição nos contextos eutanásicos: análise dos aspectos filosóficos, constitucionais e jurídico-penais. *Ciências penais: revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 380.

a “pendente resvaladiça” como “um fundamento político-criminal que apela para os riscos que a descriminalização dos comportamentos eutanásicos voluntários poderia acarretar para a vida daqueles pacientes que não consentem validamente na causação da própria morte”.

A propósito, defende Carvalho¹⁴ que a “pendente resvaladiça” é o único argumento legítimo para a proibição da eutanásia ativa em um Estado de Direito democrático e social.

E como contornar os riscos para o paciente na autorização feita por terceiros para a eutanásia passiva?

Dworkin¹⁵ lembra que:

La afirmación de carácter procedimental de que los familiares que insisten en que un paciente inconsciente habría querido morir, deben satisfacer un estándar probatorio especialmente severo, como asimismo al argumento de la “pendiente resbaladiza” según el cual el derecho no debería permitir la eutanasia porque puede terminar permitiendo demasiado, y por último a la afirmación de que los médicos se corromperán y se resentirá su sentido humanitario si se les pide que maten y se permite que lo hagan.

Alerta o autor para os riscos da autorização feita por terceiros para a morte do paciente. Como solução, aponta a necessidade de comprovação de sua anterior vontade em optar pela eutanásia passiva.¹⁶

A questão é, sem dúvida, complexa, sobretudo ao vislumbrarmos os possíveis interesses por trás da decisão dos familiares em abreviar a vida do paciente. Interesses, por exemplo, sucessórios, podem gravitar na decisão dos familiares em abreviar a vida do paciente, além de questões de cunho igualmente econômico, como a cessação dos gastos com o tratamento médico dispensados pela família, que aliviada ficaria com a ligeira morte do ente familiar.

No que tange a eventuais interesses sucessórios dos familiares, Bernard¹⁷ revela um episódio médico por ele vivenciado, ilustrando a prevalência dos fins econômicos sobre o respeito à vida do paciente, a exigir reflexão e ponderação quanto à possibilidade de se aceitar a vontade de terceiros na prática da eutanásia.¹⁸

14. *Idem, ibidem.*

15. DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998. p. 283.

16. *Idem, ibidem.*

17. BERNARD, Jean. *La bioéthique*. Paris: Domimos Flammarion, 1994.

18. “Un industriel de quatre-vingt-sept ans, très fortuné, soigné dans le service que je dirigeais alors, est atteint d’une leucémie chronique, maladie d’évolution lente qui ne menace la vie qu’après plusieurs années. Je

Bernard, médico, discorre sobre o caso de um rico industrial de oitenta e sete anos acometido de uma leucemia crônica, doença que coloca em risco a vida após alguns anos de evolução. Este paciente foi visitado por seus dois filhos, que, em conversa com o autor, sugeriram a eutanásia, invocando o estado delicado em que o pai se encontrava e alegando ser mais favorável uma morte tranqüila do que uma intervenção cirúrgica.¹⁹

Após a saída destes dois filhos, em conversa com o médico da família, Bernard descobriu que existiam, além daqueles dois, mais uma eventual herdeira (uma neta do paciente, de quinze anos, órfã de sua filha que havia falecido), e que no testamento do paciente estava estipulado, com clareza, que se ele morresse quando esta neta ainda fosse menor, os seus dois filhos herdariam; do contrário, se ela já fosse maior, esta também herdaria. No caso presente, Bernard não teve dúvida, realizando o procedimento cirúrgico, prolongando a vida do paciente por mais cinco anos e garantindo, dessa forma, que a neta, agora maior, pudesse herdar a fortuna de seu avô.²⁰

Outros interesses podem atuar, ainda, sobre a decisão dos familiares. De fato, seria a eutanásia um ato egoístico dos familiares, que, em nome de abreviar o sofrimento da vítima, procuram na verdade aliviar o sofrimento próprio? A eutanásia não seria, neste contexto, uma forma de se livrar do ente querido, este visto e sentido como um fardo para a família e parentes próximos? Percebe-se que não há como se excluir, com absoluta eficácia, a probabilidade de pendente resvaladiça nos contextos eutanásicos.

No caso em menção, qual seja, a possibilidade dos familiares ou parentes próximos e do profissional médico em decidirem sobre a eutanásia passiva, interrompendo o tratamento destinado ao paciente, dada a inviabilidade de sua manifestação, constata-se a impossibilidade de se chegar a uma solução ideal. Ter-se-ia, para esse fim, de se partir de extremos: ou se veda a possibilidade de terceiros decidirem em nome do paciente e, neste caso, corre-se o risco de sujeitá-lo

reçois un jour la visite des deux fils du malade, appartenant manifestement à la bonne bourgeoisie parisienne. 'Notre père, me disent-ils, vient d'être victime d'un grave accident cardiaque. On veut opérer, lui poser un stimulateur. Nous savons, ajoutent-ils, que vous n'êtes pas partisan de l'acharnement thérapeutique chez les vieillards. Notre père est leucémique. Ne vaut-il pas mieux le laisser mourir paisiblement sans intervenir?' Après leur départ, j'appelle le médecin de famille. J'apprends que ce vieil homme a trois enfants, les deux hommes venus me voir et une fille morte en laissant une jeune fille de quinze ans. Le testament est très particulier et stipule que si le vieillard meurt quand sa petite-fille est encore mineure, les deux fils seuls hériteront. Nous avons posé le stimulateur. Le vieillard a vécu encore cinq années. La jeune fille a hérité." (BERNARD, 1994, p. 76).

19. *Idem, ibidem.*

20. *Idem, ibidem.*

prolongadamente a um sofrimento desnecessário ou, do contrário, admite-se esta possibilidade e legitima-se, com ela, o risco de familiares de porem fim à vida do paciente na mera satisfação de seus próprios interesses.

Nesta última hipótese, minar-se-ia a possibilidade do paciente, ainda que infrutífera, de continuar lutando pela própria vida, ainda que inconscientemente. Resta a dúvida se esta decisão realmente respeitaria o interesse do paciente, dada a impossibilidade de sua livre manifestação.

Uma ou outra solução apresenta sérios riscos e desdobramentos. Crê-se que a eutanásia passiva deve estar cercada de cautelas e devem-se coadunar todas as variáveis ora elencadas. Disto resulta o papel imprescindível do médico, a examinar e agir no estrito interesse de seu paciente, dada a gravidade do quadro.

Nesta análise, considera-se imprescindível a avaliação, por parte do médico e dos familiares, da vontade presumida do paciente, manifestada quando este ainda se encontrava em plena saúde, ou, ainda, por manifestações claras feitas posteriormente ao acometimento da doença incurável.

6. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À EUTANÁSIA

Um dos argumentos mais invocados na defesa da Eutanásia é o caráter humanitário do ato praticado. Este argumento mostra-se um tanto controverso, ao se questionar se um ato de supressão da vida pode ser considerado um ato “humanitário”.

O fato é que, para muitos que se encontram em situação de extrema penúria e sofrimento, a eutanásia mostra-se a única esperança para o alívio das dores e sofrimentos físicos e psíquicos. Este aparente paradoxo parece justificar-se na natureza e nos motivos da ação do agente. Na eutanásia, os motivos não são abjetos, desprezíveis ou insignificantes. A supressão da vida de terceiro ocorre, antes de tudo, a seu pedido, e por razões que partem da própria vítima, atendida em seu desejo de supressão da própria vida.

Neste mister, não se pode negar o caráter humanitário da eutanásia, consideradas as razões que motivam o agente a suprimir a vida alheia, bem como o estado de sofrimento em que se encontra a vítima, suplicando o ato eutanásico.

Neste contexto, invoca-se a dignidade da pessoa humana como mais um argumento a legitimar dita conduta. Este argumento parte da noção de que a dignidade da pessoa humana envolveria, em um contexto mais amplo, um direito de morrer dignamente. Assim, ao se garantir a uma pessoa uma morte digna, sem sofrimento

e sem dor, preservar-se-lhe-ia a dignidade humana. Neste raciocínio, se um viver deve ser digno, este deve se estender até os seus últimos momentos, garantindo-se a um paciente uma passagem digna de seu último estágio de vida até a morte.

Existem também argumentos de ordem jurídica a legitimar a conduta da eutanásia. Estes se fundamentam na necessária relativização da noção de disponibilidade do bem jurídico “vida”. Para Yarochevsky²¹:

[...] viver dignamente não é e não pode ser estar ligado a aparelhos que, artificialmente, mantêm em funcionamento funções vitais do ser humano. Viver com dignidade é muito mais que viver sem interesse, sem emoções, na inércia, na inatividade; viver é muito mais que vegetar.

E continua: “o Estado, por meio do Direito Penal, deveria admitir que aquele que mata ‘alguém’ que já não vive com dignidade e se encontra dependente de aparelhos para manutenção das funções vitais mereceria, no mínimo, um tratamento menos rigoroso”.²²

Na verdade, para o autor, a conduta, nesses casos, deveria ser considerada atípica. O que Yarochevsky considera, então, é que dever-se-ia legalizar a conduta da eutanásia ativa, já que o agente atua com respeito à dignidade da vítima, imbuído de um nobre motivo.

Outra sorte de argumentos favoráveis à eutanásia perpassa por questões religiosas, baseadas, sobretudo, pela concepção cristã de inviolabilidade sagrada da vida. Esta tem corolário na passagem bíblica dos 10 Mandamentos, dispondo, em seu Mandamento primeiro, o princípio do “Não matarás”.

Neste mister, a despeito da preservação e do respeito às mais diversas concepções religiosas, estes questionamentos devem estar adstritos ao paciente e a seus familiares, não se devendo obstar a viabilização da eutanásia ao paciente em função de proibições morais religiosas de cunho individual ou coletivo. Assim, no ato eutanásico, deve caber somente ao paciente e a seus familiares sopesar estas questões na preservação da vontade de quem a suplica.

7. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À EUTANÁSIA

Argumenta-se, contrariamente à idéia da eutanásia, que decidindo-se pela recusa em se lutar pela vida, ainda que nos casos sem solução, esgotar-se-ia qualquer

21. YAROCHEVSKY, Leonardo Isaac. Nova perspectiva para proteção penal da vida humana. In: PRADO, Luiz Regis (Org.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 332.

22. *Idem*, p. 333.

esperança futura engendrada pela expansão natural da ciência. Isto parte do raciocínio de que uma doença pode não ter cura hoje, mas poderá tê-la amanhã, como fato inexorável dos avanços biotecnológicos.

Outro dos argumentos comumente expostos contrários à eutanásia se refere à eventual possibilidade, engendrada pela sua legalização, de inversão dos fins das práticas médicas, no sentido da quebra de confiança dos pacientes nesses profissionais. Isso se refere ao temor que os pacientes passariam a ter no papel desempenhado pelos profissionais médicos, que passariam a ter não apenas o poder/dever de curar, mas também o poder/dever de matar.

Esta possibilidade é lembrada por Roxin²³, ao afirmar, criticando a lei holandesa que autoriza a eutanásia ativa, que “não gostaria de ir a um hospital em que não só se cura, mas também se mata”. Para o autor, “se o homicídio a pedido da vítima se tornar uma instituição quase normal, regulada pelo Estado, pode surgir nos doentes sem esperança a impressão de que sua família ou a sociedade esperam que ele renuncie à sua vida”. Nesta análise, um paciente entraria num hospital sabendo que aquele profissional médico poderia salvá-lo ou matá-lo.

Leva-se também em consideração, como reforço aos argumentos contrários à eutanásia, o fato de que nem todos os pacientes que se encontram nesta condição desejam ou nutrem a idéia de recorrer à eutanásia. Por certo, existem muitos que, malgrado o sofrimento do qual padecem, conseguem encontrar força para trilhar os últimos passos de suas vidas, ainda com temperança e serenidade, requerendo alguns, tão somente, o apoio e o suporte emocional de seus familiares.

A eutanásia, pois, não os alcança, passando de longe sobre os seus desejos e pretensões, malgrado a aproximação da morte já prenunciada. É por esta razão que se faz presente toda a sorte de apoio psicológico tanto ao paciente como a seus familiares, a fim de permitir-lhes a passagem da vida para a morte de uma forma menos traumática e sofrida. Nesse sentido, tratamentos já existem, à base de analgésicos e antidepressivos, que atuam não somente sobre a dor física, mas também sobre a dor psíquica desses pacientes.

8. OS “DOUTORES-MORTE” E OS PACIENTES TERMINAIS

Uma das questões que mais chama a atenção no contexto da eutanásia é o papel desempenhado pelos chamados “doutores-morte” em relação a seus pacientes. Vez ou outra os jornais e a televisão veiculam notícias chocantes de profissionais, em

23. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 181.

sua grande maioria médicos, que se propõem a suprimir a vida de seus pacientes ou a auxiliá-los no ato da própria morte.

Primeiramente, cumpre salientar que as condutas por eles praticadas constituem ilícitos penais. Se, propriamente, um profissional médico (ou um terceiro qualquer) retira a vida de um paciente, praticando o ato executório de sua morte (como exemplo, aplicando uma injeção letal ou desligando os seus aparelhos), falar-se-ia, na hipótese, de crime de homicídio, este, a depender do reconhecimento do valor moral da conduta, enquadrado como homicídio privilegiado.

De outra forma, na hipótese deste “doutor- morte” auxiliar o seu paciente na prática de um suicídio (por exemplo, fornecendo os meios necessários para a sua consumação, como um líquido venenoso para ingestão), neste caso falar-se-ia em “suicídio assistido”, enquadrado penalmente no tipo do Art. 122 do Código Penal Brasileiro, como “induzimento, instigação ou auxílio a suicídio”.

A prática de tais condutas coloca a sociedade e a comunidade médica em profundo questionamento, já que observar-se-ia uma inversão da prática médica e do dever destes profissionais, qual seja, o de salvar vidas, para, do contrário, subtraí-las.

Surge a questão: seriam estes profissionais seres humanitários ou carrascos? Em outras palavras, seriam eles seres visionários, dotados de compaixão e sensibilidade pelo sofrimento alheio, e capazes de enfrentar as críticas da sociedade, além de provável responsabilização criminal, em benefício de seus pacientes, ou seriam eles pessoas doentes, indivíduos lunáticos, aficionados pela morte?

A resposta para a indagação feita revela-se surpreendente ao constatarmos, como veiculado nos meios televisivos, que estes profissionais carregavam em suas trajetórias pessoais e profissionais inúmeros episódios grotescos que punham em xeque as suas condutas como médicos, histórias marcadas por abuso e falta de ética para com os seus pacientes, além de fortes ligações com a idéia da morte, do holocausto e do sacrifício de vidas.

Paralelamente a esta discussão, inúmeros pacientes portadores de doenças letais ocuparam recentemente as manchetes do noticiário. Como exemplos, o caso de Terri Schiavo, nos Estados Unidos, e, na França, de Chantal Sébire, esta, inclusive, suplicando ao presidente Nicolas Sarkozy o atendimento de seu pleito para supressão da própria vida.

Entende-se que, no contexto eutanásico, muitos profissionais médicos se vejam compelidos a aliviar o sofrimento de seus pacientes com a prática da eutanásia

passiva, esta realizada para poupar-lhes a dor de tratamentos dispensáveis e inócuos. Entretanto, em que pese o sofrimento de inúmeros pacientes acometidos de doenças graves e letais, a prática da eutanásia ativa ou do suicídio assistido parece incompatível com a luta pela vida e desgarrada de qualquer sentido ético por parte destes profissionais ou de terceiros, ainda que aparentemente atuando em benefício destes pacientes. Para estas condutas, a lei deve ser observada, enquadrando estes profissionais na prática de crime doloso contra a vida, como já analisado.

9. CONCLUSÃO

A eutanásia é tema bastante polêmico e que suscita inúmeras e profundas reflexões. Para este efeito, faz-se mister um amplo, abrangente e constante debate envolvendo os profissionais das áreas médica, jurídica, filosófica, bem como de toda a sociedade.

De fato, é inegável que, na prática médica, a eutanásia (ao menos, a eutanásia passiva) ocorre comumente. Contestar este fato é estar alheio à realidade dos hospitais e UTIS brasileiras, onde profissionais médicos praticam-na rotineiramente.

De fato, a eutanásia passiva é rotineiramente praticada no seio médico, desde que observado o interesse dos familiares na interrupção dos procedimentos curativos do paciente e desde que se constate a ineficácia e inutilidade dos tratamentos médicos para a sua cura, respeitando-se a manifestação de vontade do próprio paciente (se este está em condições de exercê-la), bem como a vontade dos familiares.

Igualmente, a ortotanásia é bastante praticada, com a disponibilização ao paciente de medicamentos que atuam sobre a dor, aqui considerados paliativos, não se interferindo no natural processo de sua morte.

Em que pese a complexidade dos tópicos abordados e a polêmica que o tema engendra, pode-se chegar, das análises feitas neste trabalho, a algumas conclusões:

- a) Deve-se buscar, primeiramente, a melhoria da qualidade de vida dos pacientes em estado terminal ou dos acometidos de doenças graves e incuráveis. De fato, não são todos os pacientes que invocam a eutanásia para a cessação de suas dores físicas e psíquicas, devendo-se fornecer mecanismos mais eficientes e amplos de suporte a estes pacientes, incluindo o apoio psicológico a eles e a seus familiares. Na mesma linha, deve-se fornecer, no plano do consentimento informado ao paciente, todas as

possibilidades de cura disponíveis na medicina e na ciência, alertando-o para todos os efeitos que estes diversos tratamentos possam engendrar.

- b) A eutanásia ativa, acertadamente, é punida (e deve sê-lo) pelo Direito brasileiro. De fato, não se justifica a supressão da vida de alguém, ainda que se possa agir em seu aparente benefício. Aqui, fala-se na conduta de terceiro que subtrai a vida do paciente, este respondendo, a princípio, por homicídio privilegiado – Art. 121, § 1º do Código Penal. Também é punida a conduta de terceiro que atua no suicídio assistido, recebendo a reprimenda prevista no Art. 122 do Código Penal, tratando-se de crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio.
- c) A eutanásia passiva, a distanásia e a ortotanásia não constituem modalidades típicas, não merecendo reprimenda penal e, ponderadas determinadas hipóteses de atuação contrária ao interesse do paciente, também não merecem punição de qualquer natureza. Nos casos mencionados, não se atua contra a vida do paciente; do contrário, atua-se a seu favor, poupando-lhe dor e sofrimento desnecessários.
- d) Atendendo ao conceito de “humanidade” no tratamento médico e ao princípio da dignidade da pessoa humana, a eutanásia passiva não deve ser penalizada. Em que pesem entendimentos contrários e eventuais abstrações que conduzam o aplicador do Direito a algum enquadramento penal, criminalizar esta conduta seria, antes de tudo, ignorar o sentido e real alcance da lei penal, bem como a própria realidade das práticas médicas, jogando por terra a autonomia do paciente e o respeito à sua individualidade. De fato, nos casos citados, a conduta do profissional médico visa o abrandamento das dores do paciente e a minoração de seu sofrimento pela supressão de tratamentos dolorosos, inúteis e ineficazes, sendo esta conduta compatível com a dignidade da pessoa humana e com a preservação de sua integridade e autonomia. Destarte, negar a eutanásia nesses casos seria, antes de tudo, um ato cruel e desumano.

10. REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BERNARD, Jean. *La bioéthique*. Paris: Dominos Flammarion, 1994.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

- BROWAEYS, Dorothée Bernoit. *La bioéthique*. Milan: Les Essentials, 1988.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. Cooperação ao suicídio e homicídio a petição nos contextos eutanásicos: análise dos aspectos filosóficos, constitucionais e jurídico-penais. *Ciências penais: revista da associação brasileira de professores de ciências penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Trad. Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres. Barcelona: Ariel, 1998.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer?: reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. In: BARBOZA, Heloisa Helena *et al.* (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234 do CP*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2.
- ROSA, Antônio José M. Feu. *Direito penal: parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Nova perspectiva para proteção penal da vida humana. In: PRADO, Luiz Regis (Org.). *Direito penal contemporâneo: estudos em homenagem ao professor José Cerezo Mir*. Coord. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

11. CONSULTA BIBLIOGRÁFICA

- ANDORNO, Roberto. *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: Presse Universitaires de France, 1997.
- ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter; RENAUD, Michel. (Coord.). *Novos desafios à bioética*. Porto: Porto Editora, 2001.
- BARBOZA, Heloisa Helena *et al.* (Org.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Trad. Nelson Souza Canabarro. Bauru: Edusc, 1997.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro*. Brasília, 1940.

- CASTAÑEDA, Ilva Myriam Hoyos. *La persona y sus derechos: consideraciones bioético-jurídicas*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 2000.
- CHESNEAUX, Jean. *Modernité-monde*. Paris: La Découverte, 1989.
- CÓDIGO DE NUREMBERG. Tribunal Internacional de Nuremberg, 1947.
- DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Bioética e direitos humanos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira et al. (Coord.). *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- DELMANTO, Celso e outros. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é Bioética*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *O atual estado do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ENGELHARDT Jr., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 2004.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- _____. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini; rev. de trad. Eurides Avance de Souza. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HOOFT, Pedro Federico. *Bioética y derechos humanos: temas e casos*. Buenos Aires: Depalma, 1999.
- JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- LEVIN, Mariano; RIVELLO, Hernán García. El proyecto genoma humano (PGH): desarrollo y perspectiva. In: BERGEL, Salvador; DIAZ, Alberto. (Orgs.). *Biología y sociedad*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

- LHERMINIER, Philippe. La transgression de la barrière d'espèce. In: FERENCZI, Thomas. (Dir.). *Changer la vie?* Belgique: Editions Complexe, 2001.
- MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e direito penal*. Trad. Fabrício Pinto Santos. São Paulo: IBCCrim, 1998.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. São Paulo: RT, 2005.
- MOSER, Antônio; SOARES, André Marcelo M. *Bioética: do consenso ao bom senso*. Petrópolis: Vozes, 2006.
- MUÑOS, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antônio Carvalho. O princípio da autonomia e o consentimento livre e esclarecido. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira et al. (Coord.) *Iniciação à Bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *O direito geral de personalidade e a "solução do dis-sentimento"*: ensaio sobre um caso de constitucionalização do direito civil. Lisboa: Coimbra, 2002.
- PENA, Sérgio; AZEVEDO, Eliane. O projeto genoma humano e a medicina preditiva: avanços técnicos e dilemas éticos. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei. (Orgs.). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1995.
- PINEIRO, Walter Esteves et al. *Cadernos adenauer: bioética*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2 e v. 3
- ROCHER, Jean-Claude. *Fondements éthiques du droit*. Livre 2. Paris: FAC, 1994.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de. (Coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SILVA, J. A. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia*. Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998.
- SIQUEIRA, José Eduardo de. *Ética e tecnociência: uma abordagem segundo o princípio da responsabilidade de Hans Jonas*. Londrina: UEL, 1998.

VIII

DISCIPLINA JURÍDICA DO EMBRIÃO EXTRACORPÓREO¹

Ana Thereza Meirelles Araújo

Mestranda em Direito Privado e Econômico pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Direito do Estado pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA. Membro titular do Comitê de Ética em Pesquisa do Complexo Hospitalar Universitário Professor Edgard Santos.

RESUMO: Trabalho destinado à verificação da disciplina jurídica devida ao embrião humano proveniente do procedimento da fecundação em laboratório. Análise das etapas e consequências do processo de fertilização artificial e imputação das suas implicações éticas. O diagnóstico pré-implantacional como uma das fases da procriação assistida e a necessidade de consolidação dos padrões indicativos de inviabilidade embrionária. Verificação das teorias que tentam explicar o início da vida humana (teoria da concepção, teorias biológicas e teoria da potencialidade). Identificação da insuficiência da categorização criada pelo Direito Civil sobre sujeitos de direitos e necessidade da criação de um estatuto jurídico adequado ao embrião. Doação para fins reprodutivos ou pesquisa científica, congelamento ou descarte como opções para destinação do excedente. Relevância do consentimento dos genitores.

ABSTRACT: Work destined for the verification of the legal discipline due to the human embryo from the fertilization in the laboratory. Detailed

analysis of the steps and consequences of the process of artificial fertilization and allocation of its ethical implications. The diagnosis before the implantation, as one of the stages of assisted procreation, and the necessity of consolidation of indicative patterns of embryonic unfeasibility. Verification of theories that attempt to explain the beginning of life (theory of conception, Biological theories and theory of capability). Identification of the failure of categorization established by civil law about citizens of rights and necessity to develop a proper legal statute for embryo. Donation for reproductive purposes or scientific research, freezing or disposal while options for destination of the surplus embryos. Relevance of the consent of the parents.

PALAVRAS-CHAVE: Fertilização *in vitro*; diagnóstico pré-implantacional; vida e dignidade humanas; embriões excedentes.

KEY-WORDS: Fertilization in the laboratory; diagnosis before the implantation; human's life and dignity; surplus embryos.

SUMÁRIO: 1. introdução – 2. A fertilização artificial. 3. A tutela do embrião extracorpóreo: 3.1. Algumas considerações sobre a fecundação *in vitro*; 3.2.

1. Trabalho apresentado no Mestrado em Direito Privado e Econômico da Universidade Federal da Bahia, na disciplina Aspectos jurídicos da Biotecnologia, ministrada pela Prof^a. Mônica Neves Aguiar.

O início da vida: 3.2.1. A proteção a partir da concepção; 3.2.2. A proteção condicionada a fatores fisiológicos (ou desenvolvimentistas); 3.2.3. A proteção enquanto potencialidade; 3.3. A sistematização do Direito Civil: 3.3.1. Proteção ou estatuto próprio; 3.4. O destino dos embriões excedentes – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Contemporaneamente, a sociedade avalia e questiona, ao mesmo tempo, os avanços científicos e tecnológicos, reclamando o seu acompanhamento pelas regras morais (Ética) e pelo Direito, seja para legitimá-los, ou, para limitá-los. Nesse percalço, não se pode deixar de registrar a recente possibilidade de se utilizar embriões humanos, no Brasil, para pesquisas de cunho terapêutico, permitidas pela Lei 11.105/2005 e refutadas pelos argumentos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/2005, proposta contra o referido instrumento normativo.

A Bioética, estudo sistemático e organizado das condutas do homem no âmbito das ciências da vida e da saúde, considerada à luz de valores e princípios morais², estabelece uma relação de complemento com o Direito. Ela está intimamente associada a conhecimentos científicos interdisciplinares, pertencentes à Medicina (em uma acepção mais ampla, às ciências da saúde), à Ética e ao Direito e, portanto, não está isenta de encontrar-se com impasses originados a partir de diferentes perspectivas culturais, cujas peculiaridades refletem o que pode chamar de “variáveis morais”. Talvez, seja esta a tarefa mais difícil, porém não impossível, da Bioética – consolidar regramentos morais num cenário de pluralidade também moral.

A afirmação da legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias pressupõe a análise do procedimento responsável pela origem dos embriões possivelmente destinados a essa finalidade. Tais embriões são excedentes ao processo de fertilização *in vitro*, modalidade de reprodução humana artificial utilizada em casos de infertilidade ou esterilidade feminina e/ou masculina constatada.

A construção da proteção aos embriões que estão fora do corpo materno deve ser precedida pela compreensão das etapas, limitações e consequências do próprio processo que os origina. Dessa forma, são necessárias a investigação e compreensão dessa modalidade de fertilização assistida, a fim de que se possa construir um juízo sobre as suas implicações, relevando, ou não, a motivação para a sua prática.

2. Definição adotada pela *Encyclopedia of Bioethics* de 1978. (SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 23).

Assim, a atribuição do destino ao embrião concebido *in vitro* não pode ignorar a disciplina que lhe foi dispensada, quando permitida a prática da reprodução artificial, procedimento em que, pela literatura e prática médica específicas, o excedente tem se mostrado inerente. A disciplina jurídica do embrião em situação extracorpórea deve, então, exalar a coerência nos critérios que legitimaram e tornaram legal a fertilização assistida, o uso de métodos contraceptivos, cuja ação pode se processar após a fecundação, e as opções para a destinação do excedente.

2. A FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL

Diante da esterilidade ou infertilidade³, a medicina reprodutiva traz a fecundação assistida como forma de combatê-las. A Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia e a Organização Mundial de Saúde consideram como estéreis ou inférteis um casal que manteve regularmente relações sexuais durante dois anos e persistiu involuntariamente sem ter filhos.⁴

A fertilização artificial ou *in vitro* consiste na coleta de óvulos para associá-los aos espermatozóides, o que evidencia que a fecundação, naturalmente ocorrida no corpo da mãe, ocorrerá fora dele, de maneira monitorada em laboratório, para que, a partir daí, obtenham-se os zigotos ou embriões, que serão, posteriormente, implementados no útero⁵.

É necessária a indução da ovulação, mediante estímulo hormonal, para que se obtenha mais de um óvulo por ciclo.

Dependendo da idade da mulher, alguns óvulos produzidos espontaneamente têm alterações cromossômicas, o que não impede a fecundação, mas impede a implantação e o desenvolvimento normal do embrião. A frequência das alterações cromossômicas aumenta com a idade da mulher, chegando a aproximadamente 70% dos óvulos produzidos em mulheres de 40 anos ou mais. Considerando que nem todos os óvulos poderão ser fecundados, que nem todos os fecundados se

3. “*La infertilidad será la ausencia de fertilidad, esto es, le la capacidad de tener hijos. La esterilidad indicaría una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar*”. (ESPUÑA *apud* AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 172-173).
4. AÑÓN, Carlos Lema. *Op.cit.*, 1999, p. 173.
5. “O objetivo deste método é que os espermatozóides fecundem os óvulos fora do corpo da mulher, quando não há possibilidade de realização deste processo em seu lugar natural, a trompa de falópio. Este procedimento é realizado em laboratório, mantendo óvulos e espermatozóides em uma placa de petri com meio de cultivo (líquido que simula o fluido tubárico) e sob o controle de condições ambientais como temperatura, umidade, concentração de oxigênio, gás carbônico, entre outras”. (ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.233).

tornarão embriões, e que nem todos os embriões serão implantados, se fazem necessárias as fecundações de mais de um óvulo⁶.

Posteriormente, eles serão selecionados e colocados em estufa (ou meio cultivado), sob temperatura ideal, até o momento que em que serão inseminados. Os espermatozoides colhidos passarão pelo mesmo processo de seleção e, em seguida, será promovida a inseminação nos óvulos maduros selecionados.

Após a coleta e o tratamento, as células masculinas e femininas são reunidas em um mesmo caldo de cultura – geralmente o próprio líquido folicular que envolve o óvulo – e começam a interagir naturalmente. Tudo é tão microscópico no processo de surgimento do embrião que se utiliza o máximo de tecnologia disponível para favorecer a observação. Nas primeiras horas, já se observa a atração dos espermatozoides pelo óvulo e a forma como os primeiros começam, juntos, a dissolver a geléia que envolve o óvulo. Assim que um deles consegue penetrar o óvulo, os dois gametas começam a formar uma única célula. Em seguida, há um período de aproximadamente 17 horas de poucas mudanças, mas depois disso tudo ocorre em grande velocidade. Os núcleos dos gametas entram em um processo de fusão, formando uma única célula que logo se divide em outras duas, exatamente iguais. Em mais ou menos 48 horas, os embriões estarão com quatro células idênticas, já prontos para serem transferidos ao útero⁷.

Ressalta-se que alguns embriões obtidos podem apresentar problemas de desenvolvimento ou divisão celular inadequada, características que serão detectadas pela biópsia embrionária ou diagnóstico pré-implantacional⁸. Os embriões que não apresentem condições saudáveis e aptidão para a transferência uterina, indispensáveis a seu desenvolvimento normal, não serão implantados.

A quantidade dos óvulos e dos espermatozoides coletada reflete, desde já, a inclusão do risco do procedimento, pois, é impossível garantir que a associação de um óvulo a um espermatozoide configuraria um embrião saudável, passível de ser implantado no útero. Portanto, é necessário inseminar mais de um óvulo, para que se obtenha mais de um embrião, conforme leitura dos índices que refletem o êxito desse tipo de tratamento⁹.

6. ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. *Op. cit.*, 2004, p. 233-234.

7. OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem Os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003, p.192.

8. “A associação das técnicas de reprodução assistida com as de genética molecular tornou possível então a detecção de doenças geneticamente transmissíveis em estágio bastante precoce, como o anterior à implantação embrionária, permite a seleção e transferência dos embriões sadios para o útero materno, possibilitando que os casais com alto risco de transmissão obtenham uma gravidez sem a doença em questão”. (GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.303).

9. Nesse sentido, ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares; OLMOS, Paulo Eduardo; BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de.

O sucesso da técnica está vinculado ao número de embriões disponíveis. Exigir a transferência de embriões a fresco, corresponderia a inviabilizar a técnica, visto que a probabilidade de sucesso, já não muito expressiva, seria reduzida a percentuais que tornariam de todo desinteressante sua realização.¹⁰

Dois a quatro embriões saudáveis vêm sendo implantados na cavidade uterina, entre o segundo e sexto dia após a fertilização¹¹. A implantação de um número inferior concentra grande probabilidade de insucesso da gestação; por outro lado, estudos na medicina reprodutiva evidenciaram que um número superior gerou a incidência de gestações múltiplas, aumentando o risco abortivo e o insucesso do procedimento. Uma das questões trazidas pela fertilização extracorpórea é justamente a “a possibilidade de ocorrer gestação múltipla, inclusive com risco de vida para a gestante”, o que exigiria a redução embrionária, entendida como “provocação da morte de um ou mais fetos em gestação”¹².

Após a transferência, considerando os riscos do processo, podem ocorrer abortos espontâneos explicados pela ausência do desenvolvimento normal do embrião.

No entanto, conforme diagnóstico pré-implantacional¹³, alguns desses embriões não serão implementados, porque excederam o número recomendado à transferência ou não reuniram condições favoráveis para fins de reprodução (ausência de desenvolvimento normal, divisão celular inexpressiva, alteração genética ou cromossômica)¹⁴. Assim, a inexistência dessas condições favoráveis caracteriza a impossibilidade do embrião em atender à finalidade inicial de reprodução.

10. BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.531-532.
11. O número de embriões transferidos pode variar. “A única maneira de diminuir a taxa de multigestação é diminuir o número de embriões a transferir, o que, conseqüentemente, diminui o impacto nas taxas de gestação. Este tema deve ser discutido intensamente entre a equipe de profissionais e o casal” (ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.238).
12. BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 531.
13. GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
14. “Um erro numa informação dos genes originará uma doença genética. Ela se transmitirá a todas as gerações com a duplicação e a transmissão do cromossomo que a traz. [...] os genes funcionam por pares (cromossomo materno + paterno), no entanto, se apenas um dos dois genes for anormal, a doença não aparecerá necessariamente”. (SÉRUSCLAT, Franck apud VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. 2. ed. atual. São Paulo Jurídica Brasileira, 2003, p. 63).

Aos embriões remanescentes, saudáveis ou não, surgem as possibilidades de congelamento para que futuramente possam ser gerados pelo casal originário ou doados a casais com problemas de fertilidade (criopreservação)¹⁵; descarte ou destruição¹⁶ e utilização em pesquisas com finalidade terapêutica¹⁷ (respaldada no fato de que, se não saudáveis, não poderão ser implantados, se saudáveis, seriam fatalmente descartados, vez que não seja da vontade dos genitores implantá-los posteriormente ou doá-los para fim semelhante).

3. A TUTELA DO EMBRIÃO EXTRACORPÓREO

A possibilidade de manipular as células humanas germinativas evidencia a existência de um terreno de indefinições jurídicas que tem como ponto de partida a discussão sobre o momento de início da vida e sua inviolabilidade, posteriormente, porque faz emergir possíveis conflitos entre o progresso científico em benefício do homem e os limites de sua atuação.

Mesmo sem legislação específica, a fertilização assistida é bastante utilizada no Brasil, e a sua legalidade advém do princípio ontológico do Direito: Para a ciência jurídica, o que não está juridicamente proibido está juridicamente facultado.

A Resolução 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina regula a procriação artificial, mas não possui força normativa, apenas é voltada aos profissionais dessa área¹⁸. Ela dispõe sobre a necessidade do consentimento dos receptores e dos genitores, no que tange à doação de gametas e embriões e permite o processo seletivo a fim de verificar possíveis doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer, através do diagnóstico pré-implantacional.

15. “Atualmente, ao descongelar zigotos (óvulos em estado de pronúcleo) e embriões, as taxas de sobrevivência giram em torno de 40 e 100%. Isso está relacionado, antes de tudo, ao potencial biológico, anterior à congelamento, dos embriões ou zigotos. É muito provável que tais embriões ou zigotos que não sobrevivem ao ser descongelados são os mesmos que jamais teriam alcançado o desenvolvimento embrionário até a implantação”. (ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.242).

16. Apesar de se tratar de ato questionável, tendo em vista limitações de natureza ética, não há previsão legal que vede a sua prática.

17. Conforme a Lei 11.105/2005.

18. “No Brasil, enquanto impera a inércia do legislador ordinário, o Conselho Federal de Medicina, considerando a necessidade de harmonizar o uso das técnicas com os princípios da ética médica, aprovou, em novembro de 1992, a Resolução nº 1.358, que reflete normas compatíveis com os princípios constitucionais e com o ordenamento jurídico, embora não solucionem diretamente os conflitos inerentes às práticas. Essa Resolução não tem força de lei, mas é hoje uma das diretrizes responsáveis pelo controle social da utilização das técnicas” (BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000, p.18).

3.1. Algumas considerações sobre a fecundação *in vitro*

Não se pode negar que, no Brasil, a difusão da fertilização *in vitro* precedeu a discussão sobre as implicações de sua prática. Ilustrativamente, é o caso das discussões em torno da legitimidade da Lei de biossegurança, que permitiu pesquisas com células-tronco embrionárias em embriões excedentes, sem que antes se estivesse regulamentado o processo de surgimento desses embriões – a fertilização de forma assistida.

A inclusão da procriação (processada em laboratório), defendida por alguns doutrinadores, como vertente do direito à saúde, apresenta questões delicadas. Encarando a saúde sob o ponto de vista do bem-estar físico e psíquico e abandonando a concepção estrita sobre enfermidade ou patologia, justo seria que o recurso da procriação artificial pudesse ser estendido aos casais que a desejam e não puderam concretizá-la naturalmente¹⁹.

Assim, fazer a inclusão social para proporcionar o acesso à Reprodução Medicamente Assistida, como um direito à saúde, pode ser uma meta mais do que desejável, desde que seja um trabalho social e consciente, para se buscar a efetivação deste direito à saúde que foi elevado à categoria de Direitos Humanos.

[...] Neste cenário, faz-se um alerta para o que fora referido, de que se deve permitir o direito à sadia qualidade de vida, portanto, reforçando a afirmação de que a função social da Reprodução Assistida, além de garantir o direito à saúde, é mais do que isto, é inclusive para evitar o processo de angústia, pelo fracasso no projeto de paternidade [...]²⁰.

Alguns autores entendem inexistir direito à procriação, visto que:

Na realidade, não há direito a ter filhos, nem direito de fazer um para outrem. O que há é uma liberdade de ajudar o semelhante (estéril) a ter um. O direito a ter filhos quando se quer, como se quer, e em qualquer circunstância é reivindicado como um direito fundamental, (mas é apenas) a expressão de uma vontade exacerbada de liberdade e de plenitude individual em matérias tais como o sexo, a vida e a morte²¹.

Ainda que a procriação não deva ser vista como um direito (e portanto, passível de cobrança), impende o registro da sua constante prática e ampla aceitabilidade,

19. Acompanhando o entendimento de que a procriação é um direito à saúde, TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; QUEIROZ, Juliane Fernandes; SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima.

20. SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p.20 e 24.

21. LEITE, Eduardo de Oliveira apud TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biocronologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.310.

o que não afasta a necessidade de regulamentá-la, tendo em vista a investigação da licitude de suas etapas e conseqüências. A esterilidade pode ser vista como um fator capaz de legitimar a técnica reprodutiva *in vitro*, mas também deve desempenhar função limitadora, na medida em que se revela como o único fato que justifica o procedimento.

Enquanto uma das fases do processo reprodutivo artificial, o diagnóstico pré-implantacional tem suscitado significativos questionamentos, considerando ter por objetivo avaliar os embriões fecundados, para que somente embriões saudáveis possam ser transferidos ao útero. Questiona-se se tal prática avaliativa transpõe os limites éticos, por se traduzir numa suposta forma de seleção da vida humana²².

Sob o ângulo do direito comparado, as leis austríaca, francesa, alemã e espanhola permitem a consecução do referido diagnóstico, como parte necessária à finalização do processo reprodutivo²³. Vedam, de forma geral, que a prática se destine a outra finalidade, que não seja a de avaliação para fins de implante²⁴.

Conforme dispuseram as legislações sobre reprodução humana assistida, em diversos países, a avaliação das condições de saúde embrionárias, como parte integrante da tentativa reprodutiva, encontra respaldo na necessidade de possibilitar mais um passo para almejar o êxito da gestação. É necessário regulamentar a avaliação do embrião, sem desprezar a tenuidade da linha divisória que determina a sua inviabilidade ou viabilidade. Portanto, deve-se buscar um consenso no conceito de inviabilidade embrionária, a fim de que se possa compreender o verdadeiro significado de um embrião inadequado para fins reprodutivos, conforme a sugestão da biópsia ou diagnóstico pré-implantacional. Assim, sob pena

22. “Las técnicas de fecundación artificial, desarrolladas con fuerza desde 1980 con el objeto de proveer un hijo a una pareja estéril, corren hoy el riesgo de cambiar de objeto para volverse instrumentos de eugenesia. Ello se ve particularmente claro en dos aspectos precisos de las técnicas: la selección de embriones (diagnóstico preimplantatorio o DPI) y la selección de donates de gametas. La cuestión del retorno de la eugenesia por medio de la selección de embriones fue abiertamente planteada en Francia por Jacques Testart, quien se ocupó de destacar que el diagnóstico preimplantatorio supone el surgimiento de una nueva eugenesia, ‘dulce, democrática e insidiosa’”. (ADORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona*. Versión española del propio autor. Madrid: Tecnos, 1998, p. 74-75).

23. ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 108 e 109.

24. “A lei espanhola 35/1988 exige que toda intervenção em embriões com fins de diagnóstico ‘não poderá ter outra finalidade que a de avaliar sua viabilidade ou não, ou a de deter enfermidades hereditárias, com o fim de tratá-las, se isso é possível, ou de desaconselhar sua transferência para procriar’ (art. 12. 1). ‘Toda intervenção sobre o embrião vivo, in vitro, com fins de diagnóstico não terá outra finalidade que tratar uma moléstia ou impedir sua transmissão, com garantias razoáveis e cotejadas’”. (ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p.109).

de contrariar a finalidade do próprio processo de reprodução assistida, admite-se a validade da avaliação pré-implantatória, mas, também, a necessidade de seu acompanhamento por meio de regulamentação.

Seguindo o mesmo liame, não há como desprezar a importância da determinação (através de regras e padrões pré-estabelecidos) de critérios que controlem o surgimento dos embriões, a fim de que seja preservada a finalidade do procedimento que os originou – a reprodução. Pois bem. Parece não haver sedimentação real, na medicina especializada, sobre o número adequado de embriões a serem transferidos ao útero, o que estimula a prática da hiperovulação e o conseqüente surgimento do excedente²⁵.

Ainda sobre a inexistência de previsão legal, não há qualquer manifestação, no que tange à reprodução assistida, sobre o adequado tempo de congelamento ou criopreservação de embriões para implante posterior²⁶.

A determinação dos critérios supramencionados implicaria na revisão dos atos na seara da medicina reprodutiva, o que, conseqüentemente, possibilitaria reflexão sobre a real necessidade do surgimento do excedente embrionário, e sua conseqüente criopreservação ou congelamento.

3.2. O início da vida

A tentativa de determinar a extensão daquilo que se pode assimilar como conceito do fenômeno *vida* esbarra num impasse que, antes de ser jurídico, tem núcleo de natureza filosófica e moral. O discurso sobre o que se entende por vida não está imune ao pluralismo moral e cultural.

Entre os que defendem as leis antiaborto, quase ninguém realmente acredita que um feto recém-concebido seja uma pessoa; por sua vez, quase nenhum dos que se opõem a essas leis acredita, de fato, que a argumentação contra o aborto se fundamente apenas na superstição. O verdadeiro argumento é muito diferente: divergimos tão profundamente porque todos levamos muito a sério um valor que nos une como seres humanos – a santidade ou a inviolabilidade de cada

25. No que tange à proibição e limitação da criação de embriões excedentes, a Alemanha “(art. 1 (1) 5) proíbe fecundar mais células de uma mulher do que aquelas que se transferirão dentro do ciclo de tratamento” (NYS, Herman. Experimentação com embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*: Perspectiva em Direito Comparado. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 179).

26. A respeito do referido prazo, a Lei de biossegurança previu a possibilidade de que, mediante o consentimento dos genitores, embriões congelados há mais de três anos possam ser doados para pesquisa científica com células-tronco. No entanto, não há consenso real sobre o prazo adequado de criopreservação embrionária para fins reprodutivos.

Na Espanha, o prazo máximo para a criopreservação é de cinco anos. (ROCA i TRIAS, Encarna. Op.cit., 2002, p. 118).

etapa de toda e qualquer vida humana. Nossas violentas divisões demonstram a complexidade do valor e do modo acentuadamente distinto como culturas, grupos e pessoas diferentes – todos igualmente comprometidos com tal valor – interpretam seu significado²⁷.

A noção de sacralidade (ou santidade) da vida, por exemplo, na construção do conhecimento científico, refuta a possível idéia de neutralidade e corrobora a incidência de uma visão cultural, ainda que todo ser humano, de um modo geral, tenha, como atributo inerente à sua natureza, compromisso com o valor da existência humana.

Conceituar o fenômeno *vida* agrega significativa dificuldade, tendo em vista a impossibilidade de considerá-la apenas sob o ponto de vista biológico. Sua compreensão deve estar associada a sua dimensão axiológica-filosófica.

A característica do vivente, sob o ponto de vista filosófico, está no fato de ele ser capaz de uma atividade que parte do sujeito vivente e tende a aperfeiçoar o próprio sujeito: vida é capacidade de ação imanente. Deixamos de lado o exame das características físicas, químicas e bioquímicas do ser vivo e examinamos o problema do ponto de vista filosófico. O salto qualitativo e irreduzível do fenômeno “vida” está, portanto, na capacidade real de um ser de ser causa e fim da própria ação: isto significa precisamente “ação imanente”. No primeiro degrau da vida, a vida vegetativa, ação imanente tem uma tríplice capacidade: nutrição, crescimento e reprodução.²⁸

Assim, é certo que não há como dissociar o homem da dimensão valorativa e filosófica que o torna vivo – a sua alma, essência e espírito e, também, sob os olhos da ciência, é preciso admitir “que inexiste consenso científico ou filosófico acerca do momento em que tem início a vida”²⁹.

Para que a Bioética (sob a forma de regras morais) e o Direito (por meio de previsões legais) possam efetivar essa tutela, emerge o questionamento sobre a necessidade de determinação, por estes, do conceito sobre o início da vida, ou, tão somente, a determinação do momento em que ela deve começar a ser protegida. A necessidade de definir a partir de que momento o embrião deve ser protegido pode influenciar na legalidade do próprio processo de procriação artificial.

27. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 341.

28. SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética I Fundamentos e ética biomédica*. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.93.

29. BARROSO, Luis Roberto. *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 676.

3.2.1. A proteção a partir da concepção

Segundo a visão concepcionista, a origem da vida está no exato momento em que há a união do óvulo com o espermatozóide, portanto, no instante da concepção, seja ela natural ou artificial. Seu fundamento assenta na existência do patrimônio genético, tão logo ocorra a fusão dos gametas, não importando os aspectos biológicos e estruturais do embrião que evidenciam o estágio de seu desenvolvimento.

*Para otros autores, el embrión tiene la dignidad de cualquier ser humano completamente desarrollado. Defienden que la fecundación establece un nuevo individuo genético y un nuevo destino humano que a partir de ese momento comienza a expresarse a sí mismo en sucesivas y graduales etapas de un proceso continuo*³⁰.

A identificação metafísica do começo da vida humana com o momento da concepção requer homologar ser humano e pessoa em uma unidade ontológica que se constituiria literalmente na formação do ovo, e que já possuiria o status moral pleno que corresponde a todo membro da humanidade sem que esse status variasse na medida em que o novo ser se desenvolve³¹.

A teoria da concepção, então, é guiada pela necessidade de proteger o embrião humano como pessoa, considerando a existência de uma individualidade genética autônoma, após a fusão dos gametas. Dessa forma, impende registrar que tal posicionamento também está sob a influência de um critério ditado pela Medicina (existência de individualidade genética) para justificar a proteção embrionária³².

Segundo a postura concepcionista, não há de haver legitimidade nas condutas que violem a vida e a integridade embrionárias, o que se permite incluir, por via análoga, o uso de métodos contraceptivos que atuem sobre o ente já fecundado.

O DIU de progesterona impede a implantação do blastocisto no útero. Uma vez que a implantação ocorre a partir do sexto dia, o blastocisto seria quem estaria sendo destruído através desse método contraceptivo. A pílula do dia seguinte destrói as células até 72 horas após a fecundação. Portanto, os dois métodos estariam destruindo as células-tronco embrionárias, tanto quanto como

30. ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente El marco de la experimentación génica*. Barcelona: Bosch, 2002, p.102.

31. SANTIAGO, Robson Luiz. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 129.

32. Conforme a teoria concepcionista, “o ser humano tem início no momento da fecundação do óvulo com o gameta masculino. Essa tese se funda na ‘racionalidade biológica’, porque a fusão dos gametas representa o verdadeiro e único ‘salto de qualidade’, que não se repete. Essa fusão gera uma nova e autônoma individualidade humana, que se desenvolve sem solução de continuidade e sem necessidade de sucessivos estímulos externos até o nascimento” (MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biociencia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 187-188).

se essas células, já produzidas e congeladas, fossem utilizadas para a pesquisa clínica. Certamente, a sociedade está diante de um dilema. Se o conjunto de células é considerado como um ser humano desde a fecundação, antes ainda da implantação no útero, se deveria proibir o DIU, a pílula do dia seguinte e o congelamento dos embriões³³.

O embrião em situação extracorpórea, então, deve gozar do tratamento de pessoa e dos direitos que lhe são possivelmente correlatos, como o direito à vida.

3.2.2. A proteção condicionada a fatores fisiológicos (ou desenvolvimentistas)

As teorias genético-desenvolvimentistas tomam como ponto de partida os diferentes estágios do desenvolvimento embrionário e condicionam o momento de início da vida à verificação de determinados fatores fisiológicos.

É o caso dos que entendem que só se deve falar em proteção a partir do décimo quarto dia após a concepção,³⁴ ou, ainda, somente quando presentes sinais capazes de evidenciar a existência da individualidade humana, não se podendo falar em indivíduo enquanto inexistir diferenciação entre as células do embrião.

[...] enquanto não for atingido o estágio de desenvolvimento de oito células não é lícito falar-se da existência de individualidade humana. Até que ocorra esse estágio, as divisões executadas nas células (clonagens) têm como resultado a geração de diversos indivíduos dotados de idênticas características [...]³⁵

Sob esse mesmo liame, as teorias que condicionam a existência da vida à implantação do embrião ao útero materno (que só ocorre entre o 5º e 6º dia), pois, somente a partir de então, surge a possibilidade de geração de um indivíduo. Após a nidação (que só ocorrerá se o embrião estiver no corpo da mulher, portanto, implantado no útero) é que se poderia falar em existência humana. “Adota-se esse critério para determinar o início da vida humana, na medida do entendimento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher”³⁶.

33. PRANKE, Patrícia. A importância de se discutir o uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Set. 2004. *Rev. Ciência e Cultura*. Disponível em: < www.cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n3/a17v56n3.pdf >. Acesso em: 11 fev. 2006, p.36.

34. “De acordo com o Relatório Warnock, p. ex., poder-se-ia dispor do embrião humano para fins experimentais até o 14º dia depois da concepção, o que dá a entender claramente que até essa data não se reconheceria o caráter humano do embrião ou que, de qualquer modo, ele estaria subordinado à vida do adulto”. (SGREC-CIA, Elio. *Manual de Bioética* 1 Fundamentos e ética biomédica. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p.347).

35. SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida* Questão aberta. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 42.

36. MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118.

No mesmo sentido, a proteção a partir da fase do blastocisto, após os 14 primeiros dias posteriores à fecundação, onde se tem a formação rudimentar da organização do sistema nervoso central.³⁷ Fala-se em pré-embrião para indicar o período que inicia com a fecundação e vai até o aparecimento da linha primitiva, momento em que se começa a diferenciação celular capaz de demonstrar a existência da individualização. O reconhecimento da vida humana, a partir da verificação da atividade cerebral, é também traço forte das teorias desenvolvimentistas. Adotar o início da atividade cerebral como marco da existência da vida, para alguns doutrinadores, é corroborar o critério já utilizado, pela Medicina e pelo Direito (no caso dos transplantes de órgãos), para determinar o momento do óbito – a paralisação dessa atividade.

A crítica à teoria tem como foco a defesa da tutela do homem não circunscrita aos aspectos de caráter fisiológico. Sua proteção “revela tendência à adoção da antropologia relacional como paradigma de reflexão, considerado o ser humano em sua tríplice dimensão: corporal, intelectual e espiritual”³⁸, de modo que o olhar puramente biológico sobre o embrião, em suas diferentes fases de desenvolvimento, rejeita o valor intrínseco ou ontológico do ser humano.

3.2.3 A proteção enquanto potencialidade

Partindo do pressuposto de que a existência do embrião não deve configurar a imediata existência de uma pessoa, a teoria da potencialidade defende a construção de uma tutela que reflita as reais condições do conceito *in vitro*. O embrião, em situação extracorpórea, reúne condições para se tornar uma pessoa e detém a capacidade de se transformar em um indivíduo, o que não significa que ocorrerá.

Sem classificar o embrião como ser humano desde a concepção, porém não se afastando da idéia referente à possibilidade de “vir a se tornar humano”, a corrente aponta ao embrião, desde o primeiro momento de sua existência, uma autonomia que não é “humana”, como pretende a corrente concepcionista, nem “biológica”, como afirmam os desenvolvimentistas, mas uma autonomia “embrionária.”³⁹

37. “A atividade elétrica do cérebro começa a ser registrada a partir da oitava semana de desenvolvimento embrionário. O conhecimento desse fato levou os simpatizantes da teoria da formação do sistema nervoso central a sustentar que somente após a verificação da emissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou uma vida especificamente humana”. (ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.81).

38. BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.530.

39. LEITE *apud* MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.137.

O embrião não seria, portanto, mero aglomerado de células comuns a outras partes do tecido humano ou organização celular simplória, e o reconhecimento de sua potencialidade afastaria o condicionamento da existência da vida a fatores como estrutura ou desenvolvimento embrionário.

Segundo a teoria, reconhecer o embrião como potencialidade não torna facultativo o respeito que lhe é devido, tão somente, registra a diferença real, fática e inegável entre ele e as pessoas existentes e individuais⁴⁰.

[...] o que a teoria assegura é que, desde o momento da concepção, encontram-se no genoma do ser que se forma as condições necessárias para o seu completo desenvolvimento biológico. Ainda que insuficientes, tais condições são necessárias, o que vem a significar que desde a concepção existe a potencialidade e a virtualidade de uma 'pessoa'.⁴¹

A partir da concepção, é possível constatar a existência de uma unidade biológica com patrimônio genético, portadora de condições necessárias a seu posterior desenvolvimento, que significa a potencialidade ou a aptidão para se tornar uma pessoa⁴².

A recepção da teoria da potencialidade, sob um outro ponto de vista, também pode ter como consequência a adesão da noção de inviolabilidade da vida embrionária, considerando que, ainda que não se trate de uma pessoa, o embrião poderá se desenvolver e gozar dos direitos que lhe são devidos. Assim, para essa linha interpretativa da teoria, quem destrói um embrião fertilizado *in vitro* está impedindo o desenvolvimento de uma pessoa.

Há, no entanto, posicionamentos que refutam essa interpretação:

Diante do fato de que também óvulos e espermatozoides humanos são pessoas em potencial antes da fecundação, poderia, com o mesmo argumento, ser sustentada uma obrigação de concepção. Pois, é patente que cada homem e cada mulher que decidam não gerar ou conceber filhos, também impedem, com isso, o surgimento e desenvolvimento de uma futura pessoa. E se estamos contentes em termos sido gerados, então deveríamos, [...], não impedir a concepção de outros que possam vir a ter a vida assim como a temos. Mas esta é uma

40. MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Op. Cit.*, 2000, p. 141.

41. BERNARD, Jean apud MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *Op. Cit.*, 2000, p. 138.

42. Tal teoria admite que o embrião "tem direito a uma maior proteção que os tecidos humanos, por sua possibilidade de converter-se numa pessoa e por seu significado simbólico para muita gente. Apesar disso, não deve ser tratado como uma pessoa, porque não desenvolveu ainda as características da personalidade, nem se desenvolveu como indivíduo e é possível que nunca atinja seu potencial biológico" (ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 115).

conclusão evidentemente insustentável. Não pode haver nem uma obrigação de concepção (da visão de pessoas em potencial), nem algo assim como um direito de ser concebido⁴³.

O embrião, como pessoa em potencial, pode, então, ser encarado a partir de duas interpretações. A primeira parte da idéia de que o seu tratamento não deve ser o mesmo do conferido à pessoa, o que repele a noção de inviolabilidade da vida embrionária mas absorve a sua importância e significado. A segunda imputa ao embrião o mesmo tratamento de pessoa, ainda que admita não ser essa a sua natureza jurídica, considerando a sua potencial capacidade e tendo como consequência a necessidade de garantir a sua inviolabilidade, ou seja, a proteção do seu direito à vida.

3.3. A sistematização do Direito Civil

Alguns doutrinadores utilizam o modelo silogístico-subsuntivo, que parte da análise da norma vigente, para disciplinar o embrião concebido *in vitro*, subsumindo-o à categorização sobre sujeito de direito criada pelo Direito Civil. Essa sistematização aponta a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual como sujeitos de direitos. Assim, o problema da disciplina jurídica do embrião extracorpóreo teria como ponto de partida a tentativa de subsumi-lo a uma dessas categorias.

O artigo 2º do Código Civil determina que a personalidade (atributo de todas as pessoas naturais) começa com o nascimento com vida, mas os direitos daquele que ainda não nasceu encontram-se salvaguardados pela lei. Pessoa natural é todo indivíduo nascido, portanto, detentor de personalidade e destinatário de direitos e obrigações. O nascimento com vida é o termo inicial de sua existência.

O nascituro difere da pessoa natural pela ausência da personalidade, que restará presente após o seu nascimento com vida, no entanto, é destinatário de direitos. Diversas são as teorias que explicam sua natureza jurídica, sendo as principais, a concepcionista e a natalista. A primeira, atribui ao nascituro a qualidade de pessoa desde a concepção, portanto, confere a ele personalidade a partir da união dos gametas (fecundação); a segunda, afirma que a personalidade só começa a partir do nascimento com vida e, embora receba proteção legal, o nascituro não é pessoa natural, interpretação recepcionada pelo artigo 2º supracitado. No entanto, importa apenas identificar o afastamento da qualificação “nascituro” ao embrião

43. GANTHALER, Heinrich. *O direito à vida na medicina*. Uma investigação moral e filosófica. (Das Recht auf Leben in der Medizin. Eine moralphilosophische Untersuchung). Trad. original alemão de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 22-23.

extracorpóreo, vez que aquele não pode prescindir do estado de implantado no ventre materno.

Segundo o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, podem ser chamados a suceder “os filhos, ainda que não concebidos, de pessoas indicadas pelo testamento, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. É evidente que, no que tange aos embriões mantidos em laboratório, o fenômeno da concepção já resta ocorrido.

Representando realidade nova, totalmente alheia à tradição que fundamentou a codificação civil brasileira, o embrião concebido e mantido em laboratório mostra-se estranho ao modelo clássico. Não é pessoa natural, pois inexistente o nascimento com vida; não é nascituro, porquanto à época do Código, evidentemente caracteriza-se como tal apenas o ser concebido e em desenvolvimento no ventre materno; tampouco é prole eventual, posto que concepção já houve, o que parece afastar a eventualidade. Tem-se observado, no entanto, alguns esforços doutrinários no sentido de tentar aproximar uma e outra categoria para, talvez, na esteira de tais interpretações, adequar o embrião *in vitro* aos parâmetros tradicionais⁴⁴.

Partir da interpretação literal do que está disposto no art. 2º ou nos arts. 1798 e 1799 do Código Civil, para construir a proteção embrionária, não parece adequado. O art. 2º afasta a natureza jurídica de pessoa do embrião concebido artificialmente, enquanto que o art. 1798 pode coadunar interpretação que o aproxima dessa natureza, considerando que estão legitimadas a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Disciplinar juridicamente o conceito *in vitro*, portanto, não implica na necessidade de sua subsunção à categorização civilista dos sujeitos de direitos. O embrião, em situação extracorpórea, representa uma nova realidade e deve ser objeto de proteção específica.

3.3.1 Proteção ou estatuto próprio

A inquestionável importância de uma proteção jurídica específica do embrião justifica a necessidade da criação de um estatuto que lhe seja peculiar, através de disposições normativas que salvaguardem a sua tutela, a fim de que lhe seja afastada a condição de coisa e resguardado o seu significado, enquanto origem da vida humana⁴⁵. Por via correlata, as opções para o destino do excedente estarão vinculadas ao estatuto ético do embrião.

44. MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 57.

45. “[...] como realçado anteriormente, entre a pessoa e a coisa não há uma relação de uniformidade, mas de dominação do ente humano sobre o objeto. Essa prevalência não pode ser, entretanto, estendida à esfera da procriação assistida, quer por não ser o embrião humano coisa, quer porque essa dominação estaria em desacordo com o princípio da dignidade humana”. (AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53).

Ainda que o embrião não seja pessoa, é de sua natureza que possa sê-lo.

[...] ainda que não tenha um direito à vida como direito fundamental, constitui um bem juridicamente protegido, o que implica o reconhecimento de uma situação que é peculiar, a meio caminho entre pessoa plena e as coisas: só será pessoa se nasce, e não é coisa porque sua potencialidade de transformação leva a que não deva ter a mesma consideração que um tecido ou parte do corpo humano⁴⁶.

A proibição da comercialização e da manipulação genética dos embriões corrobora a iminência de um tratamento diferenciado que deve ser sedimentado por uma construção normativa. Essa é a tendência recepcionada por algumas legislações europeias que resguardam a dignidade humana atribuindo ao embrião tratamento específico com fulcro na sua possibilidade de vir a se tornar pessoa⁴⁷.

Dessa forma, em defesa dessa proteção, primeiramente, deve-se atentar para a necessidade do controle do excedente embrionário, a fim de que, sua ocorrência seja evidência inerente ao processo de procriação desejado e não uma conseqüência desordenada que, mediante a observância de alguns critérios, poderia ter sido evitada. A legislação deve, então, disciplinar as técnicas de reprodução artificial, em especial a fertilização *in vitro*, determinando critérios e padrões, como o limite à indução de ovulação (ainda que seja necessário repetir o procedimento), a fim de não se obtenha um número exagerado de embriões, preservando a finalidade reprodutiva e respeitando a potencialidade humana do conceito *in vitro*.

O enfretamento do problema da quantidade adequada dos embriões que devem ser transferidos proporcionará a diminuição da gravidez múltipla (que gera riscos para o feto e para mãe), e, conseqüentemente, da necessidade de redução embrionária.

A inviabilidade embrionária⁴⁸ deve ser disciplinada, através da consolidação das características e indicativos médico-científicos que a evidenciam ou a tornam

46. ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 117.

47. A fim de proteger o embrião, o ‘Sistema de delegação legislativa para o novo Código Penal italiano’ estabeleceu o delito de produção ou utilização de embriões cuja finalidade não seja a procriação e o delito de produção de embriões em número superior ao necessário para a fecundação na mulher. (MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 187).

48. Carlos María Romeo Casabona entende que “tem-se de admitir a dificuldade que envolve determinar quais enfermidades hereditárias não tratáveis *in vitro* (ou mais adiante, no útero ou, inclusive, depois do nascimento) poderiam justificar não transferir o embrião”. (CASABONA, Carlos María Romeo. Aspectos jurídicos do aconselhamento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 55). Ele sugere a adoção da lista de enfermidades susceptíveis de terapia adotada pelo art. 13.3.C da Lei espanhola 35/1988.

provável, ou seja, descrevendo-se quais os aspectos de um embrião inviável e o que faz torná-lo não recomendado para o implante.

Para que se possa atribuir um estatuto ético ao embrião, é necessário determinar os limites da manipulação humana sobre ele. Diferentes situações podem revelar bens, direitos e/ou valores a serem ponderados em face da necessidade de manter ou não a preservação da inviolabilidade embrionária.

3.4. O destino dos embriões excedentes

A Constituição de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana a fundamento da República e positivou a garantia e a proteção dos direitos fundamentais. Essa mudança de paradigma político-social levará leitura constitucional ao Direito Civil, ao colocar a dignidade da pessoa humana no centro das relações de natureza privada. Assim, as relações civis contemporâneas devem refletir a dignidade da vida e a sublime valoração da pessoa, em consonância com o novo ‘Direito Civil Constitucional’.

A identificação do tratamento dispensado ao embrião extracorpóreo, ao se permitir a fertilização *in vitro*, deve anteceder a disciplina da destinação do excedente. Conforme demonstrado, a fecundação por meio artificial torna vulnerável a vida dos embriões, quando os submete a riscos (como a cultura na estufa), e agrega possibilidade de inutilizá-los⁴⁹ ou desprezá-los por inviabilidade, uma vez sugerido pelo diagnóstico pré-implantacional. Desse modo, a permissão do procedimento deve afastar a afirmação de que ao embrião *in vitro* foi dispensado o tratamento de pessoa.

Reafirmando a impossibilidade de não se “perder” embriões durante a FIV, um dos motivos que, segundo Roberto Adorno, citado por Carlos Lema Añón, torna a fertilização *in vitro* ilícita e antijurídica é a perda de embriões durante o processo⁵⁰, levando-se em conta a morte de muitos deles para que haja nascimentos mediante essa técnica.

49. A respeito do tema, Carlos Lema Añón entende que “*El razonamiento que se sigue para impugnar la fecundación in vitro con respecto a las consecuencias para los embriones es claro [...] la fecundación in vitro será ilícita en la medida en que tiene como consecuencia la muerte de embriões humanos durante su práctica*”. (AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 252).

“*La fecundación in vitro tiene unos porcentajes de éxito relativamente bajos. En cada una de sus fases hay la posibilidad de que el proceso continúe con éxito como de que no. Por ejemplo, como se ha dicho, las posibilidades de implantación en el útero que tiene un embrión transferido después de una fecundación in vitro son de alrededor de un 10%*” (AÑÓN, Carlos Lema. *Op.Cit.*, 1999, p. 262).

50. ADORNO *apud* AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999, p. 233.

Sendo o excedente inerente ao processo realizado, sua disciplina deve ser consentânea àquela quando se permitiu a fertilização *in vitro*, vez que não se deve pretender conferir tratamento distinto.

Após a avaliação pré-implantatória e a separação dos que serão transferidos, tem se observado, como excedentes, embriões saudáveis, ou seja, detentores de características e condições fisiológicas que permitem destiná-los à finalidade reprodutiva em outro momento, ou embriões inviáveis, que não reúnem condições para serem implementados porque não apresentaram desenvolvimento normal.

Dentre os embriões obtidos, portanto, alguns não são transferidos ou porque não apresentam sinais de desenvolvimento normal ou porque, muito embora em condições de evoluírem normalmente, ultrapassam o número máximo recomendável à transferência por ciclo, fixado para evitar gestação múltipla com risco de aborto, parto precoce e outras complicações⁵¹.

Não obstante a inexistência de legislação que descreva as opções para tal excedente, a Resolução 1.358/92 do CFM resguarda a necessidade do consentimento dos genitores para que possa promover qualquer destinação. Recentemente, a Lei 11.105/05 positivou uma nova opção – permitiu a doação dos embriões remanescentes inviáveis ou viáveis, congelados há mais de 3 anos, para pesquisas com células-tronco, também resguardando a necessidade de consentimento do casal que os originou. Sem prejuízo da questionável legitimidade do instrumento normativo, principalmente no que tange ao delicado conceito de inviabilidade embrionária e ao prazo adotado como tempo limite de congelamento, passa-se a analisar a relevância do consentimento para solucionar o problema da destinação.

Precipuamente, refuta-se a idéia da implantação obrigatória de todos os embriões obtidos (viáveis ou não), a custo do risco e frustração do objetivo desejado⁵². Relembra-se a possibilidade de destruição dos embriões pela exposição aos riscos, inerente ao próprio processo realizado.

Outrossim, no que se refere à idéia da inviolabilidade do conceito *in vitro*, constata-se que os métodos contraceptivos diu (dispositivo intra-uterino) e pílula do dia seguinte são legítimos e podem impedir a gravidez no estágio em que já ocorreu a concepção e se formou o embrião.

51. MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 213 -214.

52. No que tange à possibilidade de implantar um embrião inviável ou não saudável, conforme indicado pelo diagnóstico pré-implantacional, Carlos Maria Romeo Casabona entende que “essa opção deveria ser excluída, visto estar-se colocando à disposição técnicas para favorecer a procriação e, sendo possível, há de se garantir também que ela seja saudável.” (CASABONA, Carlos María Romeo. Aspectos jurídicos do aconselhamento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biociencia, Direito e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 55).

Duas outras situações são bastante controversas, gerando polêmica e discussão ao redor do mundo. Em diversos países, incluindo o Brasil, o uso do dispositivo intra-uterino (DIU) e da pílula do dia seguinte são facilmente aceitas, mas a utilização dos pré-embriões, como fonte de células-tronco para a pesquisa e a clínica, não. Essas situações parecem contraditórias uma vez que se referem às mesmas células⁵³.

Após o processo de implantação, para o excedente, observa-se as opções de congelamento, doação para casais com problemas de fertilidade, descarte e doação para a pesquisa científica, sejam porque previstas expressamente, ou porque permitidas por não terem sido proibidas.

É facultado aos genitores criopreservar o excedente embrionário, através do congelamento. No entanto, vale a ressalva de que o decurso do tempo de criopreservação pode inutilizar ou destruir os embriões, embora não se tenha consenso sobre esse prazo.

A Resolução do CFM determina que a doação dos embriões para casais inférteis pressupõe o consentimento do casal que os originou. “Quanto à doação, solução ética e legal, é ato bilateral em que há necessidade de consentimento expresso dos dois responsáveis pelo material genético e dos beneficiários do tratamento.”⁵⁴

O embrião agrega o patrimônio genético de seus genitores, o que corrobora a necessidade do consentimento para o seu destino. Permitir a prática da reprodução artificial e imputar a quem a ela se submeta o ônus da doação obrigatória de seu excedente para reprodução de outros casais não parece legítimo⁵⁵. Ademais, é solução que pode não funcionar, tendo em vista que a grande maioria dos casais inférteis ou estéreis pode optar pelo uso dos seus próprios gametas (seja de ambos, ou de apenas um deles). Assim, submeter o excedente embrionário à imposição de adoção futura terminará por expô-lo aos riscos do congelamento ou descongelamento, conforme o aparecimento dos pais.

53. PRANKE, Patrícia. A importância de se discutir o uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos. Set. 2004. *Rev. Ciência e Cultura*. Disponível em: < www.cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n3/a17v56n3.pdf >. Acesso em: 11 fev. 2006, p.36.

54. BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000, p. 70.

55. Para alguns autores, disciplinar o embrião humano como pessoa, defendendo o seu direito à vida como tal, implicaria na adoção da solução de doar o excedente, para reprodução, mesmo sem o consentimento dos genitores. “[...] a utilização do ovo fecundado (vida humana já, portanto) na pesquisa ou nas finalidades comerciais, é inadmissível; como também inaceitável sua destruição. A única utilização em princípio defensável é, em verdade, aquela que prevê seu oferecimento não-remunerado a casais estéreis” (FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 46-47).

Outra solução apontada seria a adoção dos embriões que ultrapassaram o número necessário à implantação uterina. No entanto, ainda que a possibilidade de adotar embriões possa ter a mesma conotação protetiva do instituto da adoção de nascidos, é de se indagar a sua aceitabilidade ética, eis que poderia fazer sujeitar os adotandos aos riscos do congelamento e do descongelamento a fim de atender a futuros adotantes. Ademais, poderia implicar instrumentalização de seres humanos, porquanto a fecundação poderia estar direcionada a “fabricar” uma criança para destiná-la à adoção, ainda em estágio embrional⁵⁶.

Sob o ponto de vista legal e sem desprezar questionamentos de natureza ética, é possível o descarte do excedente, se solicitado pelo casal originário, com a ressalva de que a Resolução 1.358 do CFM o proíbe, porém, carece de força normativa.

Para se extrair a licitude da destruição ou descarte do pré-embrião, considera-se o já exaustivamente abordado princípio da legalidade. Não havendo proibição expressa, o expediente é lícito. De outra parte, deve-se considerar o princípio da anterioridade, não havendo como se falar em crime, pois não há crime sem lei anterior que o defina, o que determina a impossibilidade de punição, pois também não há pena sem prévia cominação legal⁵⁷.

O artigo 5º da lei de biossegurança trouxe nova opção para a destinação do excedente, facultando ao casal originário doá-lo para pesquisas com células-tronco, visando a cura de doenças até então incuráveis, como cardiopatias, neoplasias, traumas diversos, doenças genéticas e outras.

A polêmica sobre a manipulação das células germinativas cresceu e ganhou notoriedade, no Brasil, quando se constatou a possibilidade de pesquisas com células-tronco em embriões excedentes, no entanto, o cerne da discussão antecede o problema da pesquisa. A manipulação dos embriões, como ocorre nas etapas da fertilização *in vitro*, para efetivar a procriação, já expõe o tratamento que vem sendo dispensado ao embrião humano.

Ressalta-se a necessidade de preservar a potencialidade do embrião, enquanto fonte que origina a pessoa, proibindo sua comercialização ou negociação onerosa, de maneira que, o destino do excedente esteja subordinado ao consentimento de seus genitores, mas, não atente contra a dignidade humana. “Do ponto de vista ético, o embrião não pode, em nenhum estágio de sua existência, ser tratado como coisa; logo, sua utilização industrial ou comercial está totalmente proibida”⁵⁸.

56. MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 221.

57. BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000, p. 71.

58. FERNANDES, Sílvia Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 104.

É certo que a Lei de biossegurança também recepcionou a necessidade de tutelar situação pré-existente, ou seja, a realidade das clínicas de fertilização *in vitro* que mantém embriões congelados cujos genitores não têm interesse no excedente que originaram, optam, inclusive, pelo seu descarte.

4. CONCLUSÃO

Praticar a fertilização *in vitro* tem como conseqüência a possibilidade de destruição de alguns embriões, quando não resistam às influências às quais foram submetidos, ou mesmo, quando não se mostrem adequados à finalidade reprodutiva, uma vez identificada pela diagnóstico pré-implantacional.

A fim de controlar o surgimento do excedente, deve-se disciplinar o limite à hiperovulação, o número de embriões a serem transferidos, os padrões indicativos de inviabilidade embrionária, o prazo de congelamento para preservação do embrião, bem como a proibição de sua comercialização e manipulação genética. Dessa maneira, ter-se-á um controle sobre a quantidade de embriões remanescentes, a fim de que seja, tão somente, preservada a finalidade de reprodução.

Sobrevindo embriões, não há coerência na implantação dos inviáveis ou dos excedentes ao número adequado à transferência uterina, sob pena de se frustrar o próprio objetivo da reprodução artificial.

No que tange à concretização da proteção do embrião, o sistema jurídico lhe deve um estatuto próprio, capaz de refletir o valor que lhe é devido e de afastar práticas que vilipendiem a sua dignidade e a sua importância. Se ao embrião for imputado o *status* de pessoa, legítima não será a permissão da fertilização *in vitro*, pois, a vontade de procriar não poderia preponderar sobre a possibilidade de matar ou destruir indivíduos. Como se sabe, tanto a destruição quanto a inviabilidade (inclusive, a que se entende por ausência de desenvolvimento) podem sobrevir, após a tentativa de fecundação em laboratório. Nesse mesmo caminho, quanto à destinação do excedente, é necessária a observância do consentimento dos genitores.

Assim, compreender o embrião como pessoa humana, implicaria na ilegitimidade da fertilização *in vitro*, pela sua possibilidade de destruir embriões, considerando os riscos do próprio procedimento, ou porque, quando constatada a inviabilidade ou a incoerência de desenvolvimento, haveria impossibilidade de implantá-los. Dessa mesma forma, poderia se questionar a legalidade do uso de certos métodos para prevenir a gravidez, como o diu (dispositivo intra-uterino) e a pílula do dia seguinte, cuja ação se processa após a fecundação, momento igual

ao estado de pré-implantação do embrião *in vitro*. Se o tratamento adequado ao embrião fosse o de pessoa, deveriam ser proibidos os métodos contraceptivos citados e a prática da fertilização *in vitro*, em prol de não sujeitar o embrião (enquanto pessoa) a nenhum risco de destruição, inviabilidade ou congelamento.

5. REFERÊNCIAS

- ADORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la persona*. Versión española del propio autor. Madrid: Tecnos, 1998.
- AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229-247.
- AÑÓN, Carlos Lema. *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico – jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*. Madrid: Trotta, 1999.
- BARBOZA, Heloisa Helena. O estatuto ético do embrião humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527-549.
- BARROSO, Luis Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: Dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 669-708.
- BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 1.358/1992*. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Disponível em: < http://www.portalmédico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php# >. Acesso em: 15 jan. 2007.
- BRASIL. *Novo Código Civil*. Texto comparado: Código Civil de 2002, Código Civil de 1916. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERRAZ, Sérgio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- GANTHALER, Heinrich. *O direito à vida na medicina*. Uma investigação moral e filosófica. (Das Recht auf Leben in der Medizin. Eine moralphilosophische Untersuchung). Trad. original alemão de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- BORGES JÚNIOR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. *Reprodução assistida: Até onde podemos chegar?* São Paulo: Editora Gaia, 2000.

- CASABONA, Carlos Romeo. *Genética y Derecho*. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, 2001.
- _____. Aspectos jurídicos do aconselhamento genético. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 50-65.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERNANDES, Silvia Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GEBER, Selmo. Implicações éticas do diagnóstico pré-implantacional. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 301-308.
- MANTOVANI, Ferrando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 156-165.
- MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NYS, Herman. Experimentação com embriões. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 177-184.
- OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem* Os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.
- ORDÁS, Maria Cristina Hidalgo. *Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente* El marco de la experimentación génica. Barcelona: Bosch, 2002.
- PRANKE, Patrícia. *A importância de se discutir o uso das células-tronco embrionárias para fins terapêuticos*. Setembro de 2004. Disponível em: < www.cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v56n3/a17v56n3.pdf > .Acesso em: 11 fev. 2006.
- ROCA i TRIAS, Encarna. Direitos de reprodução e eugenia. In: CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biotecnología, Derecho e Bioética: Perspectiva em Direito Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002, p. 100-126.
- ROCHA, Renata. *O direito à vida e a pesquisa em células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- SANTIAGO, Robson Luiz. O estatuto do embrião frente à racionalidade humana. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 119-143.

- SCARPARO, Mônica Sartori. Fertilização assistida Questão aberta. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (coord.). *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19-30.
- SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética I Fundamentos de Ética biomédica. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.
- TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coords.) *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.309-323.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. 2. ed. atual. São Paulo Jurídica Brasileira, 2003.

IX

EXPERIMENTAÇÃO COM SERES HUMANOS NO BRASIL: REALIDADE OU FICÇÃO?

Uma análise à luz da vulnerabilidade dos sujeitos de pesquisa

Carlos Frederico Guerra Andrade

Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP); Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade de Tecnologia Empresarial (FTE/BA); Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Ciências (FABAC/CCJB/BA); Membro da Sociedade Brasileira de Bioética. Advogado. Linha de Pesquisa – Aspectos Jurídicos da Biotecnologia.

RESUMO: Este ensaio cuida de examinar a questão da experimentação com seres humanos no Brasil, sob o enfoque da necessidade de respeito à vulnerabilidade humana.

ABSTRACT: This paper aims to investigate human being experimentation in Brasil from the point of view of the due respect to human vulnerability.

PALAVRAS-CHAVE: Experimentação com Seres Humanos; Vulnerabilidade; Dignidade Humana; Direitos Fundamentais

KEYWORDS: Human Being Experimentation; Vulnerability; Human Dignity; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Experimentação com Seres Humanos; 3. Vulnerabilidade; 4. Cobaias Brasileiras – O Caso do Amapá; 5. Conclusão; 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é oriundo das discussões promovidas em decorrência da palestra ministrada pela Professora Doutora Maria do Céu Patrão Neves, Pós-Doutora em Bioética no *Kennedy Institute of Ethics, Georgetown University, Washington, D.C*, Estados Unidos, no Simpósio Luso-Baiano de Bioética, promovido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA em parceria com a Fundação Faculdade de Direito da UFBA.

Visa a discutir, de forma crítica, a questão da experimentação com seres humanos no Brasil, sob o enfoque da necessidade de respeito à vulnerabilidade

humana, princípio este devidamente assegurado no artigo oitavo da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (Unesco) e na Resolução nº 196/96, do Conselho Nacional de Saúde.

2. EXPERIMENTAÇÃO COM SERES HUMANOS

A medicina, por sua natureza, é uma ciência experimental. A história da experimentação é tão antiga quanto da medicina. Mesmo em nossos dias, o diagnóstico de uma doença e seu tratamento recomendado contêm, em si, um certo elemento de experimentação, uma vez que os indivíduos reagem de forma diferente à mesma medicação.

Hoje a experimentação humana significa mais do que simples tentativa de cura de um paciente através de vários tratamentos. Envolve vultosos recursos por parte de governos e organizações privadas, além de pesquisa deliberada, na qual os seres humanos são usados como cobaias para aquisição de conhecimentos médicos.

É fato que a medicina moderna não poderia ter se desenvolvido sem a experimentação humana. Mas, todavia, como enfrentar esta questão em sujeitos de pesquisa vulneráveis, ou em conotação mais apropriada, em grupos hipervulneráveis?

Sabe-se que a pesquisa biomédica pode ser conduzida em animais de laboratório, só até certo ponto, porque as drogas e os tratamentos, no final, devem ser testados em seres humanos, cujas reações a certas drogas diferem dos animais.

A história da humanidade nos mostra o relato dos abusos cometidos na questão da experimentação em seres humanos, as conhecidas “cobaias humanas”. Exemplos destes abusos foram as atrocidades cometidas pelos alemães aos prisioneiros judeus nos campos de concentração na II Guerra Mundial, as quais deixaram marcas indeléveis.

O caso de estudo da sífilis em Tuskegee é outro mundialmente conhecido. Neste caso, o serviço de Saúde Pública dos Estados Unidos, em 1932, começou, no Estado do Alabama, uma experiência a fim de estudar o curso normal da sífilis não-medicada.

Um dos grupos era constituído de 399 homens sífilíticos que não foram medicados e que não foram informados sobre a natureza da sua doença. O outro era constituído de 201 homens que não tinham sífilis, mas participavam do experimento como grupo de controle. Todos os 600 recebiam, diariamente, injeções de placebo (substância medicinalmente neutra).

Cumpre destacar, aumentando a temeridade da experimentação em comento, que em 1940 foi descoberta a penicilina, eficiente remédio contra a sífilis, sendo que nenhum dos participantes foi medicado com esta droga ou com outra droga qualquer para impedir o avanço da doença. A dignidade e dos direitos da pessoa humana foram sumariamente desconsiderados.

Neste contexto, é sabido que o primeiro posicionamento global sobre os aspectos éticos da experimentação humana surgiu nos processos do Tribunal de Nuremberg, pós II Guerra Mundial, no qual os médicos alemães foram julgados pelos “crimes de guerra e crimes contra a humanidade”.

Nos referidos julgamentos foram fixadas diretrizes quanto às condições sob as quais a experimentação humana poderia ser realizada e eticamente aprovada, a exemplo do pleno conhecimento e livre consentimento, esboçando-se, à época, o conhecido Código de Nuremberg.

O Código de Nuremberg (1947) formou a base de muitos códigos elaborados posteriormente com o objetivo de assegurar a pesquisa em seres humanos de maneira ética, a exemplo do Relatório Belmont (1978) e a Declaração de Helsinque (Outubro/2000), sendo esta intitulada como “Recomendações Orientadoras aos Médicos para a Pesquisa Clínica”.

Em Junho/2005 foi apresentada ao mundo a Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos, na qual são abordados relevantes temas atuais da Bioética e dos Direitos Humanos, a exemplo da Autonomia, Consentimento, Benefícios, Danos, Vulnerabilidade, Solidariedade, Responsabilidade, entre outras, questões estas ainda abertas e sem solução no campo Bioético, sendo esta Declaração dotada de importância face às diretrizes éticas apresentadas no seu texto.

Daremos um enfoque especial ao artigo oitavo da referida Declaração, atinente à vulnerabilidade humana, o qual estabelece que:

Artigo 8º - Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Pessoal

A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica deveriam ser protegidos e a integridade pessoal de cada indivíduo deveria ser respeitada.

Como se demonstrará no caso do Amapá, não se trata de ficção Gataccaniana, fazendo uma alusão ao filme de ficção científica “Gatacca”, de Andrew Niccol (1997), mas sim de pura realidade e desrespeito total dos princípios da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

3. VULNERABILIDADE

Abordando o tema “Bioética e Vulnerabilidade”, a Profa. Dra. Maria do Céu Patrão Neves iniciou sua palestra relembrando a raiz etimológica do termo *vulnerabilidade*, advindo de *vulnus, eris*, caracterizando-a como a susceptibilidade, que algo ou alguém tem, de ser ferido.

Ressaltou, ainda, a palestrante que em termos técnicos, o conteúdo axiológico do termo *vulnerabilidade* não é tangível com tamanha facilidade e consenso. Basicamente, três são as acepções do mencionado símbolo lingüístico: a) a vulnerabilidade como característica de determinadas pessoas ou grupos sociais; b) a vulnerabilidade como condição humana; c) a vulnerabilidade como princípio ético.

Na primeira acepção, apreende-se a vulnerabilidade como uma *característica* contingente, provisória e relativa a algumas pessoas (p. ex., as crianças, idosos e aqueles desprovidos de discernimento) ou a certos grupos sociais (v.g., a classe social mais desprovida de recursos financeiros). Por ser uma simples característica provisória e contingente, apresentada por certas pessoas em determinado momento, a vulnerabilidade, sob este prisma, pode ser aplacada, no que toca à praxe biomédica, mediante a imposição do respeito à autonomia e ao consentimento daqueles reconhecidamente mais vulneráveis. Cita o relatório de Belmont (1978), referindo-se, basicamente, à seara da experimentação científica.

Aborda o tema, ainda, à luz dos CIOMS/WHO – *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects* (1982, 1993, 2002); Declaração de Helsinque (1964, 1975, 1983, 1996, 2000 e 2004) (proteção aos vulneráveis); Declaração do Genoma Humano – Unesco (1997) e da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005).

No que se refere à segunda acepção do termo vulnerabilidade, esta se funda no reconhecimento da condição inata ao homem de fragilidade, decorrente, mesmo de sua finitude. Destarte, toda pessoa é ontologicamente vulnerável. A vulnerabilidade deixa, pois, de ser uma característica provisória e relativa, ostentada por apenas algumas pessoas, para ser concebida como uma *condição* da existência humana, presente em toda e qualquer pessoa, e, apenas, evidenciada com maior intensidade em algumas situações específicas.

Por fim, a terceira acepção da vulnerabilidade foi sustentada como um *princípio* ético. Percebe que as duas acepções supramencionadas não divergem entre si, mas, antes, se completam. Reconhece, então, que existe uma vulnerabilidade que é contingente, sanável, em grande medida, pelo respeito à autonomia daqueles

percebidos como vulneráveis, mas não se distancia da noção de vulnerabilidade como condição intrínseca à essência humana, para a qual os moldes da autonomia individual e do consentimento não satisfazem inteiramente, sendo necessário, por outro lado, o recurso à solidariedade. Malgrado possa parecer uma simples adição das duas outras acepções anteriores, a terceira acepção vai mais além, concebendo a *vulnerabilidade como um princípio ético*.

É, pois, nesta acepção de princípio ético, que entendemos que a vulnerabilidade humana deva ser enfocada, para fins de proteção aos hipervulneráveis, a exemplo da comunidade ribeirinha do Estado do Amapá/Brasil.

4. COBAIAS BRASILEIRAS – O CASO DO AMAPÁ

No final de 2005, veio a público, pesquisa realizada no Amapá em três comunidades ribeirinhas: São Raimundo de Pirativa, São João de Matapi e Santo Antônio do Matapi, denominada oficialmente de "Heterogeneidade Vetorial e Malária no Brasil" - Pesquisa para estudar a dinâmica da transmissão da malária e também para desenvolver estratégias de prevenção.

Com este nome pomposo, utilizaram seres humanos como “cobaias”, gerando um surto localizado da doença.

Indivíduos voluntários dessas comunidades, altamente vulneráveis, face à sua situação de pobreza e miséria, serviam para capturar o mosquito transmissor, “durante nove noites consecutivas, em jornadas de seis horas, duas vezes por ano, bem como se submeterem à ação dos mosquitos em seus braços e pernas, a fim de atingir a meta de 100 picadas por noite, em quatro sessões de 25 picadas. Quem não cumprisse com sua cota, não recebia a diária de “ajuda de custo” de R\$ 12,00 (doze reais)” (Coelho, 2006)

Esta pesquisa foi previamente aprovada por comitês de ética de universidades e centros de pesquisas do Brasil e da Flórida, entre elas o *Institutional Review Board* da Universidade da Flórida (EUA), a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e a Universidade de São Paulo (USP), como também pelo órgão subordinado ao Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Ética em Pesquisa (CONEP). Isso, porque o projeto de pesquisa apresentado pela entidade norte-americana aos parceiros no Brasil, não mencionava a utilização de seres humanos com remuneração às experiências.

Este fato demonstra a sobreposição da ambição lucrativa sobre a ética, tanto pelo “voluntário” à pesquisa, quanto pela entidade encarregada de realizá-la. Por isso é notório, cada vez mais, que a ética deve ser discutida perante os experimentos

em sujeitos de pesquisas, para não deixar que a vulnerabilidade dos mesmos facilite a ambição de avanços científicos desgovernados.

Um fator que potencializa a vulnerabilidade dos sujeitos de pesquisa é o modelo capitalista atual, fonte natural da imposição de diferenças sociais na ânsia por lucratividade.

Desde seu advento o homem tornou-se ambicioso, em obter lucros a fim de ascender na escala social. Para alguns, como no caso dos “voluntários” do Amapá, essa conquista encontra-se longínqua, desejam apenas a sobrevivência.

Anteriormente, o sujeito de pesquisa era inserido em regimes de guerra, sendo denominado “cobaia”, por não estar ciente de que servia para experimentações.

Hoje o sujeito de pesquisa tem o nome bonito de “voluntário”, um sujeito “interessado” em espontaneamente oferecer seu corpo a experimentações. Goza de direito à liberdade de escolha e, para que possa exercitá-lo, não pode estar sofrendo coação e deve estar ciente do procedimento ao qual se submeterá e dos riscos a ele inerentes. Verdadeira falácia num país como o nosso!

De qualquer maneira, em nosso país foram aprovadas Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas em Seres Humanos, através da Resolução nº 196/96 do Conselho Nacional de Saúde (CNS), que estabelece normas de condutas para proteger a integridade física e psíquica, a saúde, a dignidade, a liberdade, o bem-estar, a vida e os direitos dos envolvidos em experiências científicas. Ocorre que, na prática, a sua inobservância é total.

A própria Resolução nº 196/96, no seu item II.15, estabelece que a “vulnerabilidade refere-se a estado de pessoas ou grupos que, por quaisquer razões ou motivos, tenham a sua capacidade de autodeterminação reduzida, sobretudo no que se refere ao consentimento livre e esclarecido”.

Infelizmente, não existe ainda no Brasil uma lei que discipline a realização de pesquisas envolvendo seres humanos, o que há é apenas um instrumento normativo – Resolução 196/96 - de natureza infralegal, sem poder coercitivo.

São por estes e outros motivos que o caso do Amapá foi o primeiro ocorrido em território Brasileiro, mas, com certeza, face à hipervulnerabilidade de determinadas comunidades e grupos não será o último. Cumpre aos cidadãos sim, lutar para aplicação das diretrizes fixadas mundialmente, no que pertine à experimentação em seres humanos, a exemplo da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (2005).

5. CONCLUSÃO

Por tais motivos é que entendemos que a alegada necessidade da experimentação em seres humanos em face do “amor ao bem comum da humanidade” é uma falácia, fruto de uma manipulação lingüística, existindo, sim, interesses financeiros e pessoais subjacentes às referidas pesquisas.

Da mesma forma, o consentimento consciente e livre em comunidades hipervulneráveis não passa de um jogo de palavras. Em comunidades subdesenvolvidas e miseráveis, como as do Amapá, o induzimento monetário restringe a liberdade do consentimento.

Entendemos que a experimentação em seres humanos somente poderia ser realizada de forma gratuita, pelos próprios cientistas que trabalham no projeto ou em sujeitos doentes, a chamada experimentação terapêutica, a qual é planejada e conduzida em benefício do sujeito, jamais em “cobaias” sadias, mediante “remuneração”, “ressarcimento de despesas”, “indenização por prejuízos”, “compensação” ou outra denominação camuflada que se construa com objetivo de violar os princípios da dignidade humana, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Direito constitucional e direito ordinário*. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada. Revista dos Tribunais, n. 799. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. pp. 33-51.
- BELLINO, Francesco. *Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais*. Bauru: EDUSC, 1997.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- COELHO T., *Ética em Pesquisa: compre-se e cumpra-se*. Consulex: 2006, p. 227.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.
- DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ENGELHARDT JR, H. Tristram. *O caráter do sigilo*. Fundamentos da Bioética. São Paulo: Loyola, 1998. p. 414-419

ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela N. Messina de. *Derechos de la Persona y Genética*. Bioderecho. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 110-114.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Princípio da proporcionalidade em direito constitucional em direito privado no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROCA TRÍAS, Encarna. *Los derechos fundamentales, como elemento de protección a la persona*. ROMEO CASABONA, Carlos María (Coord.). *Derecho Biomédico y Bioética*. Granada: Comares, 1998. p. 172-181. (Biblioteca Comares de Derecho y Ciencias de la Vida, n. 1).

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

X

PRECLUSÃO: UMA TÉCNICA JURÍDICA PROCESSUAL¹

Edval Borges Segundo

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; Membro do Grupo de Pesquisa “Teoria Contemporânea da Relação Jurídica Processual” do Prof. Dr. Fredie Didier Jr (CNPQ); Advogado.

RESUMO: Este trabalho pretende abordar a preclusão como técnica jurídica, importante instrumento para a efetividade do processo.

ABSTRACT: This work intends to approach the preclusion, important instrument to process effectivity.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; Procedimento; Técnica Jurídica Processual; Instrumentalidade do Processo; Preclusão.

KEYWORDS: Process; Proceeding; Procedural Judicial Technic; Instrumentality of Process; Preclusion.

SUMÁRIO: 1. Intróito – 2. Técnica processual: 2.1. Técnica jurídica: apresentação e importância; 2.2 Espécies de técnica jurídica; 2.3. Técnica jurídica processual; 2.4. Simplificação da técnica e efetividade – 3. Técnica processual e efetividade do processo: 3.1. Processo e procedimento: distinções necessárias; 3.2. Instrumentalidade, finalidade e efetividade do processo – 4. Preclusão: 4.1. Natureza jurídica e conteúdo; 4.2. Espécies de preclusão; 4.3. O princípio da vedação do *venire contra factum proprium* e a preclusão lógica; 4.4. Preclusão *pro judicato*; 4.5. Preclusão em matéria probatória; 4.6. Perspectiva funcional da preclusão – 5. Conclusões – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRÓITO

A idéia do presente trabalho surgiu durante uma das aulas de Teoria Geral do Processo ministrada pelos eminentes professores Edilton Meireles e Fredie Didier Júnior no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Naquela oportunidade, durante os debates do curso de Mestrado, um prezado colega, Dr. Rafael Oliveira, aduziu que a preclusão seria uma

1. Relacionado ao Grupo de Pesquisa “Teoria Contemporânea da Relação Jurídica Processual”, registrado no diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ.

técnica jurídica, cujo fito consistiria em garantir uma justa ordenação do processo.

Diante deste breve, mas apreciável comentário, surgiu-me um soberbo ânimo de escrever sobre o tema. No entanto, em respeito à altercação do amigo e com as cautelas de estilo, solicitei-lhe a devida autorização, oportunidade em que recebi uma singela resposta: “Pô, rei... Jogue duro!!!”.

Pronto. Já autorizado, vamos ao tema, frisando que aqui não se pretende de forma alguma esgotar o assunto ou transformar as aporias em certezas, o que seria tarefa de uma monografia ou até mesmo de uma dissertação de mestrado. O que se aspira é esboçar traços gerais de um tema de suma importância para a efetividade do processo, este último objeto de constante preocupação em nosso país e no estrangeiro.

2. TÉCNICA JURÍDICA PROCESSUAL

2.1. Técnica jurídica: apresentação e importância

Técnica jurídica, segundo PASQUIER, é o “conjunto de procedimentos pelos quais o Direito transforma em regras claras e práticas as diretivas da política jurídica”², ou seja, de cunho eminentemente prático e instrumental, a técnica jurídica deve ser observada para que os fins do direito sejam alcançados.

Assim, sem apartar a teoria da prática, é através da subsunção que a técnica jurídica busca a abstração do fato da vida para que possa ser analisado e absorvido pela norma jurídica. Dessa forma, o Direito cumpre seu intento com o auxílio da técnica jurídica, transformando as fontes materiais do direito em fontes formais.

Em outras palavras, a técnica jurídica compõe-se de procedimentos que buscam uma construção jurídica, formulando normas de direito com a devida clareza e precisão, facilitando a sua interpretação, aplicação e, principalmente, o seu aperfeiçoamento.

Ocorre que a técnica jurídica, ao longo da história, não foi objeto de uma firme consideração pela doutrina. Talvez por essa razão, o ordenamento jurídico nem sempre foi estruturado conforme os ditames técnicos adequados, o que pode ser visto pelas diversas ocasiões em que foi elaborado de forma incoerente.³

2. *Apud*. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006. p. 67.

3. Um exemplo recente foi a alteração do Código de Processo Civil pela Lei n.º 11.280 de 2006, que passou a autorizar o juiz em reconhecer a prescrição *ex officio*. Sobre o tema, recomendo a leitura do texto do Prof.

Tal incoerência, mais conhecida como antinomia pelos estudiosos da teoria geral do direito, nada mais é do que a consequência da inobservância da técnica jurídica. Em outras palavras, se bem aplicadas, tais técnicas seriam fontes de um sistema jurídico sem nenhum tipo de incoerência e contradição.

O grande problema, como muito bem observado por Daniel Hertel, é que, em regra, não se busca o seu aprimoramento, limitando-se os “técnicos” em remediar as consequências que decorrem da sua inobservância.⁴

A coerência, portanto, segundo o pensador italiano Norberto Bobbio, “não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento”. Ora, o ordenamento jurídico, como uma unidade sistemática, se inspira fundamentalmente na exigência de certeza – intimamente ligada aos valores da paz e da ordem – e na exigência de justiça – que corresponde ao valor da igualdade.⁵

A importância da técnica jurídica encontra-se justamente nesta seara. Ela é elemento essencial para que o escopo do Direito seja alcançado. Assim, Carnelutti leciona irrepreensivelmente que:

“A técnica ensina quais são os caminhos que os homens devem seguir para adequar um ato a sua finalidade. A conformidade do ato às regras técnicas é o que se chama sua conveniência. Quando é conveniente, um ato favorece à economia; nisso está sua utilidade”.⁶

E completa:

“Para garantir tanto a conveniência quanto a justiça do ato, o direito faz suas certas regras técnicas ou certas regras éticas, prescrevendo sua observância mediante seus mandados; assim as regras técnicas ou as regras éticas se convertem em regras jurídicas. A conformidade do ato às regras jurídicas constitui sua legalidade”.⁷

Não obstante, cumpre ressaltar que a técnica jurídica não se limita ao procedimento de criação das normas, mas também exerce importante influência na atividade interpretativa e na aplicação das normas aos casos concretos. Vejamo-los no tópico subsequente.

Alexandre Freitas Câmara – *Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua* – disponível em: <http://www.flaviortartuce.adv.br/secoes/artigosf/Camara_presc.doc>. Acesso em: 15 nov. 2007.

4. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. *ob. cit.* p. 67.
5. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 113.
6. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. BATISTA, Adrián Sotero de Witt (Trad.). São Paulo: Classic Book, 2000. v. I. p. 508.
7. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. *ob. cit.* p. 509.

2.2. Espécies de técnica jurídica

Para melhor cumprir seu intento de realizar o direito de maneira lógica e coerente (construção jurídica), a técnica jurídica apresenta três espécies: a de *elaboração*, outra de *interpretação*, e uma de *aplicação* do direito, frisando-se que estas são interdependentes e complementares.

Por respeito à precedência lógica, cumpre registrar primeiramente a técnica que cuida da produção das normas jurídicas. Esta se relaciona à técnica legislativa de construção de normas, cujo procedimento de elaboração – proposição, andamento e aprovação dos projetos de lei – está contido no direito constitucional. Em sentido amplo, cumpre destacar que a técnica legislativa deve também abranger outros atos normativos, como emendas constitucionais, medidas provisórias, decretos legislativos etc, cuja fabricação encontra assento nos artigos 59 e seguintes da Constituição Federal.

Note-se a imensa responsabilidade daqueles que fazem as leis, haja vista que o descuido com as técnicas de produção normativa acarreta em árduas consequências aos cidadãos. Afinal, um ordenamento incoerente e privado de lógica só conduz às incertezas, desordens e injustas.

As espécies subseqüentes apresentam estreita ligação, visto que o escopo da interpretação, de grosso modo, é conferir aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem.⁸ Elas exaltam a atividade hermética do jurista, em razão do direito se constituir não apenas de normas, mas também da atividade de seus operadores.

Interpretar, portanto, é aclarar, buscar o sentido de alguma coisa, que no caso em comento é a norma. Atualmente, a famosa expressão “*in claris cessat interpretatio*” encontra-se superada, pois, conforme as lições de Maria Helena Diniz, por mais clara que seja a norma, ela sempre requer interpretação.⁹

Ocorre que ao disciplinar condutas humanas, as normas jurídicas usam signos lingüísticos que devem exprimir um determinado sentido do que deve ser, o que nem sempre ocorre de forma clara. Isso se dá por motivos de imperfeição técnica, o que obriga o jurista, em todo instante, a interpretar a norma pesquisando o seu significado conforme os ditames sociais, para aplicá-la ao caso *sub iudice*.

Desse modo, como muito bem evidenciou Maria Helena Diniz:

8. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 415.

9. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. *ob. cit.* p. 415.

“Ao se interpretar a norma, deve-se procurar compreendê-la em atenção aos seus fins sociais e aos valores que pretende garantir. O ato interpretativo não se resume, portanto, em simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir das normas, pois o intérprete deve levar em conta o coeficiente axiológico e social nela contido, baseado no momento histórico que está vivendo”.¹⁰

Em vista disso, não pode a ciência do direito dispensar técnicas de interpretação da lei, como elementos essenciais de uma aplicação justa, recordando que interpretar e aplicar são tarefas distintas, uma vez que esta pressupõe o sentido e o alcance da norma jurídica, ou seja, sua interpretação.

2.3. Técnica jurídica processual

A técnica processual é espécie do gênero técnica jurídica. Isso é de simples confirmação ao se verificar o conceito dado por Podetti: técnica processual é “o conjunto de procedimentos idôneos à realização do direito processual, desde a elaboração e formulação da norma, até a interpretação das normas processuais e jurídicas em geral”.¹¹

Por consequência, assim como seu gênero, a técnica processual é de suma importância não só para elaboração de normas processuais, mas também é importante mecanismo para interpretação daquelas já elaboradas.

Dessa forma, no que tange a técnica adequada para elaboração de normas processuais, estas devem ser legisladas seguindo as diretrizes do direito processual. Tal orientação é de fundamental importância para que a efetividade e demais escopos do processo sejam alcançados.

Em outras palavras, efetividade e acesso à justiça (em seu aspecto substancial) são importantíssimos princípios processuais que devem ser observados pelo legislador durante as reformas. Irrepreensível é a observação de Barbosa Moreira:

“É notório o papel que a ciência processual brasileira desempenhou na gestação das reformas normativas recentes, sem exclusão daquele que, em 1988, viria a dotar o País de nova Constituição”.¹²

10. DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. ob. cit. p. 417.

11. *Apud*. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. ob. cit. p. 68.

12. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 19.

Quanto à técnica interpretação, especificamente da esfera processual, deve o jurista levar em conta as finalidades para as quais o processo foi instituído.¹³ Nesta ocasião, se ele foi gerado como um meio de solução de conflitos e controvérsias, a interpretação de suas normas deve ser realizada com fulcro nesse intento.

Desse modo, os institutos processuais devem ser interpretados conforme os seus fins, ou seja, pelo método teleológico. Ora, os operadores do direito devem ter em mente que o processo foi instituído como um meio, e não como um fim.

Segundo a doutrina de Goldschmidt:

“(…) al buscar el fin del proceso, hay que partir de su concepto empírico, investigar el fin, que en cada proceso se alcanza. Ese fin es la terminación del conflicto, que se logra por la fuerza vinculativa de la cosa juzgada”.¹⁴

Logo, não se pode admitir uma interpretação dos institutos processuais dissociada de sua finalidade, ou seja, por si só.¹⁵

Assim sendo, desprezar a técnica processual não é o rumo mais adequado para o progresso do direito processual. Logo, para obtenção da efetividade do processo, que será estudada em momento oportuno deste trabalho, necessário se faz a aplicação das normas processuais sob uma perspectiva técnica.

Daniel Hertel, em preciso comentário, expôs que:

“(…) a aplicação da técnica processual contribui decididamente para a efetividade do processo. O que deve ser afastado é o tecnicismo processual, ou seja, a utilização da técnica por si só, dissociada dos verdadeiros fins do processo”.¹⁶

Cumprir observar que utilizar o processo com um fim em si mesmo é causa de perigoso apego exagerado à forma, este fator essencial para o agravamento da crise do Judiciário.

2.4. Simplificação da técnica e efetividade

O apego irracional às formas leva, sem dúvida alguma, à demora na duração do processo. José Roberto dos Santos Bedaque, para reduzir tal morosidade,

13. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. ob. cit. p. 70.

14. GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 39.

15. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. ob. cit. p. 70.

16. HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. ob. cit. p. 68.

propõe o reexame da técnica processual. Segundo ele, e com toda razão, a técnica processual deve ser observada com a plena consciência de seus objetivos. Em suma, é necessário compatibilizá-la com a natureza instrumental do processo.¹⁷

Para Bedaque:

“O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações”.¹⁸

Na verdade, o ilustre processualista não sugere a eliminação das formas, haja vista serem um importante fator de garantia para as partes e para o regular desenvolvimentos do processo. O que se pretende é destacar a função instrumental do processo, uma vez que todas as regras processuais constituem meios para se chegar a um fim.

Afinal, seguindo a preleção de Aroldo Plínio Gonçalves:

“Uma técnica é valorada segundo sua idoneidade para a realização de suas finalidades. Será uma boa ou má técnica, conforme seja hábil a cumprir os seus fins, ou conforme se revele ineficaz para esse objetivo”.¹⁹

Em outras palavras, estudar processo é analisá-lo com o fito de encontrar a técnica mais adequada para que esse instrumento produza o escopo desejado: a solução das crises verificadas no plano do direito material.

3. TÉCNICA PROCESSUAL E EFETIVIDADE DO PROCESSO

3.1. Processo e procedimento: distinções necessárias

Não se pode compreender a questão da técnica processual e, por conseguinte, as conseqüências da sua não-observância sem uma visão adequada de processo e procedimento. Por isso, tratar o conceito de procedimento sem a devida distinção com o processo é critério falho para uma diferenciação sensata exigida pela cientificidade. Tanto assim que por muito tempo a doutrina se preocupou com a sua distinção.

17. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 51.

18. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *ob. cit.* p. 51.

19. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 169.

Humberto Theodoro Júnior, seguindo as lições de Frederico Marques, afirma que processo “é método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público”, enquanto procedimento “é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto”. Em outras palavras, o procedimento dá exterioridade ao processo, revelando-se o *modus faciendi* deste.²⁰

Para Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, se utilizando um critério teleológico, procedimento é “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”. Em vista disso, “a noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo”.²¹

Como muito bem lembrado por Alexandre Câmara, tal simplória distinção entre processo e procedimento resulta na desvalorização deste último, sendo costumeiro referir-se ao *mero procedimento*. Atualmente, tem-se visto uma revitalização do conceito de procedimento, resultado do fato de não se ter jamais conseguido demonstrar que o processo fosse algo distinto do procedimento.²²

Esta revitalização se deve a vitoriosa tese de Niklas Luhmann, ao afirmar que o procedimento é essencial para a legitimação da atividade estatal. Sobre o conceito simplório de procedimento, aduziu com propriedade o autor:

“existe um erro óbvio a ser evitado: um procedimento não pode ser considerado como uma seqüência fixa de ações determinadas. Uma tal opinião conceberia o procedimento como um ritual em que uma única ação estaria certa em cada caso e as ações estariam de tal forma encadeadas que, excluindo a possibilidade de escolha, uma dependeria da outra. Essas ritualizações têm uma função específica. Fixam a ação estereotipada e criam assim segurança, independentemente das conseqüências fáticas que são depois atribuídas a outras forças, que não a ação. (...) Em resumo: seria com certeza falso interpretar o procedimento como rito nos atuais sistemas de decisão”.²³

20. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 42.

21. CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 277.

22. CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. v. I. p. 144.

23. LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980. p. 39.

Entretanto, cumpre ressaltar que o processo não deve ser confundido com o procedimento. Ou seja, processo é entidade complexa, de que o procedimento é um dos seus elementos formadores. Assim, sábias são as palavras de Alexandre Câmara:

“Afirmar que o procedimento e processo são sinônimos seria o mesmo que igualar a árvore frutífera ao pomar, ou a ovelha ao rebanho. Seria, em outros termos, tomar a parte pelo todo (...). Mas a existência de um procedimento não é suficiente para que exista um processo, sendo necessária a existência, ainda, de uma relação jurídica processual, além da instauração do contraditório entre os sujeitos da referida relação”.²⁴

Segundo Fazzalari, a estrutura do “processo” impõe um esquema amplo de ordenação de todos os atos lícitos e/ou devidos pelos sujeitos processuais ao longo do curso do processo.²⁵

Em interessante tese de doutorado, Fredie Didier Jr. conceitua procedimento como “ato complexo de formação sucessiva, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objeto comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional”.²⁶

Nesse sentido, infere-se que o procedimento não produz um único efeito final. Ora, sendo o procedimento uma pluralidade de atos, os efeitos também serão diversos e coligados, visando um efeito conclusivo.²⁷

Nesse diapasão, sendo o procedimento um elemento essencial da atividade jurisdicional, conclui-se que aquele deve estar de acordo com as normas e valores constitucionais. Seguindo a lição de Luiz Guilherme Marinoni, “o procedimento deve, em primeiro lugar, observar as chamadas garantias de justiça contidas na Constituição, como, por exemplo, o direito à fundamentação das decisões do juiz. Nesse aspecto, aliás, é de fundamental importância o direito ao contraditório”.²⁸

24. CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. *ob. cit.* p. 145.

25. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 1. ed. NASSIF, Elaine (Trad.). Campinas: Bookseller, 2006. p. 500.

26. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 18.

27. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. *ob. cit.* p. 19.

28. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

Ora, sendo imperioso do respeito ao procedimento conforme as garantias constitucionais, não é demasiado se afirmar que o devido procedimento é um direito fundamental. Em suma: o procedimento justo é uma garantia constitucionalmente conferida ao cidadão.

Como muito bem observado por Marinoni, mais uma vez, “como o processo jurisdicional é instrumento para a concretização dos fins do Estado traduzidos na lei a ser efetivamente aplicada, não é legítimo o procedimento que realiza um direito discriminador ou desatento aos valores do ‘Estado Democrático de Direito’”.²⁹

3.2. Instrumentalidade, adequação, finalidade e efetividade do processo

As regras processuais existem para garantir o bom desenvolvimento do procedimento, bem como para assegurar o equilíbrio substancial entre os sujeitos do processo. Com a propriedade de sempre, Bedaque lembra que:

“A regulamentação desse método de solução de conflitos chamado ‘processo’ destina-se a possibilitar que o resultado da atividade estatal contribua decisivamente para a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, a eliminação dos litígios e a pacificação social”.³⁰

Assim, para que o processo seja efetivo, é necessário que os valores segurança e celeridade sejam devidamente proporcionado às partes, além do resultado ser aquele garantido pelo direito material.

Ocorre que esse método sofre uma intensa influência do meio externo, o que pode gerar conflito dentro do processo entre dois importantes valores: forma do ato processual e o fim a ser alcançado. Diante disso, necessário se faz, muitas vezes, o mecanismo destinado a conferir validade a atos processuais viciados: “instrumentalidade das formas”. Trata-se de meio que abandona o rigor formal em benefício dos objetivos do próprio ato, desde que não comprometa outros importantes valores.

Desse modo, a forma e a finalidade não se referem unicamente ao ato processual individualmente, mas ao próprio procedimento, que nada mais é do que a soma dos atos do processo com vistas à solução da crise de direito material em discussão.

29. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. ob. cit. p. 79.

30. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. ob. cit. p. 18.

Visando alcançar a sua efetividade, portanto, deve o jurista analisar o processo de acordo com a sua finalidade. Tanto assim que essa preocupação com o escopo do processo não é exclusividade da doutrina nacional. O Código de Processo Civil português, *v.g.*, em seu artigo 265-A dispõe que:

Art. 265-A. Quando a tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática dos atos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações.

A própria legislação portuguesa reputa ao dispositivo supracitado como princípio da adequação formal. Trata-se do reflexo dessa inquietação que sempre incomodou os processualistas.

E há uma razão de ser. A Teoria Geral do Processo vem desde outros tempos se preocupando em saber se o Estado-juiz, já que se trata do Estado no exercício de sua função jurisdicional, pode garantir o pleno acesso à justiça.³¹ Cuida-se de um novo enfoque do acesso à justiça, sob o ponto de vista do jurisdicionado.

Nesse sentido, completa é a lição de Alexandre Câmara:

“A preocupação do processualista deve ser descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer o titular das posições jurídicas de vantagem que busca, no Judiciário, abrigo para suas lamentações e pretensões”.³²

A questão, em verdade, é saber se o processo civil atual, sob a ótica do atendimento do dever do Estado, é capaz de conferir proteção aos direitos fundamentais.

Ora, sendo o procedimento um elemento essencial do processo e este um instrumento de definição, proteção e realização do direito substancial, fundamental é a adequação do instrumento com o fim para o qual foi criado.

Muito claro, portanto, é o dispositivo em comento. Se a tramitação processual (entenda-se procedimento) não se adequar ao escopo ora pretendido, deve o juiz adaptá-lo para o alcance deste fim. Frise-se que não se trata de uma mera faculdade do magistrado, mas sim de um dever.

31. Este considerada em seu sentido amplo, intimamente relacionada à efetividade.

32. CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. *ob. cit.* p. 39.

E mais, com propriedade, o dispositivo, preocupado em dar legitimidade ao procedimento, determina a prévia oitiva das partes, coadunando-se, portanto, com o contraditório e, por conseguinte, com os direitos fundamentais.

Registre-se, ainda, que o dispositivo em questão é uma verdadeira cláusula processual aberta. Como muito bem lembrado por Marcia Brandão Zollinger, por meio desta “o legislador transfere ao juiz o poder de adequar a lei ao caso concreto e aos valores subjacentes aos direitos fundamentais, no momento da interpretação e aplicação do direito”.³³

Em suma, o fito do dispositivo ora analisado é dar à prestação jurisdicional o máximo de efetividade possível ao processo, respeitando, para tanto, garantias constitucionais, como o contraditório.

Ademais, o magistrado brasileiro pode perfeitamente adotar uma posição semelhante do disposto no artigo 265-A do Código Processual Civil português. Tal “faculdade” tem, no direito brasileiro, apoio nos princípios da adequação e da adaptabilidade do procedimento.

Segundo Fredie Didier Jr., o princípio da adequação permite ao juiz, no caso concreto, adaptar o procedimento de modo “a melhor afeiçoá-lo as peculiaridades da causa”.³⁴

Consoante o já dito em linhas anteriores, o procedimento é elemento essencial do processo e este, por ser um instrumento de definição, proteção e realização do direito substancial, bem como um meio de pacificação social, fundamental é a sua adequação para que seu escopo seja alcançado da melhor forma possível.

Irrepreensível é a conclusão de Adolfo Gelsi Bidart:

“Cada vez se impone com más claridad la necesidad de flexibilizar la tutela procesal, para adaptarla a las necesidades de desenvolvimiento del proceso y a través del mismo y como su finalidad permanente a la situación sustantiva a disciplinar”.³⁵

De acordo com a doutrina, o princípio que se analisa deve ser observado em dois momentos. O primeiro deles é o legislativo, este considerado para fins didáticos como o verdadeiro princípio da adequação. Assim, o legislador, considerando

33. ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 163.

34. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. v. I. p. 48.

35. BIDART, Adolfo Gelsi. “Tutela procesal ‘diferenciada’”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 44, p. 100-105.

a natureza do objeto do processo a que servirá, deve atentar para as especificidades do direito material tutelado, sob pena de violação da tutela jurisdicional.

O segundo momento, denominado processual e princípio da adaptabilidade, permite ao juiz, *in casu*, adaptar o procedimento da melhor forma possível para justapor às questões específicas de cada causa, efetivando-se os direitos fundamentais ora ameaçados.

Em vista do exposto, registre-se a intensa preocupação com a efetividade do processo. O mestre Barbosa Moreira, com sua sabedoria peculiar, nos apresenta um interessante “programa básico” em prol desta efetividade. Segundo ele:

“a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema;

b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos;

c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade;

d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo ordenamento;

e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias”.³⁶

Nessa medida, aspectos relativos à técnica processual, como a fungibilidade e a preclusão, merecem uma nova avaliação sob a égide da efetividade do processo.

4. PRECLUSÃO

4.1. Natureza jurídica e conteúdo

Etimologicamente, preclusão, de origem latina, vem de *preclusio*, do verbo *praecludere*. Significa obstruir, fechar, proibir vedar.³⁷

36. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17.

37. GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 36.

O termo preclusão é de uso antigo na seara do direito processual. Consoante as lições de Humberto Theodoro Júnior, já no direito romano-canônico se cogitava a noção de preclusão em processo, cujo caráter se configurava estritamente punitivo. Era o chamado *poena preclusi*.³⁸

Apesar disso, a preocupação com a cientificidade do instituto é recente e o mérito da sua sistematização é atribuído a Giuseppe Chiovenda. Orientando-se pelos estudos do processualista alemão Oskar Büllow, Chiovenda foi o primeiro doutrinador a se preocupar em criar uma conceituação genérica da preclusão.³⁹

Assim, para Chiovenda, a preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual em face da não observância da ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício – v. g., prazos peremptórios –; ou diante da realização de um ato incompatível com a intenção; ou, finalmente, ante o exercício válido de uma faculdade.⁴⁰

De forma semelhante é o conceito apontado por Emílio Betti, para quem a preclusão é a manifestação inerente à auto-responsabilidade da parte, garantindo um ordenado e rápido desenvolvimento do processo.⁴¹ Note-se que aqui já se apresenta o escopo da preclusão, qual seja, garantir a regular, rápida e definitiva solução para o litígio deduzido em juízo.

Nesse sentido, completa é a lição de Dierle José Coelho Nunes, para quem a preclusão “é instituto jurídico processual que visa estruturar o procedimento de forma adequadamente célere, sem descuidar do modelo constitucional processual assegurado, formado por situações jurídico-processuais – ato-fato jurídico processual – que se colidam pelo esgotamento-trancamento-estabilização do tempo legal, decorrente da ação ou omissão em sua realização, produzindo efeitos processuais (preclusivos), conforme a lei que governa sua constituição”.⁴²

38. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista dos Tribunais*. v. 784. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro de 2001. p. 11.

39. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão”. *Leituras Complementares de Processo Civil*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.) 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 313.

40. *Apud*. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”. *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeano Lacerda*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (Org.). Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1989. p. 142.

41. *Apud*. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 31.

42. NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos continuados de Teoria do Processo*. LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 4. p. 189.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, a preclusão é a perda de um “direito processual”, que pode decorrer de várias causas, responsável pelo avanço da tramitação processual.⁴³

Não considerando como a perda de um direito, Fredie Didier Júnior define, de forma irrepreensível, o instituto da preclusão como “a perda de uma situação jurídica ativa processual: seja a perda de poder processual das partes, seja a perda de um poder do juiz”.⁴⁴

Em verdade, o instituto da preclusão deve ser entendido em sua totalidade. Para isso, deve-se analisar o instituto da preclusão em seus dois escopos: um primeiro formal, cujo objetivo é evitar a repetição da prática de atos processuais ou o retorno a fases e atos já praticados, dando marcha ao processo; o segundo escopo, este material ou substancial, por sua vez, visa dar um conteúdo ético ao processo, evitando surpresas. Trata-se da vedação ao comportamento contraditório, este intimamente relacionado com a preclusão em sua modalidade lógica. Este último será analisado em tempo apropriado.

No que tange a sua natureza jurídica, segundo a exposição do saudoso Pontes De Miranda, a preclusão é um efeito jurídico:

“Preclui o que deixa de estar incluído no mundo jurídico. Preclusão é extinção de efeito, – de efeito dos fatos jurídicos, de efeitos jurídicos (direito, pretensão, ação, exceção, “ação”, em sentido de direito processual)”.⁴⁵

Entretanto, como muito bem lembrado por Fredie Didier Júnior, nem sempre a preclusão será efeito, podendo se configurar como um suporte fático de algum outro fato jurídico.⁴⁶

Nesse diapasão, de acordo com Egas Moniz De Aragão, a preclusão “é um acontecimento, um fato, que surge no processo, ou como resultado da ausência de outro (inércia durante o tempo útil destinado ao desempenho de certa atividade); ou como consequência de determinado fato, que, por ter sido praticado na ocasião oportuna, consumou a faculdade (para a parte) ou o poder (para o juiz) de praticá-lo uma segunda vez; ou ainda em decorrência de haver sido praticado (ou não) algum ato, incompatível com a prática de outro”.⁴⁷

43. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. *ob. cit.* p. 665.

44. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. *ob. cit.* p. 248.

45. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 6. p. 135.

46. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. *ob. cit.* p. 255.

47. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”. *ob. cit.* p. 145.

Ora, para tratar a preclusão como efeito ou como fato jurídico, em verdade, mister se faz, anteriormente analisar o ponto de vista, seja considerado um resultado (efeito) de um outro fato jurídico (causa). De fato, considerando a existência de uma relação de causa e efeito, este não impede a qualificação do instituto da preclusão como um fato ou um efeito jurídico.

Além disso, há quem questione se a preclusão seria uma sanção. Para Maurício Giannico, baseado nas lições de Chiovenda, a preclusão não é sanção, pois esta não está associada ao descumprimento de um determinado imperativo (obrigação ou dever), mas sim guarda relação com o atendimento ou desatendimento de um ônus processual. “Ao ônus, diferentemente da obrigação, não se agrega a noção de sanção, nos casos em que se optar por seu desatendimento”.⁴⁸

Contudo, pensando de modo diverso, Fredie Didier Júnior admite a possibilidade de considerar a preclusão como uma sanção decorrência de um ato ilícito. Sobre isso, veja-se a questão seguinte.

4.2. Espécies de preclusão

Tradicionalmente, a doutrina classifica a preclusão em três espécies: a consumativa, a lógica e a temporal. Como muito bem lembrado por Fredie Didier Júnior, esta é baseada na proposta de Chiovenda e é distribuída conforme o fato gerador, ou seja, a perda de um prazo, o ato incompatível e o exercício do poder.⁴⁹

A preclusão consumativa se satisfaz com a prática do ato processual, devendo este, segundo Chiovenda, ser exercitado validamente. Trata-se da perda de faculdade/poder processual, em decorrência do seu exercício.⁵⁰ Significa dizer que somente haverá ocasião favorável para a realização do ato no processo uma única vez, não podendo, se consumado, ser realizado novamente. Registre-se que, nesta hipótese, o fato gerador é o exercício do ato.

No que tange a sua validade, todavia, alguns autores discordam da lição de Chiovenda.⁵¹ Para o processualista italiano, conforme já dito, o ato deve ser exercitado validamente. Já para aqueles, e com razão, ocorre a preclusão consumativa independente da validade ou invalidade do ato praticado. Ora, opera-se a preclusão com a consumação do ato, sendo irrelevante a presença de qualquer vício. O fato é que não há possibilidade de praticá-lo novamente.

48. GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. ob. cit. p. 62.

49. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit. p. 253.

50. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit.

51. Nesse sentido: DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit. e GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. ob. cit.

Nesse sentido é a lição de Maurício Giannico:

“Exercido determinado ônus processual, mesmo que de modo inválido, ainda assim está-se diante da perda da possibilidade de novamente exercê-lo. Opera-se a preclusão, pois, pela consumação pura e simples do ato processual, não sendo relevante apurar, para fins de conceituação do instituto, se tal ato se encontra inquinado ou não de eventuais vícios, defeitos ou irregularidades”.⁵²

Interessante exemplo apresentado por Daniel Amorim Assumpção Neves é a resposta do réu. Ainda que tenha um prazo de quinze dias para contestar uma demanda em procedimento ordinário, na hipótese de apresentar a peça no quinto dia, não poderá nos dias subsequentes voltar a apresentar argumentos outros defensivos, em face da preclusão consumativa.⁵³

Vale ressaltar que esta espécie se encontra positivada em nosso ordenamento no artigo 158 do Código de Processo Civil, “que se refere à produção de efeitos imediatos com a prática de atos processuais pela parte, exaurindo-se o exercício de sua faculdade”.⁵⁴

A preclusão temporal, por sua vez, tem como fato gerador a perda do poder/faculdade em razão da não realização do seu exercício no momento devido. Em outras palavras, ocorre quando “um ato não puder ser praticado em virtude de ter decorrido o prazo previsto para sua prática sem a manifestação da parte. Ao deixar a parte interessada de realizar o ato dentro do prazo previsto, ele não mais poderá ser realizado, já que extemporâneo”.⁵⁵ É o que ocorre, v. g., quando a parte não oferece contestação ou recurso dentro do prazo legal.

Nos adverte Daniel Amorim Assumpção que esta espécie vem sendo considerada a mais flexível pelo Judiciário, principalmente na fase probatória. Os Tribunais, em casos concretos, a pretexto de garantir o direito a prova, vêm aceitando a dilação dos prazos dos atos processuais, mesmo que previstos em lei, desrespeitando, assim, a preclusão temporal.

Já a preclusão lógica é a perda da faculdade/poder processual, assim como a preclusão consumativa, diante de um ato positivo. Ocorre que neste caso, o ato praticado não se coaduna com o seu exercício.

52. GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. ob. cit. p. 50.

53. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão”. *Leituras Complementares de Processo Civil*. ob. cit. p. 316.

54. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit. p. 254.

55. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão”. *Leituras Complementares de Processo Civil*. ob. cit. p. 323.

Simpáticos são os exemplos trazidos por Fredie Didier Júnior: quando a parte aceita a decisão do magistrado, seja de forma expressa ou tácita, e depois recorre. Ora, esta impugnação é incompatível com o ato anterior (aceitação), devendo esta última ser atingida pela preclusão; ocorre também a preclusão lógica quando a parte produz prova de fato confessado, já que ao confessar, ela perde o direito de produzir provas relativas a esse fato; outro interessante exemplo está evidenciado no sistema de nulidades processuais adotado pela legislação processual pátria. Segundo o artigo 243, a parte não pode pedir a invalidação de defeito processual que deu causa.⁵⁶

Vale ressaltar, ainda, que esta preclusão não é efeito do comportamento contraditório, mas sim incide sobre ele impedindo que produza qualquer efeito. É, portanto, consequência do exercício de um ato anterior, e não do comportamento contraditório propriamente dito.⁵⁷

Imperioso perceber que a preclusão lógica está estritamente ligada à proibição do *venire contra factum proprium*, consagrando-se, por conseguinte, o princípio da boa-fé objetiva. Entretanto, este assunto será abordado em momento oportuno.

Note-se, ainda, que tal classificação considera a preclusão como um efeito que sempre decorre da prática de um ato lícito ou em razão de um ato-fato lícito. Contudo, segundo as lições de Fredie Didier, é possível cogitar o instituto da preclusão derivado da prática de um ato ilícito, cabendo ao legislador determinar a eficácia jurídica que se pretende ver produzida. Reflete o autor que “não se pode dizer que a preclusão seja uma eficácia exclusiva de atos lícitos, embora normalmente, à luz do direito positivo, isso aconteça”.⁵⁸ Desse modo, é necessário completar a classificação proposta por Chiovenda.

Infere-se, nesse sentido, uma quarta espécie: a preclusão-sanção ou preclusão punitiva. Neste tipo, ocorre a perda de um poder jurídico processual em face da prática de um ato ilícito. É o que acontece na perda da situação jurídica de inventariante à vista de práticas de ilícitos apontados no artigo 995 do Código de Processo Civil, bem como na hipótese de confissão ficta em face do não-comparecimento à oitiva pessoal, sendo esta um dever da parte.⁵⁹

56. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit. p. 254.

57. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit. p. 253.

58. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit. p. 251.

59. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. ob. cit. p. 255.

4.3. O princípio da vedação do *venire contra factum proprium* e a preclusão lógica

Em conformidade com o já dito anteriormente, a vedação do *venire contra factum proprium* está intimamente ligada à preclusão lógica. Desse modo, vejamos.

A teoria do direito, especificamente o ramo do direito privado, vem passando por alterações significativas, haja vista uma nova noção de interpretação de diversas matérias desse ramo, notadamente o direito civil, à luz do texto constitucional.

Assim, com o escopo de trazer (ou resgatar) um papel de conteúdo ético para o Direito, manifesta-se de forma evidente a exaltação, através de sua positividade, da cláusula geral da boa-fé objetiva. Esta, por sua vez, apresenta diversos aspectos, merecendo destaque a proibição do *venire contra factum proprium*, ou seja, a vedação de comportamento contraditório.

Cumprir registrar que tal vedação tem o escopo de garantir princípios como o da confiança nas relações pessoais e da cooperação, esta última em linha ascendente na teoria processual atual.

Próprias são as palavras do prof. Fredie Didier:

“Uma das principais conseqüências da adoção deste princípio é a revalorização da lealdade processual (e, portanto, da boa-fé objetiva), que passa a ser atributo inerente ao diálogo do contraditório. Além disso, o princípio da cooperação impõe que o magistrado também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva, inserindo-se no contraditório”.⁶⁰

Por outro lado, mas no mesmo sentido, a preclusão lógica funda-se, como já foi dito, na perda de uma faculdade ou poder processual por se ter praticado ato incompatível com seu exercício. Não há, portanto, qualquer dificuldade em perceber a ligação entre esta modalidade de preclusão e a vedação ao *venire contra factum proprium*.

“E a idéia de preclusão lógica é a tradução, no campo do direito processual, do princípio da boa-fé objetiva, mais especificamente do vetusto brocardo do *nemo potest venire contra factum proprium* (ninguém pode comportar-se contrariamente aos seus próprios atos), hoje considerado integrante no conteúdo da cláusula geral da boa-fé objetiva”.⁶¹

60. DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* no processo civil”. *Leituras Complementares de Direito Civil: o Direito Civil Constitucional em concreto*. FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). Salvador: JusPODIVM, 2007. p. 200.

61. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. *ob. cit.* p. 253.

Em vista disso, pode-se afirmar que esses consideram desrespeito ao decoro processual o comportamento contraditório, pois ofende os princípios da lealdade processual e da boa-fé objetiva.

Ora, quando qualquer dos sujeitos processuais adota um comportamento contraditório, valendo-se do elemento surpresa, acabam por frustrar expectativas legítimas dos outros sujeitos, revelando-se um comportamento desleal, ferindo a boa-fé objetiva e, principalmente, a ética processual. Logo, tal comportamento não merece a guarida do Direito, seja em qualquer dos seus ramos.

Do exposto, não é demais concluir que a preclusão lógica e a vedação do *venire contra factum proprium* traduzem o aspecto substancial ou material do instituto da preclusão. Aqui, o que se busca é dar uma carga ética à relação processual, com fulcro nos princípios da boa-fé objetiva, da cooperação e da lealdade.

4.4. Preclusão *pro iudicato*

Sendo o juiz considerado um dos sujeitos processuais, não faria sentido se este não sofresse influencia do instituto da preclusão. Assim, costumou-se chamar a perda de um poder do juiz como preclusão judicial ou preclusão *pro iudicato*.

Um excelente exemplo de preclusão para o juiz pode ser encontrado no artigo 198 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, dispõe que “qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei”, podendo, ainda, ser designado outro juiz para decidir a causa. Trata-se de uma verdadeira preclusão-sanção para o magistrado.

Todavia, a nomenclatura *pro iudicato* merece uma atenção. Alguns autores, e com propriedade, criticam o termo *pro iudicato*.⁶² Este, em latim, significa julgado. Juiz, por outro lado, é *iudex* ou *iudicem*. Falar, portanto, em *pro iudicato* é verdadeira incongruência. Ora, preclusão *pro iudicato* significa preclusão como se tivesse sido julgado. Se assim fosse, não haveria preclusão, pois esta supõe ausência de decisão.

Preclusão *pro iudicato*, segundo José Maria Tesheiner, é o julgamento implícito ou presumido, positivado em nosso ordenamento no artigo 474 do Código de Processo Civil.

62. Entre eles: TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro iudicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em <http://www.tex.pro.br/>.

No que tange ao exame e reexame das questões de ordem pública, consoante o artigo 471 da legislação processual civil pátria, pode o juiz analisar e reanalisar as matérias já decididas referente às condições da ação e pressupostos processuais, mesmo que na época da prolação da decisão não haja ocorrido a interposição do recurso adequado.

Todavia, como muito bem adverte Dierle Coelho Nunes, se essa regra for aplicada sem os devidos cuidados, tal norma pode macular os princípios da segurança jurídica, da isonomia e da celeridade, desequilibrando, desse modo, a “simétrica paridade das armas”.⁶³

Assim, de modo mais acertado seria aplicar os artigos 471 e 473 do código supracitado, se o magistrado, nas instâncias ordinárias, decidir de ofício sobre aquelas matérias, desde que elas ainda não tenham sido decididas, pois uma vez decididas, compete às partes apresentarem suas insatisfações, o que se dá através dos recursos.⁶⁴

4.5. Preclusão em matéria probatória

Consoante o dito anteriormente, dentro da seara da preclusão temporal, já nos advertiu Daniel Amorim Assumpção que esta espécie vem sendo considerada a mais flexível pelo Judiciário, principalmente na fase probatória. Os Tribunais, em casos concretos, a pretexto de garantir o direito a prova, vêm aceitando a dilação dos prazos dos atos processuais, mesmo que previstos em lei, desrespeitando, assim, a preclusão temporal.⁶⁵

Ora, há de se considerar também o instituto da preclusão em matéria probatória. Combinando-se com o ponto de vista do autor, uma vez deferida a produção da prova, esta deverá ser necessariamente produzida, somente não se verificando sua produção quando ocorrer a desistência dela por aquele que a requereu, sob pena de violação do direito adquirido da parte à produção da prova.⁶⁶ Ora, há um impedimento também para o juiz na instrução probatória. Não pode este voltar atrás em decisão que deferiu a produção de uma determinada prova, em virtude da preclusão judicial. Na hipótese da não interposição de recurso contra esta decisão, caberá o juiz produzir a prova sem reconsiderar a sua decisão.

63. NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos. ob. cit.* p. 204.

64. NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos. ob. cit.* p. 204.

65. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão”. *Leituras Complementares de Processo Civil. ob. cit.* p. 323.

66. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004. p. 269.

Em suma, pode o juiz, à luz do artigo 130 do Código de Processo Civil, permitir a produção de provas a qualquer momento do processo nas hipóteses de anterior indeferimento ou sendo novidades trazidas para o litígio. O que não pode, entretanto, sob pena de macular o direito à prova, após o seu deferimento, o juiz de ofício, ou a requerimento da outra parte, indeferir a prova por ele já deferida, infamando a nítida preclusão judicial.⁶⁷

4.6. Perspectiva funcional da preclusão

Sabe-se que o processo é movimento constante, é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, ou seja, a prestação integral da tutela jurisdicional.⁶⁸

O tratadista alemão Oskar von Bülow adverte que:

“En lugar de considerar al proceso como una relación de derecho público, que se desenvuelve de modo progresivo, entre el tribunal y las partes, ha destacado siempre únicamente aquel aspecto de la noción de proceso que salta a la vista de la mayoría: su marcha o adelanto gradual, el procedimiento;”⁶⁹

Ocorre que a base do processo é uma cadeia de atos praticados pelos sujeitos que o integram. Por óbvio, esse movimento do processo deve ser preordenado por normas que se preocupem em assegurar um ritmo e uma direção voltada para seu escopo.

Nesse sentido, prudente são as palavras de Humberto Theodoro Júnior:

“Com efeito, sendo da essência da garantia do devido processo legal, o compromisso com a rápida e justa composição dos litígios, seria mesmo indispensável uma relação processual arbitrariamente movimentada, sem limites temporais e lógicos para a prática dos atos que compõem e que condicionam o provimento jurisdicional esperado pelos litigantes”⁷⁰

Assim, com o fito de se evitar a má-fé processual, dentre outros motivos, necessário se fez pensar em mecanismos que auxiliem o processo a sempre avançar, “permitindo uma ordenação simplificada, coordenada e racional da atividade

67. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. *ob. cit.* p. 272.

68. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. *ob. cit.* p. 664.

69. BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. LICHTSCHEIN, Miguel Angel Rosas (Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. p. 3.

70. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. *ob. cit.* p. 11.

jurisdicional, possibilitando àquele atingir o mais rapidamente possível seus objetivos. Daí a importância do instituto da preclusão”.⁷¹

Para melhor ilustrar a assertiva acima, por essa razão é que, *v. g.*, os fatos constitutivos do pedido e a matéria de defesa devem ser expressos pelas partes, respectivamente, na petição inicial e na contestação.

Por isso, todo processo, sendo um movimento constante, se ordena seguindo os critérios da preclusão. Este, na realidade, é importante ferramenta para a legitimação do procedimento em contraditório, ou seja, do processo democrático. Note-se que as partes em contraditório agem, buscando um interesse, de forma arbil. Em tal grau, oportuna é a preleção de Dierle Coelho Nunes:

“Como as partes no procedimento em contraditório agem estrategicamente buscando argumentos de persuasão e não de convencimento, e as regras processuais não regulam, em princípio, os argumentos permitidos, o processo para ser legítimo deve garantir espaços e tempo para os discursos jurídicos, que obrigatoriamente deverão ser levados em conta na formação do provimento judicial”.⁷²

Portanto, cabe ao juiz o dever de impedir que as partes adotem comportamento contrário às regras do procedimento, velando pela rápida solução do litígio.

Entretanto, não pode a preclusão inviabilizar qualquer garantia inerente ao devido processo legal. Explico melhor. A desejada celeridade processual, apesar de ser considerada um direito fundamental (razoável duração do processo), deve ser estudada em conjunto com outros importantes princípios constitucionais, como a segurança e a efetividade do processo.

Neste caso, segundo Bedaque:

“(…) entende-se deva o juiz examinar caso a caso, valendo-se do princípio da proporcionalidade, para considerar aplicáveis as regras sobre preclusão apenas em face de real inércia ou culpa da parte pela não-realização tempestiva do ato processual”.⁷³

Nesse diapasão, o ilustre autor supracitado nos traz interessantes exemplos. Na hipótese da existência de um defeito de um determinado ato, pode a parte saná-lo caso o prazo para a sua realização ainda não tenha se esgotado.

71. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. *ob.cit.* p. 664.

72. NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos*. *ob. cit.* p. 190.

73. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. *ob. cit.* p. 154.

Isso se dá, pois ao lado da celeridade está o valor da instrumentalidade das formas, não podendo este último ser desprezado na interpretação de qualquer instituto processual. Logo, não há qualquer razão para a regularização de tal defeito, não cabendo, neste caso, aludir a preclusão consumativa.

Em suma e sem a menor dúvida, a técnica processual legítima e fundamental para balizamento dos discursos jurídicos é a preclusão, evitando que o procedimento se alongue mais do que o necessário⁷⁴, além de ser um limitador do exercício abusivo dos poderes processuais das partes, evitando-se o retrocesso e a insegurança jurídica.⁷⁵

5. CONCLUSÕES

Por tudo que foi exposto, infere-se que:

1. A técnica jurídica, cujo escopo é a “construção jurídica”, apresenta importante função na interpretação, aplicação e no aperfeiçoamento das normas, exercendo importante papel para que o escopo do Direito seja alcançado.
2. Ocorre que nem sempre o ordenamento jurídico foi estruturado conforme os ditames técnicos, o que acarretou por diversas vezes em incoerência do seu sistema e, por conseguinte, em inconvenientes e injustiças.
3. Para melhor realizar o seu desiderato, a técnica jurídica apresenta três espécies: a de elaboração, uma de interpretação e outra de aplicação.
4. A técnica processual, como espécie da técnica jurídica, também exerce importante influência, especialmente para a efetividade do processo, uma vez que deve o jurista considerar as finalidades para que o processo foi instituído.
5. Porém, o respeito às técnicas jurídicas não significa em exagerado apego às formas. Esta última significa simples observância às regras sem qualquer preocupação a finalidade do processo, incompatível, portanto, com a sua instrumentalidade.
6. Ademais, não se pode compreender a técnica processual sem a oportuna visão de processo e procedimento. Assim, processo é o método legítimo

74. NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos. ob. cit.* p. 190.

75. DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. ob. cit.* p. 249.

para compor as lides, enquanto o procedimento é sua manifestação extrínseca.

7. Nesse diapasão, as regras processuais servem para garantir o regular desenvolvimento do processo. Entretanto, por sofrer influência do meio externo, aquelas podem gerar conflitos entre dois importantes valores dentro do mesmo procedimento: forma do ato *versus* finalidade a ser alcançada.
8. Neste caso, o segundo deve prevalecer, pois para alcançar a finalidade do processo, deve o operador preocupar-se com a sua efetividade, *v. g.*, utilizando-se dos princípios da adequação e adaptabilidade do procedimento.
9. É nessa perspectiva de efetividade do processo que as técnicas processuais devem ser observadas, como, por exemplo, a preclusão, instituto este que merece uma nova avaliação.
10. A preclusão merece ser estudada em sua totalidade. Tal técnica processual apresenta um escopo formal, cujo fito é evitar a repetição de atos processuais já praticados, dando seguimento ao processo. Apresenta também um escopo material ou substancial, dando uma carga ética ao processo, uma vez que busca evitar surpresas e garantir a lealdade entre os sujeitos processuais.
11. Assim, sendo o processo um movimento constante tendente a atingir a integral prestação jurisdicional, constitui a preclusão em fundamental técnica jurídica processual, já que proporciona à atividade jurisdicional elementos como a racionalidade, ordenação simplificada do processo e, principalmente, garantindo que sua finalidade seja alcançada em tempo razoável, e, por conseguinte, efetivando-o.
12. Por outro lado, a preclusão não pode ser levada ao exagerado rigor, inviabilizando outras importantes garantias do devido processo legal. Necessário se faz, portanto, que o magistrado leve em consideração os dados de cada caso.
13. Torna-se, desse modo, a preclusão em essencial técnica jurídica processual, cuja finalidade é evitar o alongamento em demasia do procedimento, bem como importante instrumento limitador do exercício abusivo dos sujeitos processuais, obstruindo o retrocesso e a insegurança jurídica.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “Preclusão (Processo Civil)”. *Saneamento do processo. Estudos em homenagem ao Prof. Galeano Lacerda*. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. (Org.). Porto Alegre: Sergio Antônio Frabris Editor, 1989.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BIDART, Adolfo Gelsi. “Tutela procesal ‘diferenciada’”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, n. 44, p. 100-105.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. LICHTSCHEIN, Miguel Angel Rosas (Trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. v. I.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. BATISTA, Adrián Sotero de Witt (Trad.). São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.
- CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil”. *Leituras Complementares de Direito Civil: o Direito Civil Constitucional em concreto*. FARIAS, Cristiano Chaves de. (Org.). Salvador: JusPODIVM, 2007.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007. v. I.
- _____. *Pressupostos processuais e condições da ação. O juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. “Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”. *Gênese – Revista de direito processual civil*. n. 21. Curitiba: jul/set de 2001.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 1. ed. NASSIF, Elaine (Trad.). Campinas: Bookseller, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GIANNICO, Maurício. *A preclusão no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- GOLDSCHMIDT, James. *Principios Generales del Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. “A Tutela Mandamental como Manifestação do Princípio Constitucional da Efetividade do Processo”. *Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. t. 6.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Efetividade do processo e técnica processual”. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Breves apontamentos sobre o instituto da preclusão”. *Leituras Complementares de Processo Civil*. DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Org.) 5. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007.
- _____. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.
- NUNES, Dierle José Coelho. “Preclusão como fator de estruturação do procedimento”. *Estudos continuados de Teoria do Processo*. LEAL, Rosemiro Pereira. (Coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004. v. 4.

PASSOS, J. J. Calmon. “Instrumentalidade do Processo e o Devido Processo Legal”.
Revista de Processo. n. 102. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho de 201.

TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro iudicato não significa preclusão para o juiz*.
Disponível em <http://www.tex.pro.br/>. Acesso em: 08 set. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A preclusão no processo civil”. *Revista de Processo*.
n. 784. São Paulo: Revista dos Tribunais, fevereiro de 2001.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Salvador:
JusPODIVM, 2006.

XI

ABUSO DO PROCESSO E ADVOCACIA PÚBLICA

José Reis Neto

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; membro do grupo de pesquisa Acesso à Justiça. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Os deveres processuais de lealdade e boa-fé – 3. Abuso do processo. Noções gerais – 4. Sujeitos do abuso do processo – 5. A Fazenda Pública em juízo: representação ou apresentação? – 6. Atuação da Fazenda Pública em juízo e abuso do processo – 7. Conclusão – 8. Referências

RESUMO: O objetivo do artigo é demonstrar a impositividade dos deveres processuais de boa-fé e lealdade à Fazenda Pública e, por conseguinte, a possibilidade de esta abusar do processo. Para tanto, iniciou-se exaltando a utilização de institutos que permitem a abertura do sistema, focando-se então os deveres processuais de boa-fé e lealdade, cujo descumprimento acarreta o abuso do processo. Apresentou-se um delineamento deste, concluindo-se serem os advogados os maiores responsáveis pelo abuso do processo. Na seqüência, tratou-se da representação e da apresentação do Estado em juízo, com a tese de ambas competem aos seus procuradores, fato que amplia o compromisso destes. Por fim, demonstrou-se a aplicabilidade do abuso do processo à Fazenda Pública, ressaltando algumas peculiaridades do tratamento dispensado a esta.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to demonstrate that the Public Administration is for-

ced to respect the procedural duties of *bona fides* and loyalty and, therefore, the possibility of the state to abuse of process. For this, it starts with a praise of institutes that allow an opening of the system, focusing then the procedural duties of *bona fides* and loyalty, whose noncompliance carries the process abuse. It is made a design of the process abuse, concluding that lawyers are the greatest responsables for it. In sequence, it is analysed the representation and the presentation of the Public Administration in court, with the thesis that both compete to their prosecutors, a fact which extends the commitment of these. Finally, it is shown the applicability of the process abuse for Public Administration, focusing some peculiarities of it.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; abuso; fazenda pública.

KEYWORDS: process; abuse; public administration.

1. INTRODUÇÃO

Antônio Menezes Cordeiro (2002, p. XV-XVI) ensina que:

O formalismo e o positivismo, apresentados, respectivamente, como o predomínio de estruturas gnoseológicas de tipo neo-kantiano e *como a recusa*,

na Ciência do Direito, de considerações não estritamente jurídico-positivas, constituem o grande lastro metodológico do século vinte. (Grifamos)

Percebeu-se, contudo, que esse modelo de ciência jurídica não poderia corresponder aos anseios da sociedade contemporânea, marcada pela complexidade, em razão de uma série de fatores¹. Esse fato gerou a busca por um novo modelo, que ainda está se desenhando, e que Luís Roberto Barroso (2007, p. 1) denomina de *pós-positivismo*.

Barroso (2007, p. 1) situa o pós-positivismo na confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo, em que se opera a substituição de modelos “puros” por “um conjunto difuso e abrangente de idéias”, no qual se harmonize tanto quanto possível a segurança do direito positivo e elementos que permitam a abertura axiológica do sistema. Destacam-se, nesse “projeto inacabado”:

[...] a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. [...] (BARROSO, 2007, p. 01)

O direito processual civil, como não poderia deixar de ser, também recebeu influência desse movimento, havendo a consagração legislativa, doutrinária e jurisprudencial de diversos institutos que autorizam a abertura² do sistema, de modo conferir-lhe fluidez³, possibilitando a adequação da rigidez do direito positivo às imposições do caso concreto e aos imperativos da ética.

Dentre esses institutos encontra-se o dever de proceder com lealdade e boa-fé (CPC, art. 14, inc. II⁴), aqui compreendido como uma cláusula geral⁵, que por

1. Para uma visão mais detalhada da crise do formalismo e do positivismo, cf. Menezes Cordeiro, 2002.
2. Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 103) lembra que não há unanimidade na utilização que se faz da expressão “abertura do sistema”, havendo quem sustente que os sistemas jurídicos abertos são os construídos casuisticamente pela jurisprudência, em oposição àqueles outros fundados na idéia de codificação. Outra acepção, também lembrada por Canaris (p. 104), aproxima o conceito de abertura do sistema dos de “incompletude, [...] capacidade de modificação e [...] modificabilidade do sistema”. Adotamos, no particular, o entendimento de Bertalanffy (apud S. MELLO, 2004, p. 57), que – escrevendo sobre os sistemas em geral e não sobre o sistema jurídico – assentou ser aberto o sistema que “*intercambia materia con el medio circulante, que exhibe importación y exportación, constitución y degradación de sus componentes materiales*”.
3. Sobre a fluidez conferida por normas de estrutura aberta, mais especificamente cláusulas gerais, cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto; FERRONATTO, Rafael Luiz; FERRETO, Karine, 2006.
4. Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) [...] II – proceder com lealdade e boa-fé;
5. “Cláusulas gerais: São tipos normativos estruturais orientadores – diretrizes dirigidas ao juiz. Apresentam caráter genérico e abstrato. Distinguem-se dos conceitos indeterminados, pois aqueles já indicam soluções pré-estabelecidas em lei, cabendo ao juiz apenas aplicá-las. Sua finalidade é dar maior mobilidade ao sistema. Têm função instrumentalizadora, que deve ser integrada. Caracterizam-se como regras estruturais.” (LUNARDI, 2006, p. 154)

expressa disposição legal abrange não apenas as partes, mas “todos aqueles que de qualquer forma participam do processo”.

2. OS DEVERES PROCESSUAIS DE LEALDADE E BOA-FÉ

O art. 14, inc. II, do CPC consagrou no direito processual civil positivo a obrigatoriedade de boa-fé e lealdade no trato processual.

Cabe perquirir se a referência à boa-fé abrange suas dimensões objetiva e subjetiva⁶, no que o conceito de lealdade pode oferecer importante subsídio.

Nesse sentido, mostra-se útil o magistério de Celso Hiroshi Iocohama (2006, p. 42), para quem “o estudo da lealdade está implicitamente ligado à boa-fé e à compreensão de que uma completa a outra (quando não se confundem)”.

De acordo com Iocohama (2006, p. 45), lealdade se confunde com boa-fé objetiva, “pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito”; de modo que ao se estudar a boa-fé objetiva incorpora-se igualmente o estudo indireto da lealdade⁷⁻⁸.

Apenas a boa-fé subjetiva se distingue do dever de lealdade, estando também esta abrangida pelo dispositivo. Primeiro em virtude de essa dimensão ser consagrada há mais tempo, de modo que se alguma estivesse excluída do dispositivo seria a boa-fé objetiva. Depois porque nada há que autorize o entendimento contrário.

A desobediência ao dever de lealdade e boa-fé dá origem ao que se convencionou chamar de abuso do processo.

6. Menezes Cordeiro (2001, p. 23-24) anota que o Código Civil português trabalha com a boa-fé em duas acepções: subjetiva e objetiva. A primeira relaciona-se com estados relativos à pessoa; enquanto a boa-fé objetiva é “algo exterior ao sujeito, que se lhe impõe”, e que a lei nunca define. O doutrinador português (2001, p. 632-660) sugere a compreensão da boa-fé objetiva como regra de imposição de conduta ética aos sujeitos de direito nos negócios jurídicos (“dever de actuar segundo a boa fé”).
7. É possível que o legislador de 1973 haja previsto tanto o dever de lealdade quanto o de boa-fé por não estar familiarizado com a noção de boa-fé objetiva. Estas considerações, contudo, possuem maior relevância entre os que buscam na lei a vontade do legislador, corrente já superada, no entendimento do articulista. Considerando os textos devem fornecer normas consonantes com o momento de aplicação, não pode haver dúvida que ao consagrar a boa-fé fala-se em ambas as suas dimensões, subjetiva e objetiva, funcionando o dever de lealdade como reforço da última.
8. Há quem veja distinção entre lealdade de boa-fé objetiva. Assim Brunela Vicenzi (2003), que após usar os termos indistintamente (p. 24), menciona a lealdade como imposição/decorrência da boa-fé objetiva, entendida esta como cláusula geral.

3. ABUSO DO PROCESSO. NOÇÕES GERAIS

Para Danilo Vieira Vilela (2006, p. 79), o abuso do processo:

[...] pode, perfeitamente, ser vislumbrado sob a óptica do abuso do direito, já que nada mais é que uma decorrência de um excesso no exercício de um direito, ferindo seus fins econômicos e sociais, nos moldes do art. 187 do novo Código Civil.

Há quase consenso de que o abuso do processo origina-se do abuso de direito e recebe desta doutrina importantes subsídios⁹. Todavia, consoante adverte Carolina Bonadiman Esteves (2006, p. 100), “a expressão *direito subjetivo processual* não tem sido utilizada, e, sim, substituída por algumas das denominadas *situações* ou *posições jurídicas* subjetivas”.

Helena Abdo (2007, p. 100) sustenta que a preferência pelo conceito de situação jurídica justifica-se por ser este mais restrito que o de direito subjetivo, e explica:

[...] o sujeito pode abusar de um determinado *poder* processual que não configura, isoladamente considerado, um direito subjetivo processual. Pode ainda abusar de um ônus processual, conceito que não se coaduna perfeitamente com aquele de direito subjetivo.

Pode-se afirmar, contudo, sem se aprofundar na discussão, que aquilo que se entende por direito subjetivo processual está sempre traduzido em uma ou mais situações jurídicas processuais. [...]

Esta última autora, por sinal, dedicou trabalho monográfico à sistematização do abuso do processo no direito brasileiro, extraindo conclusões relevantes. Além de assentar que a teoria do abuso do processo é oriunda do abuso de direito e que o objeto do abuso no processo são as situações ou posições jurídicas, definiu que os sujeitos do abuso são os mesmos da relação processual (p. 99-102), questão esta que será retomada adiante.

Abdo (2007, p. 250) assentou sua teoria sobre o *desvio de finalidade*, considerado “o principal elemento identificador do abuso do direito [...], o qual pode¹⁰ vir acompanhado de outros elementos, reveláveis, em sua maioria, apenas à luz do caso concreto”.

Com a devida vênia, a principal divergência deste trabalho em relação à doutrina de Helena Abdo diz respeito ao elemento fundamental do abuso do

9. Cf. ABDO, 2007, p. 25-46; ESTEVES, 2006, p. 97-98.

10. Entenda-se este “pode” como “deve”, pois ao se dedicar especificamente à necessidade de complementação deste critério Abdo (2007, p. 92-98) sustentou de forma incisiva que a complementação é necessária.

processo, que na concepção aqui adotada reside nos deveres processuais de lealdade e boa-fé, conforme anteriormente referido.

Abdo (2007, p. 87-88) entende que nem todo uso da norma (ainda que a viole) constitui atuação abusiva, que somente se verifica quando a parte se vale de um determinado expediente “para *tumultuar* o feito”. A autora esclarece no mesmo trabalho (p. 92) que a exclusividade do critério do desvio de finalidade “reduziria sobremaneira a aplicação da teoria do abuso do processo”, além de ser problemático “quando a *lei* não prevê expressamente a que *fim* exatamente destina-se determinado poder ou faculdade conferidos a um sujeito”.

Outras dificuldades também apontadas para a teoria da centralidade do desvio de finalidade (ABDO, 2007, p. 93) são: (a) nem toda utilização de uma situação jurídica processual fora de sua finalidade ou função típica é abusiva; (b) “a concepção puramente finalista não se coaduna com o sistema brasileiro, que consagra princípios como a *atipicidade da garantia da ação e fungibilidade recursal*”.

Diante disso, Helena Abdo (2007, p. 92-98) entende que outros critérios devem ser combinados à noção de desvio de finalidade para a caracterização do abuso, examinando alguns deles e autorizando a aplicação de outros. De todo modo, são considerados acréscimos, parâmetros *externos* para a interpretação do desvio de finalidade.

Pergunta-se, contudo: afinal, em havendo violação ao dever de lealdade e boa-fé na atuação dos sujeitos processuais, sendo esse princípio verdadeira cláusula geral, estruturante de todo o procedimento, não haverá necessariamente desvio de finalidade?

Helena Abdo (2007, p. 141-144) não se furtou ao enfrentamento dessa questão, concluindo que:

No que diz respeito especificamente aos deveres de lealdade processual e de veracidade, pode-se dizer que a respectiva infração corresponde quase que automaticamente à prática do abuso do processo, tendo em vista a íntima ligação entre tais deveres e as finalidades do processo e do próprio ordenamento jurídico [...].

Como visto, a violação aos deveres processuais de lealdade e boa-fé constitui abuso do processo – para o articulista, a relação é necessária, e não “quase automática” –, e sempre implica desvio de finalidade. Além disso, não se consegue conceber uma hipótese de abuso em que a violação a esses deveres não esteja presente.

Por outro ângulo, como visto, o conceito de desvio de finalidade isoladamente não serve para a verificação do abuso do processo.

Por que, então, insistir com a noção de desvio de finalidade como elemento central para o abuso? Não se consegue atinar com a razão.

Talvez as noções de lealdade e boa-fé processual sejam consideradas demasiado subjetivas. Mas também não pode haver clareza quanto ao que seja uma conduta que se desvia de sua finalidade. Além disso, o atual momento histórico e social demanda a utilização de institutos jurídicos mais flexíveis, que permitam a busca de soluções justas e adequadas a cada caso concreto.

Ressalte-se, por fim, que o abuso do processo pode ser macroscópico – “ocorre quando o sujeito faz mal uso do processo como um todo, da tutela jurisdicional globalmente considerada” (ABDO, 2007, p. 189) – ou microscópico – “utilização abusiva de mecanismos processuais específicos diversos da ação e da defesa” (ABDO, 2007, p. 199) –.

4. SUJEITOS DO ABUSO DO PROCESSO

Com apoio no multicitado trabalho de Helena Najjar Abdo (2007, p. 48), pode-se afirmar que:

Os sujeitos do abuso do processo são, naturalmente, os *sujeitos da relação jurídica processual*. Ou melhor: os sujeitos de *qualquer* relação jurídica processual, não importando se tal relação insere-se em um processo de conhecimento, de execução ou mesmo se segue um procedimento de jurisdição voluntária.

O motivo, ainda segundo a autora citada, é que “somente os *sujeitos processuais* são titulares de *situações jurídicas processuais*, as quais constituem o verdadeiro objeto de abuso do processo” (p. 48). Mesmo que *todos os sujeitos*¹¹ possam praticar abuso, “segundo a experiência prática e a doutrina especializada, o terreno mais fértil para a ocorrência de abusos no processo civil é a atuação das *partes*¹²” (Abdo, 2007, p. 21).

11. “Como ensina Taruffo, *todos os sujeitos* que compõem a relação processual podem fazer mau uso de *poderes* ou outro tipo de *liberdade* de que sejam titulares, cometendo, portanto, algum tipo de abuso processual. Assim, também o juiz e o órgão do Ministério Público podem cometer abuso” (ABDO, 2007, p. 49-50).
12. De acordo com Athos Gusmão Carneiro, (2003, p. 3) “[...] as partes, por definição, são sujeitos ‘interessados’, são *parciais*.” Continua o autor (p. 4) dizendo que: “as doutrinas atuais buscam o conceito de parte apenas *no processo*, não na relação substancial deduzida em juízo”, para concluir (p. 5) que “cuida-se, esclareceu José Francisco de Miranda Leão, ‘de conceito pura e eminentemente processual. Não se trata de perquirir a relação de direito material, nem mesmo de analisar a legitimidade ou ilegitimidade do interessado em razão desta; o autor é parte, neste sentido, desde o momento em que ajuíza sua demanda, e parte será até o

Sucedo que, na *comunidade processual típica*¹³, a interação ocorre não entre as partes e tribunal, mas entre os mandatários das partes (advogados) e o tribunal, dado que “é muitas vezes relegado para segundo plano ou mesmo omitido na análise de matérias gerais relativas aos actos de processo” (SILVA, 2003, p. 323).

Paula Costa e Silva (2003, p. 324-325) elenca quatro razões que justificam a necessidade de as partes serem auxiliadas por advogado, dentre as quais uma que interessa ao presente trabalho:

[...] os benefícios inerentes a uma justiça tardia. E aqui o mandatário judicial pode ter um papel a desempenhar. Conhecendo todos os meios legais que permitem retardar o proferimento de uma decisão e, subsequentemente, o efeito de caso julgado, e ciente dos modos de salvaguardar atempadamente o património do devedor inadimplente da execução, auxiliará a parte que pretende furtar-se à acção da justiça a conseguir os seus intentos. [...]¹⁴

Essa conduta constitui, indubitavelmente, abuso do processo, na medida em que tal comportamento afasta-se da ética e, por conseguinte, fere a boa-fé objetiva (=lealdade processual).

A representação por advogado, além de dar azo ao comportamento patológico acima referido, também afasta relativamente a parte “do decorrer concreto da acção”, sendo “a esmagadora maioria dos actos processuais [...] praticada pelo advogado sem qualquer conhecimento da parte relativamente ao respectivo conteúdo” (SILVA, 2003, p. 329-330).

Como visto acima, o abuso do processo incide sobre as situações jurídicas subjetivas, principalmente das partes. Sucedo que, a prevalecer a afirmação feita no parágrafo anterior, de que a maioria das situações jurídicas processuais são exercidas pelo advogado sem conhecimento ou consentimento da parte, chegar-se-ia à conclusão de que os principais responsáveis pelo abuso do processo são os mandatários.

De fato, assim o é. Ada Pellegrini Grinover (apud ABDO, 2007, p. 177) referenda esse entendimento. Nessa medida, quando se disse acima que as partes são o principal pólo de verificação do abuso processual, é preciso entender como parte o conjunto formado por representante e representado.

final, mesmo que a sentença venha a declará-lo ‘parte ilegítima’. Ilegítima, mas parte’. E o réu, este adquire a qualidade de parte pela citação, ‘e a adquire queira ou não queira’.”

13. A expressão é de Paula Costa e Silva (2003, p. 323).

14. A autora não aprova este comportamento. Tanto assim que defende o princípio do cooperação, o qual “vem a reflectir-se na imputação de situações jurídicas aos diversos intervenientes processuais, que visam uma actuação colaborante ao longo do processo”, e “tem em vista a obtenção, com brevidade e eficácia, da justa composição do litígio” (SILVA, 2003, p. 590).

Essa é a melhor maneira de conciliar a alta incidência de abuso do processo pelos advogados com a premissa de que apenas os sujeitos da relação jurídica podem abusar do processo.

Esta conciliação é considerada difícil por Helena Abdo (2007, p. 175), uma vez que, para ela, os advogados somente se inserem na categoria de parte quando postulam em causa própria.

Para corroborar a proposta de solução acima apresentada, vale recorrer às lições de Paula Costa e Silva (2003, p. 330 e ss.) que, sem enfrentar especificamente a questão do abuso do processo, assevera que o advogado não é um simples nuncio da parte, e sim representante, cuja vontade interfere ou é decisiva no exercício das situações processuais. Desse modo:

O pressuposto do regime do art. 259 do CC¹⁵ é a autonomia do representante. Sabendo-se que a sua actuação não é integralmente ditada por uma vontade previamente formada pelo representado, conclui-se que a vontade do representante é determinante na conformação final do acto que pratica em nome do representado. (SILVA, 2003, p. 337)

De qualquer modo, ainda que não se considere o advogado como parte, é indubitável que se lhe aplica o art. 14, inc. II, do CPC, porquanto a redação deste dispositivo o torna bastante abrangente.

As conseqüências relativas ao abuso do processo, contudo, serão diversas se o ato for praticado pela parte ou por advogado¹⁶. Esse tema será parcialmente retomado adiante, no que diz respeito à advocacia pública.

5. A FAZENDA PÚBLICA¹⁷ EM JUÍZO: REPRESENTAÇÃO OU PRESENTAÇÃO?

Marcos Bernardes de Mello (2000, p. 36) adverte que:

[...] Constitui grave equívoco a afirmativa de que as pessoas jurídicas seriam processualmente incapazes, uma vez que esses entes não são *representados*

15. Código Civil Português:

ARTIGO 259º (Falta ou vícios da vontade e estados subjectivos relevantes)

1. À excepção dos elementos em que tenha sido decisiva a vontade do representado, é na pessoa do representante que deve verificar-se, para efeitos de nulidade ou anulabilidade da declaração, a falta ou vício da vontade, bem como o conhecimento ou ignorância dos factos que podem influir nos efeitos do negócio.

2. Ao representado de má fé não aproveita a boa fé do representante.

16. Para maiores detalhes, cf. ABDO, 2007, p. 175-183.

17. “O uso freqüente do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a adotá-la num sentido mais lato, traduzindo a atuação do Estado em juízo.” (CUNHA, 2007, p. 15).

(como de ordinário, mas impropriamente, mencionam as leis referindo-se à *representação das pessoas jurídicas*) por seus órgãos, mas *presentados*. O órgão da pessoa jurídica *presenta-a*, o que vale dizer que é a pessoa jurídica, ela própria, quem atua e não alguém por ela (=representação). O ato praticado é da pessoa jurídica, não do órgão. Assim, a presença das pessoas jurídicas, em juízo, por ser através de órgão, é da própria pessoa jurídica, porque não há *representação*, mas *apresentação*. Quem comparece a juízo é a própria pessoa jurídica, não o órgão a representando.

Não se trata, no contexto acima, de representação como suprimento da capacidade postulacional (representação por advogado). A representação ali mencionada diz respeito à substituição do indivíduo que não possui capacidade processual por outrem, definido em lei, que age no processo na defesa do interesse do incapaz.

Fixada esta premissa, chega-se, então, à questão de quem apresenta a pessoa jurídica de direito público em juízo.

Leonardo Cunha (2007, p. 20) anota que a “representação”¹⁸ judicial da Fazenda Pública “é feita, via de regra, por procuradores judiciais que são titulares de cargos públicos privativos de advogados regularmente inscritos na OAB, detendo, portanto, capacidade postulatória”¹⁹.

Sustenta-se aqui, no entanto, que quando a atuação em juízo da Fazenda Pública é responsabilidade de funcionário público, concursado ou ocupando cargo em comissão, que possui competência funcional para velar por estes interesses, a hipótese é de *apresentação*.

De início, cumpre esclarecer que “competência funcional constitui a capacidade de direito público atribuída a titular de função ou cargo públicos que o habilita a praticar atos jurídicos de exercício de poderes e atribuições inerentes ao órgão público a que aquele cargo ou função diga respeito” (M. MELLO, 2000, p. 34).

As diversas procuradorias dos entes públicos são os órgãos aos quais incumbe a atuação processual, seara em que não se submetem a ninguém que se encontre fora destes órgãos.

Tome-se, a título de exemplo, a Advocacia-Geral da União, a quem a própria Constituição Federal atribui competência para velar pelos interesses da União em juízo (art. 131, *caput*).

18. O autor citado não utiliza as aspas na passagem citada, embora trabalhe com a distinção entre apresentação e representação em outros momentos. Cf. CUNHA, 2007, p. 18-29.

19. A exceção é a “representação” dos municípios, feita por seu procurador ou por seu prefeito, na forma do art. 12, inc. II, do CPC. Nesses casos, o prefeito deve constituir advogado, ainda que esteja regularmente inscrito na OAB (CUNHA, 2007, p. 26).

Evidentemente, o fato de o procurador (ou o prefeito) exercer a apresentação da pessoa jurídica de direito público não lhe confere poderes ilimitados, haja vista que as competências funcionais são estabelecidas em lei (princípio da legalidade).

A constatação de que o procurador apresenta a pessoa jurídica amplia muito sua responsabilidade. Deve o mesmo perceber que sua atuação não está vinculada a ninguém que não possua superioridade hierárquica em sua área de competência, ou seja, o procurador-geral do órgão²⁰.

Com isso, possibilita-se que o processo seja um espaço de diálogo entre o cidadão e um dos diversos órgãos por meio dos quais o Estado atua, viabilizando o exercício de uma função política pelo o procurador. Um diálogo eficiente neste âmbito oferece, inclusive, a possibilidade de decisões mais próximas ao problema, e pode até lograr legitimidade em razão do procedimento²¹.

Como já mencionado, os poderes de apresentação dos procuradores não são ilimitados, mas taxativamente expressos em lei. A excessiva restrição aos poderes destes, notadamente daqueles referentes ao reconhecimento da procedência do pedido, configura uma opção política, e não um imperativo democrático.

Recorde-se, por exemplo, que a forma de ingresso na Advocacia-Geral da União – concurso público de provas e títulos (CF, art. 131, § 2º) – dá-se do mesmo modo que o acesso às carreiras da magistratura (CF, art. 93, inc. I). E nem por isso se nega aos magistrados função política e legitimidade democrática²².

Se o magistrado, sujeito imparcial que possui qualificação praticamente idêntica à do procurador, pode deferir o que a parte deseja, por que não se confere aos procuradores a prerrogativa de, através do devido processo legal administrativo, prescindir da via judicial, ou, ao menos, de deixar de apresentar defesa ou recurso, em certas hipóteses?

A única resposta que ocorre é que o Poder Público não se preocupa como deveria dos princípios da moralidade e da eficiência quando o assunto é assumir obrigação em razão de uma sua conduta.

20. O Chefe do Executivo pode eventualmente possuir a prerrogativa de exonerar o procurador-chefe, o que acaba gerando uma subordinação de fato.

21. “O uso dos termos legitimação e legitimidade [...] demonstra que eles não devem ser confundidos. A legitimação está relacionada ao fato de uma decisão ser tomada por seus destinatários como dotada de autoridade. A legitimidade, diversamente, exige que uma determinada decisão apresente-se em conformidade com algum padrão de justiça ou correção. Num caso, está em jogo um juízo fático; noutro, um juízo normativo.” (MARINONI, 2008, p. 555)

22. Cf. CUNHA JR., 2004, p. 381 e ss.

O risco de corrupção não pode ser oposto como argumento: bastaria, para que esse sistema fosse seguro, a criação de um órgão eficiente de controle, não podendo o Estado se furtar de tal tarefa se a mesma pode representar formas de garantir mais celeremente expectativas legítimas dos cidadãos. Até porque o Poder Judiciário não pode ser encarado como opção prioritária no contato entre Estado e cidadãos.

Ainda que os procuradores devam defender os interesses do ente ao qual estão vinculados, dentro dos limites que lhes são impostos por lei, estão igualmente adstritos ao deveres processuais de lealdade e boa-fé, porquanto abrangidos, em regra, pelo CPC. Ainda que não estivessem, a principiologia que rege a atuação da Administração Pública como um todo (CF, art. 37), lhes impõe o dever de moralidade.

Chega-se, aqui, à conclusão parcial de que os procuradores são agentes políticos, que possuem obrigações éticas no processo tanto do ponto de vista da cláusula geral do dever de lealdade e boa-fé como em razão da principiologia constitucionalmente fixada para balizar a atuação dos órgãos públicos, que impõe, dentre outros, o dever de moralidade.

6. ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E ABUSO DO PROCESSO

A Fazenda Pública se submete aos deveres processuais de lealdade e boa-fé, e, conseqüentemente, pode abusar do processo se os descumprir. Esta assertiva se mantém mesmo não sendo a disciplina destes institutos idêntica à aplicável aos particulares, em razão de peculiaridades próprias ao trato da coisa pública ou diante do papel dos procuradores – mais que mandatários, são representantes no processo do órgão ao qual estão vinculados.

Examinaremos, na seqüência, algumas dessas peculiaridades.

Pode-se pensar em opor à atuação processual leal e de boa-fé das procuradorias o princípio da indisponibilidade dos interesses e bens públicos. José dos Santos Carvalho Filho (2003, p. 22) é um dos que defendem este princípio, ao fundamento de que à Administração e aos agentes cabe apenas a gestão dos bens, que pertencem à coletividade.

Ainda que se admita ser a indisponibilidade princípio administrativo, não se pode conceber que os entes públicos estariam liberados do seu dever de lealdade quando isso implicasse reconhecimento da procedência do pedido.

Afinal, além de ser dever do Estado como um todo propiciar solução rápida e justa das demandas – dever este que prevaleceria em confronto com o princípio acima, mesmo porque corroborado pelos princípios da legalidade, igualdade etc. –, reconhecer eventual erro que imponha dever de indenizar não é disposição: é obediência à lei.

Ressalte-se o que já foi dito anteriormente, sobre o papel político dos procuradores e sobre suas competências funcionais na seara processual.

Paula Costa e Silva coloca como justificção psicológica para a representação por advogado a falta de “distanciamento adequado em relação à situação litigiosa”, que em regra obstaría “a serenidade adequada ao bom desempenho processual” (2003, p. 237).

Como visto, o procurador é o ente público no processo, mas nem por isso seria razoável imaginar que o mesmo não possuísse o distanciamento adequado, em regra.

Também se pode inserir, aqui, o fato de que os procuradores possuem – em regra – autorização legal para desempenhar sua atividade, sendo o comum nesses casos que os processos sejam distribuídos entre os diversos integrantes da carreira conforme critérios internos do órgão. O vínculo, portanto, entre o ente e seu representante é funcional, e não oriundo de um contrato de mandato.

Esse fato faz que a punição processual por abuso do processo consistente na alteração do procurador que venha a ser criada não se constitua em ofensa ao direito de liberdade de quem quer que seja. Trata-se, em verdade, de medida simples, eficiente e, em regra, gratuita, mas cuja aplicação aos particulares seria, no mínimo, de constitucionalidade discutível.

Outra questão que não pode ser ignorada diz respeito à responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes (CF, art. 37, § 6º), o que derrubaria a necessidade de dolo ou culpa para aplicação de sanção por abuso do processo nesses casos, mesmo para quem defende o elemento subjetivo integra a estrutura do abuso²³.

Há, ainda, o problema da aplicabilidade e do destinatário da pena de multa no caso do abuso do processo. Se a pena de multa reverte para a outra parte, possuirá, ainda que de modo secundário, caráter indenizatório, sendo aplicável. No caso em que a multa reverte para o órgão jurisdicional, contudo, a questão é menos simples.

23. Cf. ABDO, 2007, p. 115-122. A autora expõe os argumentos dos defensores dessa corrente, à qual não adere.

Por outro ângulo, a multa deve ser aplicada ao ente, ao agente ou a ambos? Parece que se aplica aqui a disciplina geral da responsabilidade do Estado por ato dos agentes: o ente responde, resguardando-lhe eventual ação regressiva, se for o caso. Mas o agente, além das sanções civis e administrativas, sujeita-se igualmente a punição da OAB (CPC, art. 14, parágrafo único).

7. CONCLUSÃO

A Constituição Federal impõe à Fazenda Pública que atue de acordo com princípios éticos, ao instituir a moralidade como princípio da atuação administrativa.

Procurou-se demonstrar no presente trabalho que a dimensão ética também permeia a atuação processual da Fazenda Pública, impondo-se-lhe os deveres processuais de lealdade e boa fé, cujo descumprimento origina o abuso do processo. Esses institutos aplicam-se à Fazenda Pública, adquirindo nesta seara algumas peculiaridades – algumas das quais ressaltam a aplicabilidade da teoria –.

A questão é relevante: sendo a Fazenda Pública a parte ou interveniente em uma imensidão de processos, a consciência da obrigação de atuação processual ética pode importar numa solução mais justa e célere para todos os interessados (a expressão aqui é utilizada em sentido amplo, e não no sentido técnico-processual).

Quem sabe essa atuação não ajude a popularizar alguns dos postulados do pós-positivismo, permitindo o avanço de nossa ciência jurídica como um todo.

8. REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O abuso do processo*. São Paulo: RT, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/text.asp?id=7547>>. Acesso em: 01 mar 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Tradução A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. Introdução à edição portuguesa. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistémico e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 3ª ed. Lisboa (POR): Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. IX- CXIV.
- CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.
- ESTEVES, Carolina Bonadiman. Abuso do direito e abuso do processo: existem recursos manifestamente protelatórios? In: MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Questões processuais do novo código civil*. Barueri: Minha Editora; Vitória: ICE – Instituto Capixaba de Estudos, 2006, p. 89-130.
- ICONOHAMA, Celso Hiroshi. *Litigância de má-fé e lealdade processual*. Curitiba: Juruá, 2006.
- LUNARDI, Soraya Regina Gasparreto. A sentença determinativa re-conhecida. In: NERY, Rosa (coord.). *Função do Direito Privado no atual momento histórico*. São Paulo: RT, 2006. P. 149-168.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do estado constitucional. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coords.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em direito. *Direitos e deveres*. Maceió: Imprensa Universitária, UFAL, 2000, n. 4 (jan./jun. 1999), p. 9-40.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *Direito penal: sistemas, códigos e microsistemas*. Curitiba: Juruá, 2004.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto; FERRONATTO, Rafael Luiz; FERRETO, Karine. Cláusulas gerais e sensibilidade comunicativa: direitos fundamentais privados na sociedade global. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2006, n. 25, p. 250-270.
- VILELA, Danilo Vieira. Abuso do direito no novo código civil e o abuso processual. In: MAZZEI, Rodrigo (coord.). *Questões processuais do novo código civil*. Barueri: Minha Editora; Vitória: ICE – Instituto Capixaba de Estudos, 2006, p. 70-88.
- VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

XII

O MOMENTO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDI- CIONAL COMO MÉTODO DE PROMOÇÃO EM CARÁTER ESPECÍFICO DA BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL

Manuel Albuquerque Jr.

Mestrando em direito público pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Instituto Rômulo Almeida de Altos Estudos. Advogado.

RESUMO: O presente trabalho analisa as técnicas de sumarização do procedimento e de antecipação dos efeitos do provimento final como métodos de concretização do Princípio da Boa-Fé Objetiva processual na medida em que reprime o exercício abusivo de posições jurídicas, particularmente o abuso tendente a protelar o processo, em caráter de máxima coincidência e não apenas ressarcitório.

ABSTRACT: This work examines the techniques of summarization of the procedure and the anticipation of the effects of the final provision as methods to implement the Principle of procedural Objective Good-Faith as far as represses

the improper exercise of legal positions, particularly the abuse for to delay the proceedings, in maximum coincidence character and not just indenizacional way.

PALAVRAS-CHAVES: Sumarização do procedimento; Tutela antecipada; Abuso de posições processuais; Boa-fé Objetiva processual; Tutela específica da Boa-fé Objetiva processual.

KEYWORDS: Summarization of the procedure; Early Decision; Abuse of procedural positions; Procedural Objective Good-Faith; Guardianship specific of the procedural Objective Good-Faith.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Contextualização do problema – 3. A boa-fé objetiva: 3.1 A boa-fé objetiva processual, a proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais e o dever de não protelar o processo; 3.1.1. Exercício inadmissível de posições jurídicas – 4. Tutela antecipada: 4.1. Tutela específica – 5. A tutela antecipada como método de concretização em caráter específico da boa-fé processual na medida em que impede o exercício inadmissível de posições jurídicas: 5.1. hipóteses – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a técnica da antecipação de tutela como mecanismo de concretização do dever de não gerar protelações indevidas no processo, corolário da boa-fé objetiva processual.

Não apenas isso, dá-se um destaque especial para o caráter específico da tutela conseguida por meio deste mecanismo. Ao se dirigir para o judiciário o jurisdicionado deseja a tutela jurisdicional material, ou seja, o bem da vida. Quando um dos litigantes utiliza as oportunidades que lhe são concedidas para atuar no processo com intuito unicamente protelatório se faz necessário mecanismo eficaz de anulação daquela conduta.

Desta forma, tem-se na antecipação dos efeitos da tutela um meio de se efetivar a boa-fé objetiva processual, na qual está inserido o dever de não realizar protelações indevidas, na medida em que anula os efeitos perniciosos imediatos da postergação.

Havendo no processo uma disputa por interesses jurídicos, o mecanismo supracitado anula a eficácia das protelações indevidas na medida em que satisfaz o interesse daquele que seria vítima do atraso. Ou seja, aquele que demonstra razoabilidade no seu pleito e que acusa intuito meramente postergatório do oponente. Isto sem prejudicar o contraditório e o devido processo legal já que a técnica da tutela antecipatória é aplicada em hipóteses específicas e sem prejuízo da oportunidade para se manifestar do litigante.

Para uma exata compreensão da conexão e conseqüências da tutela antecipada como meio de efetivação da boa-fé objetiva este ensaio discorre sobre o abuso de posições jurídicas, princípio da boa-fé objetiva e a técnica processual mencionada, para que ao final se chegue às conclusões devidas.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA

O processo é um rito de atos sob contraditório com finalidade apurativa e assertiva de direitos, previsto e organizado para solucionar o conflito que é trazido ao Estado e que lhe constitui o objeto principal. Esse rito demanda ordem e rapidez para que seus resultados sejam satisfatórios e atenda aos seus escopos.

O processo é uma marcha para frente¹, objetivando sempre o alcance da prestação jurisdicional² que foi prometida pelo Estado ao vedar a autotutela nos conflitos de interesse que não se compoñham por espontaneidade das partes.

A prestação em si trata-se da resposta material do Poder Público instituído ao pleito realizado, tendo a prestação por objetivo a composição forçada, pelo ente

1. A denominação processo vem do latim *pro cedere*, ou seja, caminhar para frente, prosseguir.
2. Nas palavras exatas de Marinoni e Arenhart: “O processo é uma marcha para frente, tendente a atingir certo objetivo predeterminado, que é a prestação integral da tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

estatal, do conflito de interesses que emergiu da sociedade. E esta atividade de solução da lide, se obrigacionou o Estado a prestá-la na forma idônea e justa de acordo com o ordenamento jurídico.

Consequência advinda do chamamento pelo Estado desta responsabilidade é a tempestividade da prestação da tutela jurisdicional. De fato, se não se acreditar que se terá o bem da vida pleiteado dentro de prazo razoável o ordenamento não se sustenta, porque, em primeira ordem, no consciente coletivo sabe-se que aquele que tem direito deve poder gozar do mesmo a qualquer momento. Assim, a partir do momento em que surge uma pretensão resistida, a tutela do Estado deveria incidir e ser eficaz de forma a gerar efeitos imediatos, permitindo o prosseguimento da vida do indivíduo no usufruto do que é seu por direito.

Em segunda ordem, ao reservar para si a responsabilidade de dirimir os conflitos, com o escopo de manter a ordem estabelecida, o Estado também se comprometeu estrita e exatamente com a feitura da composição do modo mais célere possível, visto que não fosse a imposição de sua participação no assunto dos particulares, devido à sua perseguição do justo, a peleja se resolveria no momento em que surgiu, ou no máximo em curto período de tempo.

Ninguém tolerará a interferência estatal nos seus assuntos privados se esta não se der de maneira adequada. É sensível a repulsa trazida pela idéia de uma constante intervenção estatal inadequada e ineficaz, portanto, ilegítima. Discorrendo também sobre o que aqui foi dito, Marinoni e Arenhart³ dispõem:

O Estado ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição. Como consequência, ou seja, diante da proibição da autotutela, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através de sua própria força o direito de recorrer à justiça, ou o direito de ação.

Esse direito de ação, condicionado ou não, foi compreendido, inicialmente, como o direito de obtenção de uma sentença. Apenas mais tarde, como será visto adiante, é que se percebeu que não bastava conferir ao jurisdicionado apenas o direito a uma sentença, sendo necessário outorgar a ele uma resposta jurisdicional tempestiva e efetiva.

Entretanto, para a própria concretização da razão pela qual o Estado estabeleceu a sua intervenção, qual seja a realização da justiça⁴, faz-se necessário período de

3. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

4. Cabe aqui uma digressão. Outro corolário da reserva de jurisdição é a garantia que os provimentos proferidos pelo Estado no exercício da função jurisdicional prezarão sempre pela realização da máxima justiça. Não é admissível que o Estado realize apenas meia justiça. Conforme a citação acima, há muito a jurisdição

apuração dos acontecimentos e para isso se tem o processo. O processo, como toda marcha, pressupõe tempo para que se chegue ao seu objetivo.

O que não se admite é o tempo excessivo de duração do processo. Com espeque nisso inclusive que a emenda constitucional 45 de 2004 veio consagrar expressamente na Constituição Federal o Princípio da Duração Razoável do Processo, nos seguintes termos:

Art. 5º:[...]

[...]LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A emenda nada mais fez do que expressar premissa já indiscutível na teoria processual.

Contudo, para a adequada prestação jurisdicional também é imprescindível a participação dos sujeitos envolvidos no litígio. A participação destes é uma exigência para a justiça e a legitimidade do provimento final. Exigência de justiça da decisão final porque dificilmente o Estado comporá devidamente o litígio sem que os envolvidos prestem informações, esclareçam fatos, indiquem ou tragam ao processo objetos para serem analisados, etc.⁵ Exigência de legitimidade da decisão estatal final porque sem a participação não se atende ao sentimento de validade do fenômeno processual. Aqui se encontra a idéia plena do contraditório!

No entanto, a participação na forma que deve ocorrer exige tempo. A cada ato processual relevante exige-se a ciência e oportunidade de manifestação de quem possa ser interessado. Tal exigência prolonga a duração do processamento

deixou de ser o simples fornecimento de uma resposta estatal ao litígio apreciado sem se relacionar com qualquer vetor de justiça que pudesse existir. Contudo, para a devida prestação justa demanda-se tempo na apuração da situação. Uma solução definitiva concedida sem a devida análise de todos os aspectos envolvidos não pode atender ao anseio de justiça que a sociedade requer. Assim, para que as soluções das lides sejam preenchidas de justiça, característica que a sociedade reputa como basilar, o processo se encontra permeado de garantias e direitos para ambas as partes, permitindo-lhes ver e rever o objeto sob análise, colacionando todos os fatos juridicamente relevantes, analisando sob todos os ângulos os argumentos, pretendendo alcançar a verdade real e fazer-se justiça. Tal condução do processo só poderia produzir protelamento da marcha ao longo do tempo. Como é perceptível, a busca pela verdade real mantém uma relação de antagonismo com a necessidade da prestação jurisdicional célere, e esta relação produz uma tensão permanente na relação jurídica processual, relativa, hoje em dia, a um dos principais focos de estudo do processo civil moderno, senão o principal.

5. Observe-se que qualquer processo que objetive seriamente compor o litígio com justiça exige a participação dos envolvidos. Não necessariamente aquela participação que preenche por completo a idéia do Princípio do Contraditório, mas uma atuação mínima que seja. Isto porque não se pode levar a sério a solução final sem ao menos a simples oitiva dos envolvidos. Até mesmo nos processos inquisitoriais se ouve a versão dos acusados.

da lide. A abertura de sucessivas oportunidades para manifestação exige prazos, tempo de análise dos argumentos, prazo para resposta, etc.

É sensível a constante tensão entre a necessidade de não se prolongar por demais a duração do processo e a exigência de permitir que os envolvidos participem de cada ato que lhes sejam referentes.

Côncio desta tensão, aqui se faz uma observação para a exata compreensão da importância da técnica de antecipação do provimento final na concretização da boa-fé objetiva processual, impedindo as protelações indevidas.

É óbvio que o jurisdicionado deseja ver logo o seu processo resolvido, querendo encerrar a situação pendente. No entanto, o objetivo primordial e imediato não está no fim do processo como objeto concreto, mas sim em se conseguir o bem da vida. Tanto assim o é que não se deseja apenas receber um provimento jurisdicional, uma sentença, mas principalmente conseguir o reconhecimento e efetivação do seu particular interesse jurídico.

As protelações indevidas no processo acabam justamente por impedir o usufruto do bem da vida pretendido por um dos sujeitos que o pleiteia e possa ser o titular do direito. Isto se valendo das oportunidades de manifestação concedidas por exigência do contraditório com amparo em uma legalidade formal.

Desta forma, se perpetua a tensão entre a necessidade de participação efetiva dos sujeitos, o quê demanda tempo, e a concessão o mais rápido possível da prestação jurisdicional. Deve-se sempre ter em mente que aquele que está protegido pelo ordenamento no interesse que ora pleiteia processualmente deveria poder usufruir desde já do mesmo. A espera a que se submete este sujeito, apesar de necessária, é uma lesão ao seu direito.

3. A BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva entrou em pauta nos ordenamentos europeus e hodiernamente se incorpora no ordenamento pátrio como promotor da eticidade no direito.

O paradigma da legalidade formal, construído paulatinamente pela burguesia desde o renascimento comercial até atingir seu ápice com a ideologia do liberalismo, que se utilizou do formalismo como meio de se conseguir a segurança indispensável para os negócios, não mais atende aos anseios sociais.

Surgiram novos interesses, outros foram remodelados e indivíduos que antes não participavam da dinâmica social passaram a fazê-lo. A justiça formal antes realizada não mais basta para o novo quadro social.

Neste ambiente a boa-fé surge como um dos meios de se conduzir os novos valores morais-sociais considerados não-jurídicos pela legalidade estrita para dentro do sistema jurídico. Concede-lhes normatividade e efetiva um ideal de justiça material.

De acordo com as excelentes lições de Menezes Cordeiro a Boa-fé Objetiva se consubstancia em uma regra de atuação social respeitosa de uma série de deveres que se firmam como de boa-fé pela experiência histórico-cultural e observando o conteúdo positivado. O autor a nomeia de regra de conduta.⁶

Trata-se de condutas a serem observadas. Derivam do dever de agir conforme a boa-fé. Configuram-se em deveres anexos aos estabelecidos diretamente pelo vínculo jurídico entre os sujeitos, seja este vínculo um contrato ou um processo, e que antes estavam diluídas no sistema jurídico até serem observadas sob a nova perspectiva dada pela boa-fé.

A doutrina da boa-fé objetiva foi justamente a limitação do substrato comum dos diversos deveres de proteção, observados primeiramente no plano do direito material civil. O instituto tutela a confiança e no seu conteúdo material encontram-se os deveres de informação e de lealdade.

Menezes Cordeiro também observa a indefinição dos deveres inseridos no conteúdo do princípio da boa-fé. Desta forma, a boa-fé objetiva trata de um comportamento esperado em decorrência do padrão normal de lealdade ou do que estava indicando ser o provável, não em decorrência de uma prescrição legal específica. Por sua legítima expectativa a conduta que era esperada passa a ser exigível.

Neste pilar se sustenta a inadmissibilidade do exercício de oportunidades processuais com intuito manifestamente de postergar o processo, como se verá adiante. Isto não se coaduna com o padrão idôneo de lealdade.

Luiz Machado Guimarães faz menção interessante a respeito do processo civil britânico em obra sobre processos autoritários e liberais. Expondo o raciocínio de Michele G. de Rossi este diz que a harmonia existente entre o regime liberal inglês com o autoritarismo processual se deve que “as idéias de disciplina e liberdade se concebem uma em função da outra, elidindo, assim, a antítese entre o coletivismo e o individualismo.”⁷

6. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

7. GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.

Tal raciocínio se aplica também no processo civil com relação à boa-fé objetiva. O raciocínio de como funciona o autoritarismo e o liberalismo no processo inglês pode servir também para equilibrar a boa-fé objetiva, criadora de deveres sobre posições tidas tradicionalmente como direitos/faculdades/ônus, e a liberdade de uso desses direitos/faculdades/ônus processuais.

Vale destacar a matriz constitucional da proteção à boa-fé, fazendo com que o princípio irradie efeitos por todo o ordenamento jurídico. Em estudo civilístico Célia Barbosa Abreu Slawinskia alcança a raiz constitucional da boa-fé com um fundamento do qual pode-se concluir também pela sua proteção no âmbito processual. A própria obra não se dirige ao direito processual, mas suas idéias são aplicáveis.⁸

As consagrações da tutela da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade substancial trouxeram uma nova estrutura para o ordenamento onde se privilegia os direitos extrapatrimoniais em face dos patrimoniais. Priorizaram-se os valores existenciais aos patrimoniais.

Esta nova estrutura é integralista do sistema e não sectária, como a própria autora diz. Essa nova diretriz, que está precipuamente consagrada nos arts. 1º a 4º da Constituição, é a “tabua de valores do ordenamento jurídico brasileiro”. Ou seja, se imiscuem em todo o sistema.

A boa-fé objetiva cria expectativa a respeito de determinadas condutas razoáveis e as tornam exigíveis. Dentre estes deveres encontra-se o de não abusar das posições jurídicas. Tem-se a expectativa de que os outros indivíduos não atuem de maneira inadmissível no exercício de seus direitos. Expectativa esta amparada nas tutelas da dignidade humana, solidariedade e igualdade material que privilegiaram o ser e o agir do ser, em detrimento do patrimônio.

Tratando da boa-fé objetiva consagrada no CDC Slawinskia fala que o código foi inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da igualdade substancial previstos na Constituição

As novas leis que vieram após a CF de 1988 trazem em seu conteúdo esses valores como núcleo principal. Estes valores constitucionais são um denominador comum entre as diversas leis esparsas que são produzidas hodiernamente.

A autora destaca os valores elencados nos arts 1º à 4º da Constituição Federal como preceitos básicos do sistema. Nestes artigos encontram-se a solidariedade e

8. SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2002.

a dignidade da pessoa humana e estas serão as diretrizes hermenêuticas do resto da CF, devido à sua posição hierárquica superior axiologicamente, e ao ordenamento infraconstitucional em razão da sua hierarquia formal e sua função. No que damos-lhe razão!

Como fundamento da boa-fé nas relações de consumo, além da raiz constitucional, também há o art. 4º, inc. III, CDC, que prescreve a harmonização dos interesses nas relações de consumo, mesmo quando antagônicos. A menção ao dispositivo infraconstitucional nos remete à existência do inciso II, art. 14 do Código de Processo Civil que será adiante analisado e que prescreve a obediência à boa-fé no processo civil.

3.1. A boa-fé objetiva processual, a proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais e o dever de não protelar o processo.

O Código de Processo Civil no art. 14, inciso II, preceitua que todos os envolvidos no processo devem agir com lealdade e boa-fé. Dá-se ênfase no presente estudo ao comportamento das partes com intuito de conturbar o andamento normal do processo e protelar o seu desfecho. Não se tratará aqui do comportamento de outros sujeitos e participantes diversos do processo.

Continuando as lições anteriormente citadas de Célia Slawinskia sabe-se que o modelo tradicional do processo brasileiro no qual predomina o princípio dispositivo, as ações das partes mediante ônus, a postura do “cada um por si”, a liberdade na atuação, tudo isso tendo como consequência a impossibilidade de exigibilidade de conduta que não se configure num dever expresso da outra parte, é reflexo do modelo de ordenamento jurídico que prezava quase que exclusivamente pela liberdade individual acima de tudo.

Com os novos valores jurídicos o modelo tradicional de processo necessitou ser repensado. Não se alberga mais o individualismo do “cada um por si”. A relação processual atualmente, como em todo o campo do direito, é cooperativa, na qual os sujeitos processuais possuem deveres de lealdade para com os adversários, devendo colaborar para o melhor desfecho possível e sem exercer de forma censurável as posições jurídicas na qual se encontram.

Com isto percebe-se a irradiação para o processo dos efeitos do princípio constitucional da proteção à boa-fé, derivando da tutela conferida à dignidade da pessoa humana, ao princípio da solidariedade e da igualdade material, que são os novos valores paradigmas do nosso sistema jurídico, segundo bem explica Célia Slawinskia.

Os deveres de agir com lealdade e boa-fé no processo evitam surpresas. O processo não deve tutelar o litigante mais astuto, mas sim aquele que está com a razão. Para se alcançar este objetivo é fundamental o império destes valores mencionados.

Outra fonte por meio do qual se pode extrair a boa-fé objetiva no processo é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais processuais, especialmente o contraditório.

Antonio do Passo Cabral em artigo sobre o contraditório expõe raciocínio interessante por meio do qual pode-se concluir pela presença da boa-fé objetiva no processo e a sua respectiva proteção no âmbito da tutela constitucional do processo.⁹

A CF/88 prevê em seu rol de direitos e garantias fundamentais o Princípio do Contraditório. Diferentemente do que é tradicionalmente afirmado o contraditório não se resume a um direito subjetivo à participação no processo, mas como todos os direitos fundamentais ele possui uma dimensão objetiva.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais se traduz no dever de observar os valores nucleares do sistema. Assim, com o princípio do contraditório, como orientação do dialeticismo no processo, vem a sua dimensão objetiva que traz condutas a serem observadas.

Do raciocínio exposto percebe-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe deveres para os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas, inclusive no âmbito processual quando referente aos direitos fundamentais processuais. Por isso, saindo do enfoque dado pelo autor do artigo, pode-se concluir que a dimensão objetiva de todos os direitos fundamentais processuais atribui deveres indefinidos que devem ser observados no processo e por conseqüência geram a expectativa destes.

O caso do contraditório em particular ganha relevo quando fazemos uma conexão da sua dimensão objetiva e o princípio do agir conforme a boa-fé no processo. Isto porque o conteúdo do contraditório se traduz em participação processual, a qual se tem expectativa que seja leal.

Não se alimenta expectativa de uma atuação desleal do sujeito processual. Dessa forma, a dimensão objetiva do contraditório, que prescreve condutas a

9. CABRAL, Antônio de Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo 126. São Paulo? RT, 2005. p. 59-82

serem observadas dentro de um padrão regular, traz dentro de si que estas condutas estejam de acordo com a lealdade e boa-fé. Este fenômeno no processo nada mais é do que a boa-fé objetiva processual, concluindo-se portanto pela existência da boa-fé objetiva como derivada do Princípio do Contraditório.

A consistência com que se percebe a boa-fé objetiva no âmbito processual não se limita aos fundamentos constitucionais do instituto. O princípio da boa-fé objetiva no processo está intrinsecamente relacionado com novo princípio que se consolida na dinâmica processual, qual seja, o princípio da cooperação. Na verdade o princípio da cooperação pode ser considerado como manifestação da boa-fé processual ao mesmo tempo em que concretiza esta. A aceitação do processo cooperativo é a demonstração do império da boa-fé na relação processual.

Miguel Teixeira de Souza associa diretamente o dever de cooperação com o dever de litigar de boa-fé, incluindo tanto a dimensão subjetiva como a objetiva.¹⁰

Para Lebre de Freitas o conteúdo da cooperação processual se divide em dois sentidos, quais sejam, os sentidos material e o formal.¹¹

Entende por sentido material do princípio da cooperação a atuação dos sujeitos de forma a se descobrir de forma mais rápida a verdade real no processo. A ênfase principal da idéia na acepção material está no alcance da verdade real mediante uma atuação leal e cooperativa dos sujeitos processuais.

No sentido formal o conteúdo do princípio está relacionado com uma resposta rápida do estado. A ênfase maior está na duração razoável do processo. Trata-se do dever de cooperação dos participantes envolvidos para evitar dilações indevidas com o objetivo de se alcançar a solução do conflito num tempo razoável.

Ora, isto nada mais é do que agir pautado na boa-fé. Estas diretrizes mencionadas pelo autor português integram o conteúdo da boa-fé e o fazem no âmbito do processo.

Da mesma forma demonstra entender Paula Costa e Silva¹² que trabalha o princípio da cooperação como mecanismo de sanar vícios na postulação. De acordo com a autora a cooperação traz eticidade para o processo e por isso é manifestação da boa-fé.

10. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: LEX, 1997.

11. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

12. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade nainterpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

Apesar das lições proferidas pelos últimos autores mencionados se referirem ao processo civil português são perfeitamente aplicáveis ao nosso sistema processual. Tanto em razão de sua extração direta da Constituição Federal, conforme já exposto acima, como no direito positivado infraconstitucional se encontra dispositivo expresso ordenando a obediência à boa-fé (art. 14, inciso II, CPC).

Hodiernamente, com o advento da carta de 1988, a proteção da boa-fé objetiva no âmbito processual possui matriz constitucional, inclusive respaldada nos direitos fundamentais, que possuem aplicação imediata, sendo prescindível a previsão infraconstitucional. Contudo, o CPC ainda traz no inciso II do seu art. 14 o dever da parte de agir com boa-fé.¹³

Apesar de opiniões em contrário a boa-fé é uma cláusula geral aberta para novos conteúdos que lhe podem ser agregados. O comando de boa-fé previsto no CPC será preenchido com o conteúdo que naquele momento preencher o conceito do instituto e atualmente a boa-fé é concebida nas suas dimensões subjetiva e objetiva. Desta forma não há como negar a aplicação da boa-fé objetiva no processo civil brasileiro.¹⁴

3.1.1. Exercício inadmissível de posições jurídicas

Tema que tem se destacado cada vez mais nos estudos jurídicos é o exercício inadmissível de posições jurídicas. Consiste no exercício de maneira inadequada de status ao qual o ordenamento atribui efeitos jurídicos. Não se limita a figura do direito subjetivo, podendo a noção se aplicar também a deveres, ônus, faculdades. Todas estas categorias são posições que podem ser exercidas de forma inadmissível.¹⁵

O fenômeno do exercício abusivo de posições jurídicas também é constatado na relação jurídica processual. O caso clássico e que se encontra no epicentro deste trabalho é a utilização das oportunidades de efetivação do contraditório como mecanismo para postergação do desfecho do processo.

13. Daniel Mitidiero em seus Comentários ao CPC conceitua a boa-fé prevista no art. 14 como o comportamento de “forma aceitável, segundo os padrões de determinado tempo, dentro do processo”. Apesar de a lição não ser tão direta parece que o autor faz uma restrição ao conceito, limitando-o a um universo que considera apenas o *animus*. Desta forma, o autor considera a boa-fé apenas naquela feição subjetiva, haja vista que não inclui no conceito o comportamento desprovido de *animus*.

Ao final da lição o autor menciona que está a entender a boa-fé prevista no artigo na dimensão dada por Chiovenda, o que confirma a restrição ao conceito já que o professor italiano ao tratar da boa-fé a contrapõe expressamente à má-fé. Em suas lições Chiovenda elenca uma série condutas que apresenta como contrárias à boa-fé e em todas estas condutas percebe-se a perspectiva subjetiva abordada. MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

14. Neste sentido conferir boa explanação em: VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-fé no processo civil*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

15. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-fé no processo civil*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

Há na situação processual uma particularidade, qual seja, não serão poucas as vezes que um dos sujeitos processuais terá interesse na protelação demasiada do processo. E a satisfação deste interesse é extremamente facilitado em razão da garantia do contraditório que exige a oportunidade de participação dos sujeitos processuais. Devido a isto muitos litigantes se utilizam da oportunidade de manifestação para conturbar o andamento e protelar o desfecho do processo, sempre respaldados na garantia do contraditório.

O contraditório é uma garantia estatuída em nível constitucional baseada no conhecimento dos fatos processuais pelos indivíduos que terão sua esfera jurídica afetada por estes e na concessão de oportunidade para se manifestarem acerca dos mesmos. Seu conteúdo pode ser resumido no binômio corrente nas lições doutrinárias de ciência – reação.

Ao longo da evolução histórica que paulatinamente veio assentando os pilares teóricos do processo encontra-se o estabelecimento do contraditório como conquista dos jurisdicionados. Em seqüência a uma fase de processo inquisitorial, precipuamente derivada da influência da Igreja Católica na região de tradição romano-germânica, reconheceu-se a necessidade de permitir uma participação efetiva dos litigantes no processo do qual faziam parte. Desta forma, a garantia do contraditório surgiu como forma de concretizar os novos valores liberais.¹⁶

Brunela Vincenzi considera que como corolário da incidência do princípio da boa-fé especificamente na relação processual ocorrem 2 fenômenos. 1º) É a criação de uma presunção de comportamento leal e cooperativo dos litigantes do processo, o que acelera o procedimento e dá maior eficácia aos provimentos jurisdicionais. 2º) Cria deveres de cooperação/colaboração e é regra limitadora do uso inadmissível de posições jurídicas no processo.¹⁷⁻¹⁸

16. Observação simples e interessante é a de que à época da formação da idéia de processo dialético a noção da garantia do contraditório, que hoje é tachada como formal, assim não o era naquele tempo. O contraditório apresentava-se numa concepção efetiva para àquela época, balizado por outros valores vigentes, e suficiente para as necessidades materiais do momento. No momento em que novas demandas sociais emergiram aquele nível de contraditório se tornou insuficiente, exigindo-se maior profundidade no fenômeno, com maior participação do juiz e outras conseqüências. Esta observação ganha relevo quando se compreende que com o moderno aprofundamento do contraditório cada vez mais abrem-se espaços para o exercício inadmissível desta garantia e, por conseqüência, amplia-se o prejuízo social com um processo moroso. Com isso em mente podemos ver a importância de instrumentos que anulem os efeitos dos atos protelatórios.

17. No direito civil, especialmente no contratual, além da criação de deveres anexos e limitação do exercício abusivo de direitos também é mencionada a função interpretativa conforme explica Rosenthal. A função interpretativa mencionada por Rosenthal é o correspondente ao estrito cumprimento do acertado contratualmente na classificação de Larenz, que também menciona a atuação judicial além da lei (deveres anexos) e a atuação contra a lei (limitação do exercício abusivo de direitos). ROSENTHAL, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

18. No mesmo sentido de Vincenzi, Lebre de Freitas chama atenção para diversos artigos do CPC português. O dispositivo ícone é o 266, item 4, que traz em seu conteúdo o dever do juiz de providenciar a retirada

O que se percebe é que no conteúdo do princípio da boa-fé, no âmbito processual, estão inseridos o agir de forma cooperativa para o rápido desfecho do processo e, especialmente, a proibição do exercício de maneira inadmissível das oportunidades de participação garantidas pelo contraditório.

Extrai-se da boa-fé objetiva processual um verdadeiro dever de não provocar sem fundamento sério nenhuma dilatação do processo.

4. TUTELA ANTECIPADA

A generalização da antecipação dos efeitos da tutela final foi um meio encontrado pelo legislador reformista de 1994¹⁹ para prover de maior efetividade o procedimento Brasileiro. O procedimento, como concebido em 1973, não mais atendia às demandas sociais de justiça da última década do século XX. Devido ao crescimento exponencial da complexidade nas relações jurídicas vividas no meio social, gerando novos direitos e a revisão dos já concebidos, o procedimento purista e formalista estabelecido em 1973, apesar de uma grandiosa obra científica, não mais satisfazia plenamente os anseios de justiça dos jurisdicionados.

A tutela antecipada é aquela que traz para momento anterior ao termo final do processo os efeitos que só se produziriam com a tutela definitiva final sobre o objeto litigioso, seja em favor de um, seja em favor do outro litigante. A tutela definitiva será aquela que se tornará imutável e persegue a pacificação social, a antecipada será provisória e atende a vários escopos.

Apesar da associação corriqueira entre a tutela antecipada e a necessidade de um provimento de urgência, isto se configura em verdadeiro equívoco. A antecipação de tutela não se reduz às situações emergenciais. Trata-se em verdade de técnica de concessão das eficácias (ou de algumas delas) que seriam obtidas no provimento final antes do momento determinado como fatal do processo. E essa concessão pode ocorrer em várias situações diferentes, cada uma com seus respectivos requisitos.

Conforme lição clássica da doutrina, os requisitos necessários são caracterizadores de dois conjuntos de situações que legitimam o deferimento da medida.

de obstáculos que impeçam a atividade das partes. Lebre de Freitas menciona este dever no exercício de faculdades e direitos do litigante que se encontrem obstaculizados, mas não menciona, talvez por achar óbvio, que tal dever do juiz seja aplicável também para contribuir com o exercício dos deveres das partes. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

19. Antes da lei 8952/94 o nosso modelo de tutela antecipada se baseava na tipicidade das hipóteses de concessão e na raridade desses casos autorizativos. Com a reforma veio se contemplar o modelo genérico mediante a estipulação de requisitos gerais e que são analisados no caso concreto.

São estes a urgência da efetivação do direito e a evidência do direito demonstrado em juízo. Podendo então ser exigido a comprovação de um, de outro ou de ambos requisitos conjuntamente.²⁰ Vê-se claramente que o instituto é um remédio contra a falta de efetividade do processo. Esta inefetividade é o que o litigante desleal almeja quando deduz incidentes com intuito protelatório.

A espécie de tutela antecipada importante para o presente ensaio é aquela fundamentada no “manifesto propósito protelatório do réu”(2º parte do inciso II do art. 273, CPC). Esta técnica visa precipuamente compensar o atraso indevido do processo. Trata-se de solução legislativa dada para o problema sem que se eliminasse ou limitasse o contraditório.

Com a tutela antecipada se transfere o objeto da disputa para a esfera jurídica daquele que, demonstrando mais evidentemente ser o titular do direito, seria o prejudicado com o atraso injustificável.²¹

4.1. Tutela específica

A tutela específica constitui a tutela jurisdicional prestada objetivando a máxima coincidência possível. Objetiva realizar a prestação de forma idêntica como seria realizada se o fosse espontaneamente. Não se confunde com a tutela antecipada, que está relacionada ao tempo da prestação jurisdicional, enquanto que a tutela específica está relacionada com o modo de cumprimento da prestação.

Crítica feita por Brunela Vincenzi põe em pauta questão importante a respeito da efetivação da boa-fé. O atual modelo que tem por escopo concretizar o princípio da boa-fé foi construído e se mantém sob a formatação da ideologia liberal, que não atua sob a vontade do agente inibindo-o. Não se previne condutas ofensivas à boa-fé, trata-se de um modelo eminentemente ressarcitório. Estes paradigmas são os atuais pilares da efetivação da boa-fé.

Tal fato é facilmente constatado quando se percebe que a consequência da violação do dever de boa-fé processual, no qual se inclui e possui ainda previsão expressa o dever de não postergação indevida do processo, é a condenação em litigância de má-fé. Ou seja, uma indenização!

20. Conferir Ricardo Rodrigues Gama em *Efetividade do Processo Civil*, Campinas: Bookseller, 2002.

21. A tutela antecipada mencionada, bem como aquela baseada no abuso de direito estão intrinsecamente relacionadas com a teoria da distribuição do ônus do tempo no processo. Trata-se de colocar o bem da vida disputado na esfera jurídica daquele que demonstra maior probabilidade de ter razão no seu pleito enquanto se prossegue o processo. Aquele que estava usufruindo do objeto litigioso e que era interessado na protelação deixa de sê-lo já que o adversário passa a ter o usufruto do mesmo. Por todos conferir: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.

Como se percebe o atual modelo ainda está vinculado às premissas do sistema liberal ressarcitório. A tutela específica veio justamente alterar este paradigma do ordenamento. Quando se tem um direito consagrado em qualquer ramo do direito a sua tutela adequada não se faz permitindo que este seja violado e posteriormente garantindo uma indenização pela violação. A proteção adequada é aquela que impede que o direito seja violado.

Isto é o que se almeja conseguir com a tutela antecipada garantidora “*in natura*” da boa-fé objetiva e, mais especificamente, do dever de não delongar o processo. Por isso destacamos também o caráter específico da tutela da boa-fé conseguida com a tutela antecipada.

5. A TUTELA ANTECIPADA COMO MÉTODO DE CONCRETIZAÇÃO EM CARÁTER ESPECÍFICO DA BOA-FÉ PROCESSUAL NA MEDIDA EM QUE IMPEDE O EXERCÍCIO INADMISSÍVEL DE POSIÇÕES JURÍDICAS

Como visto, a tutela antecipada concretiza desde já os interesses juridicamente tutelados, impedindo o atraso no objetivo que é mais importante, apesar de não ser o único envolvido, qual seja, o de se obter a efetivação do interesse almejado. Isto sem prejudicar a garantia do contraditório já que os argumentos daquele que deseja ver o seu pleito reconhecido serão analisados. Apenas se desvinculará a análise dos argumentos do usufruto do bem em disputa.

Sendo instrumento de prevenção de protelações indevidas pode-se extrair a aplicação da tutela antecipada em determinadas hipóteses pelo princípio constitucional e processual da boa-fé objetiva. Neste último está inserido o dever do sujeito processual de não protelação do processo mediante o uso das oportunidades que lhe são concedidas para se manifestar. Trata-se da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas, derivado da boa-fé objetiva.

Pode-se, então, extrair da boa-fé objetiva processual hipótese de aplicação da tutela antecipada, qual seja, quando um sujeito processual exercer as oportunidades concedidas para o contraditório de forma meramente a postergar o deslinde da disputa.

Tal fato enseja a concessão da antecipação dos efeitos do provimento definitivo baseada na tutela específica da boa-fé objetiva processual. Pode-se extrair da boa-fé objetiva processual o fundamento para tanto.

Não é outra a direção que toma o direito processual pátrio. O CPC consagrou em 1973 no art. 14, o mesmo artigo que prevê o dever de boa-fé, que aos

participantes é defeso formular pretensões e defesas destituídas de fundamentos. O dispositivo, conforme já visto antes, se insere no conteúdo da boa-fé objetiva processual na medida em que é hipótese de exercício inadmissível de posição jurídica.

Como consequência do descumprimento da proibição se tinha anteriormente apenas a condenação em litigância de má-fé.

Com a reforma de 1994 veio a tutela antecipada genérica prevista no art. 273. No inciso II o código prevê a concessão da medida em caso de manifesto propósito protelatório do réu.²² Trata-se previsão diretamente dirigida a concretizar “*in natura*” o princípio da boa-fé objetiva no que tange a impedir os efeitos perniciosos oriundos do uso desvirtuado das oportunidades de exercício do contraditório. O dispositivo consagra o princípio da boa-fé objetiva processual ao mesmo tempo em que lhe concretiza.

Os requisitos para a concessão desta tutela antecipada serão a fumaça do bom direito, exigido no caput do art.273, e a percepção do exercício abusivo da garantia do contraditório mediante pretensões de defesas infundadas e protelatórias.

Com a adoção da medida antecipatória consegue-se eliminar o objetivo imediato do ato postergatório sem prejudicar o contraditório, efetivando a boa-fé processual. Elimina-se o fator abusivo do ato, qual seja, o atraso no usufruto do bem da vida pela parte oposta.

Destaca-se a feição específica com que se protege a boa-fé objetiva processual mediante a técnica antecipatória da tutela.

Tradicionalmente a boa-fé, especificamente o intento do uso adequado e dentro do admissível dos direitos por parte dos seus titulares, tem sido protegida por meio de instrumentos processuais de caráter ressarcitórios, como é a condenação por litigância de má-fé (baseada nos incisos IV, VI e VIII, art. 17, CPC).

Hodiernamente já se compreende não ser este o melhor caminho. De fato, no caso específico da postergação do processo, o indivíduo prejudicado com o atraso não deseja receber uma indenização posteriormente. O que se almeja realmente é ter o bem da vida no tempo adequado.

22. O inciso II do art. 273, CPC prevê também o abuso do direito de defesa. Trata-se de caso específico da teoria do abuso de direito, conteúdo jurídico diferente da boa-fé objetiva. Brunela Vieira de Vincenzi aborda o inciso II enquadrando-o apenas na tese do abuso de direito, ao mesmo tempo em que critica a tese como solução adequada para a repressão do uso inadmissível de posições jurídicas processuais. VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-fé no processo civil*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

Para a sociedade não satisfaz mais a concepção criada pelo liberalismo que em virtude da necessidade de defesa da autonomia privada, permite-se que cada um adote o comportamento que lhe for adequado e depois caberia a devida responsabilização. Tal raciocínio alcançou o direito processual e produziu institutos como o da litigância de má-fé nos moldes do código nacional, onde se reprime a conduta inadequada mediante posterior ressarcimento.

Atualmente se busca a efetivação dos deveres na forma que deveriam ser prestados espontaneamente. Isto se aplica também aos deveres processuais! E é isto que se consegue com a tutela antecipada aplicada contra o exercício inadmissível das oportunidades concedidas para se efetivar o contraditório.

Com a medida ora exposta consegue-se a tutela específica da boa-fé objetiva processual na medida em que se reproduz com a máxima coincidência possível a conduta que deveria ser praticada pelo litigante, qual seja a de não deduzir incidentes infundados e meramente protelatórios.²³

5.1. Hipóteses

Cabe se questionar quando será aplicável então a tutela antecipada na concretização da boa-fé objetiva no processo civil. É pertinente a análise de alguns casos referenciais. Casos, diga-se de passagem, que exemplificam bem a capacidade que a tutela antecipada possui de agir tanto repressiva como preventivamente, algo particularmente difícil de conseguir.

Uma primeira hipótese é a contestação meramente protelatória. Quando se percebe que a defesa trazida ao processo pelo réu possui intuito exclusivo de postergar o resultado do litígio. Esta protelação indevida fere o princípio da boa-fé processual já que o réu se vale da oportunidade concedida para sua defesa para atrasar o deslinde da causa. Tal postura é claro exemplo de exercício inadmissível de posição jurídica e colide frontalmente com a boa-fé.

Quando se verificar tal situação a antecipação dos efeitos da tutela permite que se efetive especificamente a boa-fé objetiva processual sem prejudicar a garantia do contraditório. Consubstancia-se em caso de repressão ao exercício inadmissível de posição jurídica. Constatada a utilização da oportunidade de defesa com fins

23. O que foi dito para a tutela antecipada também se aplica às técnicas de sumarização do procedimento, que se caracterizam por serem hipóteses nas quais é prescindível a continuação do procedimento regular. São casos onde pode-se ofertar a prestação jurisdicional definitiva desde já encerrando o processo antecipadamente. Em tais casos ou o ato consumativo da oportunidade processual para se manifestar foi protelatório ou, apesar de não ter sido, qualquer ato que se praticasse diferente da decisão final seria excessivo.

meramente protelatórios consegue-se através da tutela antecipada evitar o atraso do processo concedendo desde já o objeto litigioso para o autor que não sofreu oposição séria.

Note-se que uma contestação com intuito meramente protelatório não implica necessariamente no “abuso do direito de defesa” teoricamente compreendido e que configura hipótese também prevista no inciso II, art. 273, CPC. O instituto do abuso de direito não está vinculado a nenhum fim específico almejado por aquele que excede a funcionalidade do seu direito, está sim vinculado ao ato excessivo praticado. Diferentemente do ato meramente protelatório.

Outra hipótese é a definição pelo juiz dos efeitos do recurso quando da interposição deste com intuito manifestamente protelatório. A revelia de previsão específica nos moldes da mentalidade ressarcitória (inciso VII, artigo 17, CPC), a tutela antecipada do inciso II, art. 273 aplicada na sentença, conjuntamente à sua confirmação conforme inciso VII, art. 520, CPC, também incide para efetivação da tutela específica da boa-fé objetiva processual.

No caso paradigmático da apelação manifestamente protelatória, a tutela antecipada concedida na sentença, antes mesmo da interposição, também permite anular os efeitos do recurso destoantes para com a boa-fé sem violar o contraditório.

Poder-se-ia indagar como estabelecer uma ligação entre a concessão da antecipação de tutela na sentença e o controle da apelação protelatória já que o recurso é posterior e é incerta a sua interposição bem como a sua falta de seriedade.

Esta não é uma questão do caso em particular mas sim de qualquer tutela preventiva. A tutela preventiva é baseada na probabilidade de um ato. Igualmente, no caso da tutela antecipada na sentença, o magistrado analisará a seriedade do posicionamento do perdedor ao longo do processo e a probabilidade de seriedade dos argumentos em eventual apelação. Trata-se de transformar em regra a apelação sem efeito suspensivo nesses casos em que o recurso tem intuito meramente protelatório descumprindo o dever de boa-fé processual.

Cabe a menção à concessão dos chamados efeitos suspensivo e ativo quando do recebimento do recurso pelo tribunal. Configuram outra hipótese de concretização da boa-fé processual, mediante ataque ao exercício inadmissível de posições jurídicas.

Observe-se que o que faz a ligação entre a concessão destas tutelas antecipadas com a efetivação da boa-fé objetiva processual não é a sua mera concessão,

mas sim o fundamento que as embasam. Este fundamento é o exercício abusivo de oportunidade que foi concedida para deduzir argumentos sérios, quando os tiver.

A tutela antecipada será concedida sob o fundamento de efetivar a boa-fé e tendo como requisitos a aparência do direito e o intuito meramente protelatório na continuidade no processo.

Diversas são as hipóteses em que é cabível a tutela antecipatória para concretizar a boa-fé objetiva processual. Os casos elencados são meramente exemplificativos, não excluindo outras hipóteses de incidência quando se perceber o uso de expedientes com intuito de atrasar o término do processo. Estes são apenas alguns dos exemplos dos quais pode se extrair o uso da tutela antecipada em serviço ao princípio da boa-fé no processo civil.

Nestes e em outros casos reprime-se o exercício do direito ao contraditório de forma abusiva e desvirtuada da verdadeira finalidade. Reprime o abuso de posição jurídica efetivando uma tutela específica da boa-fé já que anula imediatamente o efeito pretendido com o ato protelatório do litigante.

6. REFERÊNCIAS

- CABRAL, Antônio de Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*. Revista de Processo 126. São Paulo: RT, 2005. p. 59-82
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil – conceito e princípios gerais*. 2º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- GAMA, Ricardo Rodrigues. *Efetividade do Processo Civil*, Campinas: Bookseller, 2002
- GUIMARÃES, Luiz Machado. *Estudos de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969.
- KUMPEL, Vitor Frederico. *Teoria da aparência no Código Civil*. São Paulo: Método, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2 ed. São Paulo: RT, 2001.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.

- OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Nulidade da sentença e o princípio da congruência*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade nainterpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. *Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumem Jurídica, 2002.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: LEX, 1997
- VINCENZI, Brunela Vieira de. *A Boa-fé no processo civil*. São Paulo: Jurídico Atlas, 2003.

XIII

O MANDADO DE INJUNÇÃO DUAS DÉCADAS APÓS

Matheus Barreto Gomes

Advogado. Mestrando em Direito Público pela UFBA.

RESUMO: Busca-se, no presente trabalho, tratar do instituto jurídico do mandado de injunção, haja vista que uma maior aproximação da comunidade jurídica com esta garantia processual constitucional resta imprescindível, notadamente por ter sido este, ante à nova postura hermenêutica do STF, finalmente, alçado à arma contra as omissões inconstitucionais do Poder Público. Nesta tarefa, apresentar-se-á os antecedentes históricos e concepção da figura jurídica, bem assim um panorama da evolução interpretativa da Corte Maior do país que partiu da adoção da inócua teoria da subsidiariedade, passando pela teoria mista e desaguando na atual e proveitosa adoção da teoria da resolatividade que concede ao mandado de injunção força eficaz jamais vista. Assente tais premissas, restará demonstrado alguns questões surgidas reflexamente com a adoção desta postura hermenêutica, notadamente a possibilidade de ofensa ao postulado do devido processo legal.

RÉSUMÉ: Ce travail vise aborder l'institut juridique du mandat d'injonction partant du présupposé qu'une plus ample proximité de la communauté juridique avec cette garantie processuelle constitutionnelle reste indispensable, notamment pour avoir, face à la nou-

velle posture herméneutique du STF (Suprême Tribunal Fédéral), finalement, été érigé contre les omissions inconstitutionnelles du pouvoir public. Dans cette tâche, seront présentés les antécédents historiques et la conception de la figure juridique, bien aussi un panorama de l'évolution interprétative de la Cours Majeure du pays qui est passée de l'adoption ineffective de la théorie de la subsidiarité, à la théorie mixte, se lançant décidément à l'actuelle et avantageuse adoption de la théorie de la résolubilité, accordant au mandat d'injonction une force d'efficacité jamais vue. Tout en s'appuyant sur de telles prémisses, resteront démontrées dans ce travail quelques questions qui ont émergé comme un reflexe de l'adoption de cette posture herméneutique, notamment la possibilité d'offense au postulat du droit à un procès en bonne et due forme.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de Injunção; Teoria da Resolatividade; Devido Processo Legal; Controle difuso de constitucionalidade; *Amicus curae*; Normas Programáticas.

MOTS-CLEFS: mandat d'injonction ; théorie de la résolubilité ; droit à un procès en bonne et due forme ; contrôle diffus de constitutionnalité ; *amicus curae* ; normes programmatiques.

1. INTRODUÇÃO

Passadas quase duas décadas da promulgação da Constituição Cidadã, resta imperioso tecer algumas palavras sobre uma das garantias processuais mais importantes trazidas em seu bojo, qual seja, o mandado de injunção, notadamente por tratar-se de uma figura jurídica intimamente relacionada com o decurso do tempo.

Não é demais evidenciar que o mandado de injunção é o remédio constitucional posto à disposição de quem se sentir prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI). Tem como desiderato, pois, a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, inviabilizados pela inércia do Poder Público, de modo a conferir imediata aplicabilidade à norma constitucional, conferindo, também, efetividade ao texto esculpido no art. 5º, §1º da Lei Maior.

Cumpra salientar, neste passo, voltando o olhar ao passado, que o referido *writ* nem sempre teve os contornos que possui em tempos correntes, mormente no que diz respeito aos efeitos de sua decisão, sendo, pois, objeto de uma das maiores evoluções hermenêuticas já existentes na jurisprudência brasileira, fruto – verdade seja dita – da alteração da composição do órgão jurisdicional máximo do país.

Inicialmente, a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal trilhava senda interpretativa em que conferia-se ao mandado de injunção somente a força/eficácia de uma ação declaratória da mora *legislatoris*¹, cujos efeitos resumiam-se em dar ciência ao órgão competente para que este adotasse as providências cabíveis, qual seja, a supressão da omissão normativa. Em um segundo momento, o Tribunal, ante a inocuidade dos efeitos das decisões pretéritas, continuou a motivar suas decisões com a inconstitucionalidade da omissão, conferindo, contudo, um *plus* mandamental ao dispositivo de suas decisões, ou seja, passou a estipular um prazo para que o órgão em mora suprisse a omissão e, caso a mora persistisse, passaria o sujeito, impedido de usufruir direitos pendentes de regulamentação, a ter o direito subjetivo resguardado constitucionalmente, podendo satisfazê-lo em outro órgão jurisdicional.

Por fim, a atual composição do STF, em decisões recentes, atribuiu ao mandado de injunção a condição de via instrumental com eficácia jurídica para, além de declarar a mora legislativa, criar a norma jurídica satisfativa do caso concreto, independentemente da estipulação de prazo ao Poder Público para a supressão da omissão.

Sucedee, entretanto, que, ao lado da nova postura hermenêutica adotada pelo Supremo Tribunal Federal no tocante aos efeitos da decisão do mandando de

1. Consoante inteligência de José Afonso da Silva (2005, p. 449) a norma regulamentadora referida no art. 5º inc. LXXI da CF é “toda medida para tornar efetiva norma constitucional, bem o diz o art. 103 § 2º”. Assim sendo, deve-se interpretar extensivamente o conteúdo normativo do texto em epígrafe para ultrapassar a interpretação literal que entende por norma regulamentadora somente a lei.

injunção, esta, uma das peças da reengenharia ou, melhor dizendo, da revolução copernicana por que passa este tribunal, deflagrada com o intuito de firmar o papel do mesmo como Corte Constitucional e não mais como instância recursal, outras questões emergiram no cenário jurídico, questões, estas, a nosso ver, de igual importância às mudanças postas e às pretendidas.

O presente trabalho pretende transitar nesse terreno movediço em que o discurso científico-jurídico, por vezes, é substituído por um discurso eminentemente político, buscando colocar em pauta as questões reflexamente surgidas com a evolução hermenêutica conferida ao mandado de injunção que, em primeiro plano, pode, caso não haja alterações em seu procedimento, desaguar em uma ofensa direta à cláusula do devido processo legal e seus corolários, quais sejam, às garantias do contraditório e da ampla defesa.

Como ficará esboçado, neste estudo focar-se-á, em regra, os julgamentos dos mandados de injunção pelo STF, uma vez ser este o Tribunal competente para o julgamento em que figuram os órgãos a quem competem a regulamentação grande parcela das normas constitucionais, mas, também, por ser o Tribunal cuja interpretação, em tempos de sobrevalorização dos precedentes, deve ser seguida por toda comunidade jurídica.

Nesta premissa, buscar-se-á focar a atenção, pormenorizadamente, em pontos desta celeuma, como: quem deve figurar no pólo passivo da demanda do mandado de injunção; quais os reflexos sobre o mandado de injunção, haja vista que este é via adequada para o controle difuso de constitucionalidade, ante a nova postura do Supremo Tribunal Federal em conceder eficácia *erga omnes* aos efeitos jurídicos decorrentes dessa forma de proteção constitucional² e, por fim, como pretender a existência dessa figura jurídica em épocas de pregação do ocaso das normas programáticas.

Dentro desta moldura, passa-se à árdua tarefa de, em poucas páginas, analisar as alterações por que passou o instituto jurídico que representa tábua de salvação no mar revolto do discurso retórico e da maldição atávica da corrente do constitucionalismo sociológico perpetrado por Ferdinand Lassalle³.

2. Verifica-se, em tempos correntes, no Supremo Tribunal Federal, desaguando, por consecutivo, em toda a comunidade jurídica, manifesta polêmica advinda do movimento liderado pelo eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em que este pretende atribuir eficácia "*erga omnes*" às decisões de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle concreto e difuso de constitucionalidade daquela Corte, de modo a prescindir da interferência do Senado Federal, passando a resolução senatorial a servir apenas para conferir publicidade à decisão, ou seja, transformando-o em uma espécie de diário oficial do Supremo Tribunal Federal em tais questões.
3. Ferdinand Lassalle (2001, *passim*) entende ser, em síntese, a essência da Constituição de um país e assim a Constituição real e efetiva deste: "a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação". Mas como

É, pois, o mandado de injunção, pedra basilar para a constituição do Estado Democrático de Direito em solo brasileiro, e com igual importância deve ser estudado, não se admitindo mais a concessão, como fazem a maioria dos constitucionalistas, de meras cinco páginas em seus manuais de direito constitucional.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS E CONCEPÇÃO DO *WRIT*

A doutrina é uníssona em afirmar que o mandado de injunção é uma garantia processual constitucional inédita do ordenamento jurídico brasileiro. Diferentemente, divergem os autores quanto à fonte do instituto.

Parte da doutrina aponta o direito anglo-americano como sua raiz inspiradora, o que não significa dizer que o mandado de injunção pode ser confundido com o instrumento processual objeto de inspiração da família do *common law*.

Neste sentido, é a lição de Hely Lopes Meirelles (2007, p. 245-246):

O nosso mandado de injunção não é o mesmo *writ* dos ingleses e norte-americanos, assemelhando-se apenas na denominação. É o que se infere dos publicistas nacionais que já trataram do assunto. Referida ação, no Direito anglo-saxão, tem objetivos muito mais amplos que o nosso, pois que na Inglaterra e nos Estados Unidos o *writ of injunction* presta-se a solucionar questões de Direito Público e Privado, sendo considerado um dos remédios extraordinários (*extraordinary writs: mandamus injunction ou prohibition, quo warranto e certiorari, oriundos do common law e da equity*).

Eis a lição de José Afonso da Silva (2005, p. 448) no tocante às raízes históricas do mandado de injunção.

O mandado de injunção é um instituto que se originou na Inglaterra, no séc. XIV, como essencial remédio da *Equity*. Nasceu, pois, do *Juízo de Equidade*. Ou seja, é um remédio outorgado, mediante um juízo discricionário, quando falta norma legal (*statutes*) regulando a espécie, e quando a *Common Law* não oferece proteção suficiente (...). Mas a fonte mais próxima deste é o *writ of injunction* do Direito norte-americano onde cada vez mais tem aplicação na proteção dos direitos da pessoa humana, para impedir, p. ex. violações de liberdade de associação e de palavra, da liberdade religiosa e contra a denegação de igual oportunidade de educação por razões puramente raciais, tendo-se estabelecido mediante o julgamento favorável de uma *injunction* (caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954), o direito de estudantes negros à educação em escolas não segregadas...

explicar a formação de uma Constituição jurídica? Seria, para Lassalle, a Constituição jurídica de uma nação: “a disposição em uma folha de papel desses fatores reais de poder que ao adquirir expressão escrita deixam de ser simples fatores reais de poder para se tornarem verdadeiro direito – instituições jurídicas. Portanto, será legítimo o texto constitucional quando guardar correspondência ou consonância com os “fatores reais de poder”, bem como será ilegítimo quando se distanciar ou quando não representar o efetivo poder social.

Consoante o jurista norte-americano Owen Fiss (2004 p. 27-28) a concepção da *injuntion* naquele país teve seu nascedouro no *leading case Brown vs Board of Education*. Neste caso, viu-se violado o valor fundamental da igualdade, notadamente o direito de negros freqüentarem os mesmos organismos públicos – no caso concreto, instituição de ensino – nas décadas de 50 e 60 nos EUA.

Leciona o autor americano que o julgamento deste caso exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução daquela realidade social, ou seja, proferiu-se uma decisão com extrema força mandamental⁴. Daí, por que, parte da doutrina afastar a equiparação entre tal instrumento jurídico e nosso mandado de injunção. Ocorre, entretanto, que, como ver-se-á linhas abaixo, tal distanciamento tem quedado-se cada vez menor⁵, de modo que não é temerário afirmar que segue o mandado de injunção brasileiro uma trilha de convergência com o *writ of injuntion*, vez que àquele atribui-se, cada vez mais, força mandamental.

De outra parte, entendem alguns doutrinadores que a fonte inspiradora do mandado de injunção estaria no direito alemão, especificamente no instituto do *Verfassungsbeschwerde* (art. 93, n.º. 4º-A, da Lei Fundamental de Bonn) que, como assevera Dirley da Cunha Jr (2007, p.117): “consiste numa ação constitucional de defesa dos direitos fundamentais, proposta pelo próprio particular perante o Tribunal Constitucional Federal, desde que esgotadas as instâncias ordinárias”.

Sucedem que, como dito linhas acima, não obstante a influência e a proximidade com os institutos do direito norte-americano e do direito alemão, não se esquecendo, ainda, da tese que visualiza a origem do mandado de injunção na ação direta de inconstitucionalidade por omissão do direito português, trata-se, o instituto jurídico em comento, de uma criação originariamente brasileira.

Neste sentido, assevera Dirley da Cunha Jr. (2007, p. 115):

Na Assembléia Nacional Constituinte muito se debateu acerca da criação de um remédio constitucional que garantisse a efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais. Aliás, buscava-se um instrumental jurídico que pudesse assegurar, em juízo, o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas consagrado no §1º do art. 5º da Constituição Federal.

4. Relata Owen Fiss (2004, *passim*) que, em algumas decisões da época, alguns juizes chegaram ao extremo – posteriormente corrigido com o amadurecimento das *injuntion* – ao especificarem, em sentença, até mesmo a disposição espacial dos chuveiros de um determinado órgão público.
5. Não se pode duvidar, em tempos correntes, do poder criativo normativo que detém os magistrados no exercício das suas atividades. O que se discute presentemente, todavia, consoante lição de Dirley da Cunha Jr (2004 p. 337), é o grau dessa criação do Direito e os seus limites, até porque, por óbvio, a criação judicial do Direito não é livre, assim como também não o é o modo legislativo de produzi-lo, pois há limites materiais e formais encarecidos pela Constituição.

Resta evidenciado, e sobre esse tema será assegurado tratamento pormenorizado linhas abaixo, que a criação deste instrumental, nos moldes como se deu no ordenamento jurídico brasileiro, deveu-se a uma conjunção de dois fatores presentes no cenário jurídico pátrio na época da construção da Constituição brasileira.

Afirma-se isto, apresentando os dois fatores que, a nosso ver, são os desencadeadores da criação da figura jurídica do mandado de injunção. Apresenta-se como primeiro fator, a configuração do texto normativo da Constituição Federal de 1988. Não restam dúvidas que o momento de redemocratização do Estado brasileiro, após mais de vinte anos de ditadura, refletiu – como sempre ocorreu na história –, sobretudo, na construção estrutural e normativa da Constituição de 1988.

O texto constitucional foi, em grande parte, uma reação aos desmandos do tempo ditatorial. Ademais, o medo de uma retomada do comando do Estado pelo Exército, fez emergir no cenário jurídico um texto constitucional demasiadamente analítico; eminentemente democrático-social, assegurando garantias e conferindo direitos fundamentais de todas as dimensões, com o intuito, ainda, de resgatar as promessas da modernidade não cumpridas em solo brasileiro.

Adiciona-se a tal conjuntura fática um segundo fator, este de cunho mais dogmático-jurídico, qual seja, a notória influência que a classificação das normas constitucionais, perpetrada por José Afonso da Silva – ainda dominante –, que remonta à obra do jurista italiano Vezio Crisafulli⁶, possuía e possui perante toda a comunidade jurídica brasileira o que fez repercutir nos pareceres elaborados à construção do Texto Constitucional brasileiro.

Os dispositivos constitucionais à luz da classificação desenvolvida por José Afonso da Silva possuem três dimensões eficaciais, quais sejam: as normas de eficácia plena, as normas de eficácia contida e das normas de eficácia limitada.

Em regra, como o próprio José Afonso da Silva aduz (2005, p.448-449), a regulamentação resta necessário nas hipóteses das normas constitucionais de eficácia limitada, normas estas que resguardam, em sua grande maioria, direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, quais sejam, os direitos sociais e democráticos dos cidadãos.

6 Consoante lição de Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p.136), o professor da Universidade de Trieste, Vezio Crisafulli, distingue as três modalidades de normas constitucionais, tomando por parâmetro o âmbito eficaz: normas de eficácia plena, normas de eficácia limitada de legislação e normas de eficácia limitada programática. As primeiras corresponderiam aos preceitos auto-executáveis, no que toca às normas de eficácia limitada de legislação estas impõem expressamente a atuação do corpo legislativo para integrar a eficácia do preceito constitucional ao preceito constitucional. As normas de eficácia limitada programáticas são enunciados preceptivos que vinculam os diversos órgãos do Estado à realização dos objetivos fundamentais da unidade política assinalados pelo poder constituinte originário.

Com efeito, uma Constituição Social-Democrática, amplamente diretiva, como é a nossa atual Lei Maior, albergadora de inúmeros dispositivos que outorgam direitos, condicionados à uma regulamentação posterior, conjugada com uma classificação doutrinária que parte da premissa de que parcela dos dispositivos constitucionais não têm aplicabilidade imediata, bem assim eficácia jurídica plena foi solo fértil para a concepção de um instrumento jurídico que visava a efetividade dos referidos direitos caso houvesse mora dos agentes responsáveis pela regulamentação.

Neste sentido cumpre colacionar posição de Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 659) sobre os objetivos da figura jurídica:

O objeto do mandado de injunção é transformar o direito abstrato em concreto. Tal providência resulta da histórica ausência de efetividade de diversos direitos consagrados em Constituições brasileiras precedentes, fato que decorreu da inércia legislativa.

Naquela época, dizia-se que estava-se criando um instituto jurídico com eficácia jurídica associada a um termo – alguns até afirmaram que este termo se daria com a revisão constitucional –, haja vista que este não teria mais razão de ser após a regulamentação dos dispositivos estipulados na Constituição. Pelo visto estavam errados e o que se percebe é que o termo – para ser otimista e não falar em condição – parece ser incerto, prova disso é a atualidade do tema no ano em que a nossa Constituição completa vinte anos de existência.

Nesta esteira de pensamento, passa-se a uma análise das diversas posturas hermenêuticas adotadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência no decorrer dessas duas décadas de convivência com o instituto do mandado de injunção.

3. EVOLUÇÃO HERMENEUTICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

De nada adianta o texto constitucional se não há vontade política em aplicá-lo. Já com quase vinte anos de vigência, a Constituição Federal, em vários dos seus dispositivos, é, diuturnamente, ofendida pela inação do Poder Público. Não são poucos os direitos, notadamente os de cunho social, que restam inefetivos, reflexo direto da inércia política em regulamentar-lhes o procedimento de aplicação.

Neste cenário, às pessoas titulares de direitos inviabilizados pela *mora legislatoris* não resta outra saída senão lançar mão da via processual do mandado de injunção colocada à disposição daqueles que pretendem conceder força normativa⁷ à Constituição.

7. Não há como falar em efetividade Constitucional sem recorreremos ao jurista alemão que tão bem tratou do tema. Para Konrad Hesse (1991, *passim*) a Constituição não configura apenas expressão de um ser, mas

Como todo instituto jurídico novo, o mandado de injunção não teve, mormente no que se refere aos efeitos de sua decisão, construção dogmático-jurisprudencial passiva. Inicialmente, o Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de não ser o único órgão competente para o julgamento do mandado de injunção, sempre foi aquele que deu o norte interpretativo sobre o assunto, concedeu aos efeitos da decisão do writ a eficácia de uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência da omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado.

Tal postura jurisprudencial teve como arautos os então Ministros Moreira Alves, Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek que nos julgamentos dos mandados de injunção MI n. 107-DF, MI n. 124-SP e MI n.362-0-RJ, respectivamente, esboçaram a postura dominante daquela Corte⁸.

Tal postura inicialmente adotada tem razões de cunho científico-jurídico, mas, também razões de cunho eminentemente político-pragmático. Eis a lição de Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 146) que corrobora a afirmação feita acima:

O temor dos Tribunais Superiores do uso em cadeia da ação constitucional para cada pleito individual pode ter conspirado para o insucesso do mandado de injunção. Isso porque, com medo de serem abarrotados de mandados de injunção para a proteção de direito individuais, resolveram reduzi-lo à ineficácia, servindo o instituto apenas para a declaração da mora legislativa.

Vê-se, pois, que ao percorrer a linha interpretativa inicialmente estabelecida pelo Tribunal Maior, o órgão julgador competente devia limitar-se a declarar a omissão inconstitucional, dando ciência ao agente inerte para que esse suprimisse a omissão, não estipulando qualquer prazo para tal mister.

Desenvolveu-se na doutrina uma teoria que explicava a referida postura do Supremo Tribunal Federal, teoria esta que se convencionou chamar de “teoria da subsidiariedade”, que nas palavras de Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 147) “vem do entendimento de que o mandado de injunção equivale a uma via subsidiária,

também de um dever ser. Assim, ela procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Desse modo, a Constituição jurídica e a Constituição real estão em relação de coordenação, condiciona-se mutuamente, mas não dependem uma da outra. Assim, não há comando constitucional donde não se pode extrair uma norma para o caso concreto.

8. Consoante Luis Roberto Barroso (2006, p. 204) “Outras decisões nessa mesma linha se seguiram: o mandado de injunção não é sucedâneo constitucional das funções político-jurídicas atribuídas aos órgãos estatais inadimplentes. Não legítima, por isso mesmo, a veiculação de provimentos normativos que se destinem a substituir a faltante norma regulamentadora sujeita a competência, não exercida, dos órgãos públicos. O STF não se substitui ao legislador ou ao administrador que se hajam absterido de exercer a sua competência normatizadora. A própria excepcionalidade desse novo instrumento jurídico impõe ao Judiciário o dever de estrita observância do princípio constitucional da divisão funcional do Poder (STF, DJU 1º.2.90, p. 280, MI 191-0-RJ, Rel. Min. Celso Mello

com características bem semelhantes à ação de inconstitucionalidade por omissão, diferindo especificamente no que se refere à legitimidade”.

É preciso dizer, por oportuno, que esta celeuma em torno do mandado de injunção percorreu não só os foros da jurisprudência, mas, também os lares da doutrina. Parcela desta entende, percorrendo os caminhos da teoria da subsidiariedade, que o mandado de injunção tem os mesmos efeitos que a declaração de inconstitucionalidade por omissão; outra, denominada intermediária, segue o caminho interpretativo que entende possível a estipulação de prazo para que a omissão seja suprida, antes da outorga do direito propriamente dito pelo Poder Judiciário e uma terceira entende que o Tribunal suscitado deve decidir o caso concreto criando uma norma que assegure e efetive o direito subjetivo inviabilizado.

Um dos algozes da teoria da subsidiariedade é o professor José Afonso da Silva (2005, p. 450-451) que em lição bastante lúcida aduz:

A tese é errônea e absurda, por que: (1) não tem sentido a existência de dois institutos com o mesmo objetivo e, no caso, de efeito duvidoso, porque o legislador não fica obrigado a legislar; (2) o constituinte, em várias oportunidades na elaboração constitucional, negou ao cidadão legitimidade para a ação de inconstitucionalidade; por que teria ele que fazê-lo por vias transversas?; (3) absurda mormente porque o impetrante de mandado de injunção, para satisfazer seu direito (que o moveu ao Judiciário), precisaria percorrer duas vias: uma, a do mandado de injunção, para obter a regulamentação que não poderia vir, especialmente se dependesse de lei, pois o legislativo não pode ser constrangido à legislar; admitindo que obtenha a regulamentação, que será genérica, impessoal, abstrata, vale dizer, por si, não satisfatória ao direito concreto; a segunda via é que, obtida a regulamentação, teria ainda que reivindicar sua aplicação em favor que, em sendo negada, o levaria outra vês ao Judiciário para concretizar seu interesse, agora por outra ação porque o mandado de injunção não caberia⁹.

Outros doutrinadores, dentre eles, o professor capixaba Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 148), sobre o tema se manifestou:

Em nosso sentir, a presente teoria não absorve o espírito de garantia constitucional do *writ*, porquanto a declaração do estado de inércia – assim como a mera cientificação desse estado – não é apta a satisfazer a pretensão do autor prejudicado pela omissão legislativa. É por isso que afirmamos: segundo a teoria da subsidiariedade, o mandado de injunção pouco tem de mandado – já que apenas científica- e menos ainda de injunção – pois, a declaração que deveria ser injuntiva (concedendo integração normativa), se limita a certificar o estado de inércia do órgão responsável.

9. Das palavras do constitucionalista percebe-se que esta segue a linha adotada pela teoria que se convencionou chamar teoria da resolutividade.

O professor Dirley da Cunha Jr (2007, p. 128) também insurgir-se contra essa corrente doutrinária, eis suas palavras:

Se não é próprio do mandado de injunção suprir as lacunas porventura existentes no ordenamento jurídico, não podemos transformá-lo, coerentes com a posição a ser aqui defendida em um mero sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Portanto, o mandado de injunção não pode ser concebido como um meio através do qual o Judiciário declara a inconstitucionalidade da omissão e dá ciência da mora à autoridade ou ao órgão competente para a adoção das providências cabíveis destinadas a suprir esta omissão.

Apresenta-nos, ainda, o professor baiano (2007, p, 129-130), para consolidar a repulsa à teoria da subsidiariedade, palavra do imprescindível José Carlos Barbosa Moreira que, tratando do tema, assim falou:

O melhor modo de compreender o remédio processual é aquele que leve a atribuir-lhe o máximo possível de eficácia. Conceber o mandado de injunção como simples meio de apurar a inexistência da norma regulamentadora e comunicá-la ao órgão competente para a edição (o qual, diga-se entre parêntese, presumivelmente conhece mais do que ninguém suas próprias omissões) é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação (...). Não se figura crível, com efeito, que a Constituição haja querido fazer uma coisa só de dois instrumentos que forjou separadamente: um deles, é óbvio, estaria sobrando. A assimilação mostra-se descabida e funesta; despoja de individualidade o mandado de injunção e subtrai-lhe toda e qualquer possibilidade de frutificar. Sejam sinceros: quem sairá dos seus cuidados para requerer providência tão inócua? A prevalecer esse entendimento, como há motivos para temer que aconteça, mais valerá que (na primeira reforma constitucional) se suprima pura e simplesmente o inciso LXXI do art. 5º. O mandado de injunção, porém, merece sorte melhor que essa morte precoce e inglória. Não será tempo, ainda, de salvá-lo? A última palavra, naturalmente caberá ao legislador, que mais cedo ou mais tarde terá que regula a matéria. Enquanto isso, é de desejar que ninguém assuma, para com o instituto de tão interessantes potencialidades, o triste papel de coveiro apressado.

Como se viu, o legislador não regulamentou o texto normativo que dispõe sobre o mandado de injunção que continua a percorrer, no que couber, o procedimento estabelecido para a via do mandado de segurança, não obstante, ouvindo os, já longínquos, reclamos do mestre carioca, a atual composição do STF tem seguido senda interpretativa no sentido de salvar a figura do writ, é o que se verá linhas abaixo, antes, porém, cumpre evidenciar uma corrente intermediária que dominou a Corte Constitucional brasileira por um largo período de tempo.

Com efeito, ante ao bombardeio de críticas e reclamos da comunidade jurídica, mas, muito mais, pela modificação da composição do STF, a interpretação sobre a eficácia jurídica do mandado de injunção ingressa em um segundo momento.

Houve – como gostam de denominar os Ministros que pelo STF passam – uma “evolução” no entendimento da Corte.

A partir do julgamento do MI n. 232-1-RJ que tratava, especificamente, da ausência de regulação na hipótese normativa do art. 195 §7º da CF/88, passou o STF a dotar o mandado de injunção de uma carga eficaz, em que a decisão deste passa não somente a declarar a existência da omissão legislativa, mas, agora, estipula um prazo para que o órgão competente elabore a regulamentação faltante, sob pena de, ultrapassado este prazo com a manutenção da mora, passe o impetrante a ser detentor do direito subjetivo estipulado no dispositivo constitucional pendente de regulamentação.

Impõe-se frisar que, já neste julgamento, parcela dos Ministros do STF, capitaneados pelo Ministro Marco Aurélio Mello, pretendiam além de declarar a omissão inconstitucional ir mais à fundo para assegurar à impetrante, de pronto, a isenção da contribuição para a seguridade social que a Constituição garante às entidades filantrópicas. Como sabido, esta postura quedou-se vencida e, naquele momento, o STF, pela sua maioria, determinou que o Congresso se pronunciasse no prazo de seis meses, sob pena de ser considerada imune a entidade impetrante.

Esta posição é classificada doutrinariamente como a teoria mista, haja vista transitar entre a teoria da subsidiariedade e a teoria da resolutividade – adiante examinada. Essa postura do Supremo Tribunal Federal, como visto, estipula ao órgão responsável prazo razoável para criar a norma regulamentadora que inviabiliza o direito resguardado e, caso a inércia do referido órgão se mantiver, concedesse o direito subjetivo ao impetrante para que esse busque, pela via jurisdicional ordinária, a satisfação de seu direito.

Como se ressaltou na apresentação deste trabalho, houve, em, tempos recentes, uma renovação acentuada na composição dos Ministros da Corte Maior do país. Esta alteração na composição fez reacender temas até então pacificados pela jurisprudência daquela Corte, dentre eles não faltou o que tratava da eficácia jurídica que devia-se conferir ao mandado de injunção.

Fora no julgamento do MI n. 712-PA que se proferiu a última guinada para a atual concepção dos efeitos advindos do julgamento do mandado de injunção. A tese desenvolvida por Marco Aurélio Mello teve guarida nos votos dos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau (relator) que, para além de declarar a omissão legislativa, vêem no mandado de injunção via adequada para autorizar o exercício imediato do direito inviabilizado pela ausência de norma regulamentadora.

Outros dois julgamentos analisados conjuntamente servem como paradigma para a alteração da postura interpretativa do Supremo Tribunal Federal, trata-se

do MI n. 283-5-DF e do MI n. 384, no primeiro ficou assentado pelo Tribunal que incorria em inconstitucionalidade o Congresso Nacional ao não elaborar a norma regulamentadora do dispositivo constitucional constante no art. 8º §3º, do ADCT, de modo que estipulou prazo para que a omissão fosse suprimida, sob pena de o impetrante poder exercer seu direito subjetivo pela via processual adequada. Adotou-se, como visto, a teoria mista.

No segundo julgamento, tratando da mesma matéria, o STF declarando a continuidade da mora legislativa, ultrapassou a fase de concessão de prazo para a diretamente conceder ao impetrante o direito subjetivo à reparação econômica no texto dispositivo constitucional estipulado. Percebe-se, assim, a evolução na interpretação do mandado de injunção.

Essa última postura adotada pela jurisprudência da Corte Maior, aproximando, como se vê, dos institutos inspiradores da família da *common law*, é denominada teoria da resolutividade. De acordo essa teoria, o órgão jurisdicional suscitado deve criar a norma aplicável ao caso concreto satisfazendo, assim, a pretensão do impetrante¹⁰.

Cumpra salientar, ainda, consoante lição de Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 149) que dentro dessa corrente, ainda é possível identificar duas vertentes:

uma defendendo que os órgãos competentes para julgar o mandado de injunção devem, além de editar concretamente a norma faltante, resolver efetivamente a lide, prolatando decisão condenatória, constitutiva ou declaratória, segundo o pedido confeccionado pelo autor; e outra se posicionando no sentido de que as cortes (competentes para julgar o mandado de injunção) devem apenas se limitar a integração normativa, estando o mandado de injunção vinculado à existência anterior de um processo, em que o exercício de uma direito subjetivo constitucional tenha sido inviabilizado por omissão legislativa.

A nosso ver, é a primeira corrente a mais coerente com a mudança perpetrada pela jurisprudência do STF, bem assim mais consentânea com os anseios desta Corte dar maior celeridade à prestação jurisdicional, de modo que entendemos ser esta a que deve-se seguir.

Ainda sobre o tema, disse-se, linhas acima, que o STF não é o único órgão competente para julgamento de mandado de injunção, os Tribunais de Justiça do

10. Corroborar com este posicionamento a consolidação do sistema de controle de constitucionalidade das leis, vez que, em última instância, trata-se do exercício de uma função legislativa negativa, retirando, pois, do ordenamento normas contrárias à Constituição. Assim sendo, não se vê porque negar a possibilidade de o STF ou até mesmo o magistrado de primeiro grau – fazendo-se uma relação inevitável com o controle difuso e concentrado de constitucionalidade – controlar as omissões dos demais poderes públicos agindo e implementando funções que inicialmente competiam à estes.

Estado podem dentro de sua competência julgar o pedido inserto no mandado de injunção. Diz-se isto para ilustrar que essa atual postura do STF, adotando a teoria da resolatividade, na sua vertente que confere ao órgão julgador resolver efetivamente a lide, já vinha sendo aplicada em alguns Tribunais. Prova disso é a postura adotada pelo TJRJ no voto da lavra do, sempre magistral, José Carlos Barbosa Moreira. Neste julgamento, decidiu o TJRJ que o mandado de injunção não existe somente para a declaração da omissão legislativa, mas também para criar norma concreta que concedia o direito subjetivo ao impetrante que até então restava inviabilizado pela mora legislativa. Eis excerto do voto do professor carioca:

Imprime-se maior efetividade prática ao remédio constitucional que, assim manejado, passa a corporificar instrumento verdadeiramente útil à proteção de direitos previstos na Lei Maior, mas de exercício inviabilizado pela inércia do órgão regulamentador, suscetível – sem essa válvula de frustrar, indefinida e intoleravelmente, o cumprimento do que determina a própria Constituição, conforme é sabido que aconteceu, ao longo da nossa história, em hipóteses cuja repetição, justamente, se quis evitar.

Consoante Rodrigo Reis Mazzei (2007, p. 148) essa é a “posição que mais apaz a maioria dos juristas, e que parece mais adequada ao espírito do instituto, é a que considera a decisão final do mandado de injunção como constitutiva inter partes, em relação à norma faltante”.

Acresce-se, ainda, que, além de ser a mais palatável para a doutrina em geral, é, sem sombra de dúvida, a que mais se aproxima com o postulado da efetividade constitucional.

No que concerne à teoria da resolatividade cumpre colacionar, ainda, a sempre proveitosa lição de Dirley da Cunha Jr (2007, p. 133):

Cumpra ao mandado de injunção, isto sim, uma função louvável e digna de um verdadeiro *writ* ativador constitucional de liberdades: garantir, no caso concreto, o imediato desfrute dos direitos fundamentais, violados em virtude da omissão do poder público.

Todavia, não podemos ignorar que, para tornar exercitável o direito fundamental paralisado em face da inércia do poder público, tem o Judiciário que suprir tal omissão, formulando a norma necessária para prover o caso concreto. Essa norma supridora da omissão consistirá no próprio provimento judicial, que estabelecerá os critérios relevantes e as condições necessárias para o desfrute imediato do direito, com vistas à resolução do caso concreto, sem qualquer solução de continuidade. Com o presente *writ of injunction*, portanto, o juiz não mais faz senão garantir o imediato desfrute de um direito fundamental, tornando realidade a sua pressuposta aplicabilidade imediata, a teor da normativa-princípiosológica consagrada no §1º do art. 5º da Carta Federal. Daí afirmar-se

que o mandado de injunção destina-se a conferir operacionalidade prática ao princípio da aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais (art. 5º, §1º), o que consiste, em última instância, em realizar o direito fundamental à efetivação da Constituição.

Esta também é a postura adotada por Luis Roberto Barroso (2006, p. 205) que ao comentar o dispositivo constitucional, assim asseverou:

Em consequência afigura-se fora de dúvida que a melhor interpretação do dispositivo constitucional (art. 5º, LXXI) e de seu real alcance está em ver no mandado de injunção um instrumento de tutela efetiva de direitos que, por não terem sido suficientemente ou adequadamente regulamentados, careçam de um tratamento excepcional, qual seja: que o Judiciário supra a falta de regulamentação, criando a norma para o caso concreto, com efeitos limitados às partes do processo. O objeto da decisão não é uma ordem ou recomendação para edição de uma norma. Ao contrário, o órgão jurisdicional substitui o órgão legislativo ou administrativo competentes para criar a regra, criando ele próprio, para fins estritos e específicos do litígio que lhe cabe julgar, a norma necessária.

Toca o STF com sua atual composição, quase vinte anos após, na interpretação que sempre mereceu o mandado de injunção, dotando-o de eficácia plena e consentâneo com o postulador da interpretação dos dispositivos constitucionais, qual seja, o postulador da máxima efetividade¹¹. Ademais, crê-se ter sido, com a atual interpretação, alcançada os anseios do Poder Constituinte originário ao inserir tão importante garantia no seio da Constituição.

Apresentado, enfim, este quadro evolutivo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante ao grau de eficácia jurídica do mandado de injunção, resta imprescindível pontuar as alterações reflexas dessa nova postura hermenêutica, notadamente as concernentes ao procedimento do writ.

4. QUESTÕES REFLEXAS À ADOÇÃO DA TEORIA DA RESOLUTIVIDADE

4.1. Legitimidade passiva *ad causam* no mandado de injunção

Adotada a teoria da resolutividade pelo STF, o que, a nosso sentir, é a mais consentânea com os princípios norteadores da interpretação do texto constitucional, passa o mandado de injunção a ter carga eficaz suficiente para interferir

11. Conforme ensina Dirley da Cunha Jr (2004 p. 352) “é necessária a superação de certas idéias conservadoras da doutrina constitucional tradicional, que ainda não adaptou as suas lições às condições diferenciadas do moderno Estado Social, e o desapego aos velhos dogmas do constitucionalismo clássico, indo me rumo à construção de novos paradigmas, onde a Constituição e os direitos fundamentais deixem de ser meras retóricas políticas ou promessas demagógicas, para se tornarem realidades vivas”.

diretamente na situação jurídica dos sujeitos envolvidos na lide. Neste passo, saber quem devem ser os sujeitos envolvidos no procedimento jurisdicional da referida garantia constitucional é a primeira questão que se coloca.

Com efeito, nos idos em que se adotava a teoria da subsidiariedade, a Corte Maior firmou entendimento de que devia-se dar interpretação restritiva no que tange à legitimidade passiva *ad causam* do mandado de injunção. Para tanto, valeu-se da postura de que a legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda do mandado de injunção seria, exclusivamente, da autoridade ou do órgão responsável pela norma regulamentadora.

Ilustra-se tal assertiva com excerto do voto da lavra do Ministro Moreira Alves no MI 323-8-DF:

Em face da natureza mandamental do mandado de injunção (...), ele se dirige às autoridades ou órgãos públicos que se pretendem omissos quanto à regulamentação que viabilize o exercício de direitos e liberdades constitucionais (...), não se configurando assim, hipótese de cabimento de litisconsórcio passivo entre essas autoridades e órgãos públicos que deverão, se for o caso, elaborar regulamentação necessária, e particulares, que em favor do impetrante do mandado de injunção, vierem a ser obrigados ao cumprimento da norma regulamentadora, quando vier esta em decorrência de sua elaboração, a entrar em vigor.

Até aí, nenhum problema, vez que, como dito alhures, a eficácia do mandado de injunção segundo a referida teoria seria a de dar ciência ao Poder Público de sua mora em regulamentar o dispositivo constitucional carente de aplicabilidade.

Sucedem, entretanto, que, a reboque da nova composição do Supremo Tribunal Federal vieram as alterações/evoluções de sua jurisprudência. Dentre as evoluções jurisprudenciais presenciadas, aqui nos importa a adoção, acima analisada, da teoria da resolutividade no que concerne ao tratamento do *writ* injuncional.

Em se firmando essa posição adotada pelo STF nos julgamentos dos últimos mandados de injunção, em que atribuiu-se à este a função de viabilizar os direitos constitucionais pendentes de regulamentação, restar-se-á imprescindível questionar como fica a questão sobre quem deve figurar no pólo passivo da demanda. Isso porque, caso não haja uma alteração do procedimento de prestação jurisdicional nestas hipóteses estar-se-á a precensiar manifestae direta ofensa à cláusula geral do devido processo legal e de seus corolários, qual sejam, a ampla defesa e o contraditório. Explica-se: não se pode conceber que alguém que não figura na relação processual do mandado de injunção possa sofrer as injunções provenientes de seu julgamento.

A título de exemplificação, imagine-se a situação em que um empregado que laborou mais de dez anos em uma empresa, surpreendido com a rescisão sem

justa causa do pacto laboral, impetre mandado de injunção em face do Congresso Nacional para que este regulamente o dispositivo constitucional constante no art. 7º inc. XXI, bem assim para ver seu direito resguardado constitucionalmente tornar-se efetivo. Consoante a nova postura do Supremo Tribunal Federal, compete a este órgão, constatando a mora legislativa, efetivar o direito do impetrante elaborando a norma jurídica para o caso concreto, não obstante a continuação da inércia legislativa do Poder Público. A construção da norma jurídica para caso concreto não deve seguir outro caminho – caso comprove-se que o impetrante tem o direito –, senão o de ampliar o prazo mínimo de trinta dias do aviso prévio.

Ocorre que, quem deverá manter o empregado em aviso prévio por mais tempo ou, então, indenizá-lo pelo não cumprimento do mesmo será o empregador, ou seja, os efeitos mandamentais da injunção quedar-se-ão sobre este. Agora, a pergunta que não quer calar: onde estava o empregador quando o Poder Judiciário elaborara a norma concreta que afetaria diretamente sua esfera jurídica, não deveria ter figurado, ele, como litisconsórcio passivo necessário da demanda?

Esta, sem dúvida alguma, é uma das principais questões que caminham ao lado da alteração de postura do STF ao adotar a teoria da resolutividade no mandado de injunção. Além disso, uma vez que resta imperioso – como se demonstrará linhas abaixo – a presença da parte que sofre a injunção no procedimento do mandado de injunção, outra pergunta surge: como deve ser o procedimento para tanto, de modo a não ferir o postulado do devido processo legal em sua feição substancial¹²?

Antes, porém, de iniciar a tentativa de responder a tais questionamentos, deve-se esclarecer que, a despeito da quase exclusividade de tratamento dado ao julgamento do mandado de injunção pela Corte Constitucional, o que aqui se dirá, feitas as suas adaptações, poderá ser estendido aos demais Tribunais competentes para o julgamento da via instrumental do mandado de injunção.

No que concerne à primeira indagação, outra resposta não pode ser dada, senão aquela que segue a linha em que deve-se tornar obrigatório a presença do sujeito que sofrerá os efeitos da injunção no pólo passivo da demanda.

Sobre a referida necessidade já se pronunciou Dirley da Cunha Jr (2007, p. 126):

12. Para R. Ives Braghittoni (2002 p. 23): “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito ao procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também a de ser aderente à realidade social e consentâneo com a relação de direito material controvertida”.

Por conseguinte, para nós, a legitimidade passiva no mandado de injunção deve incidir sobre a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que viria a suportar o ônus de eventual concessão do writ e não sobre a autoridade ou o órgão público responsável pela edição da norma regulamentadora, até porque a expedição da norma regulamentadora não é o objeto da injunção, mas sim o gozo imediato do direito. É bem verdade que, não raro, a pessoa incumbida de atuar para tornar realizável o direito é a mesma responsável pela elaboração da norma regulamentadora. Mas quando inexistir essa coincidência (...) a parte passiva será exclusivamente aquela que suportar a concessão do *mandamus*.

Veja que o referido autor fala em *exclusividade*, quanto à esse ponto, entretanto, ousamos discordar do professor, mormente pela alteração de competência que adviria para julgar o mandado de injunção, resultante desta postura, haja vista que trata-se de competência constitucional absoluta relativo à pessoa/órgão (funcional) envolvido, conjugada com o que ver-se-á abaixo no tocante à tendência do STF atribuir eficácia *erga omnes* ao controle difuso de constitucionalidade do qual o mandado de injunção e via adequada.

Neste sentido, também, a professora Flávia Piovesan (1995, p. 127), para quem:

cabe mandado de injunção tanto nas relações de natureza pública como nas relações privadas, como, por exemplo, nas relações de direito privado, hipótese em que envolvem os direitos previstos no artigo 7º do Texto Constitucional. Nesta ótica, sustenta-se que no mandado de injunção a legitimidade passiva recai sobre a parte privada ou pública que viria a suportar o ônus de eventual concessão de injunção. Isto é, a legitimidade passiva recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.

Mais uma vez, ousamos discordar no tocante à exclusão da autoridade ou órgão responsável pela regulamentação do pólo passivo da demanda, por, além das razões acima especificadas, entendermos que caso isso ocorresse fugiria a competência do STF para julgar os mandados de injunção nestas hipóteses, o que restaria inconcebível, no momento em que não se pode afastar daquele o juízo de admissibilidade do mandado de injunção, notadamente no que concerne à verificação da omissão legislativa dos órgãos e autoridades sujeitos à sua jurisdição.

Essa também a visão de Luis Roberto Barroso (2006, p. 207) sobre o tema:

Consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – impõe que se defina, como passivamente legitimado *ad causam*, na relação processual instaurada, o órgão público inadimplente, em situação de inércia inconstitucional, ao qual é imputável a omissão inviabilizadora do exercício de direito, liberdade e prerrogativa de índole constitucional (STF, RTJ 139/712, MI 284-DF, Rel. Min. Celso de Mello). Em sentido contrário, e, a meu ver, com

melhor razão, decidiu o TJRJ: A legitimação passiva do mandado de injunção deve recair sobre a parte à qual cabe prestar a obrigação decorrente da norma a integrar, não se incluindo o órgão que haja quedado inerte (TJRJ MI 6/90, Rel. Des. José Carlos Barbosa Moreira).

Ora, não restam dúvidas, como se vê, de que a melhor doutrina perfilha caminho no sentido de incluir no pólo passivo da demanda o sujeito que deve sofrer as injunções resultantes do julgamento a ser proferido.

Agora, e, neste momento, já respondendo ao segundo questionamento, anteriormente feito, passa-se a um esboço de como deve-se dar a inserção desse novo sujeito processual, de modo a ver-se respeitado o postulado do devido processo legal em sua matiz substancial. Pressuposto necessário, contudo, é a familiarização com essa nova dinâmica dada ao postulado do devido processo legal. Sabe-se que muito já se disse sobre o assunto, mas pecado menor é pecar em prol da cautela.

Com efeito, em tempos correntes, a doutrina o decompõe em duas garantias, a saber: participação (audiência; comunicação; ciência) e a possibilidade de influência na decisão.

Neste sentido é a lição de Fredie Didier Jr (2006 p. 59):

A faceta básica, que eu reputo a formal, é a da participação; a garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. Isso é o mínimo e é o que quase todo mundo entende como princípio do contraditório. De acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, a garantia do contraditório simplesmente ao dar ensejo à ouvida da parte, ao deixar a parte falar. Há o elemento substancial desta garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. Não adiante permitir que a parte, simplesmente participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, e, claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

É dizer, consentâneo com as teses substancialistas dos direitos fundamentais, o devido processo legal, enquanto elemento desta categoria, do qual é corolário o princípio do contraditório também deve ser considerado para além de sua feição meramente formal (*procedural due process*) e passar a ser concebido como direito substantivamente resguardado (*substantive due process*), de modo que torna-se pressuposto inafastável para justiça da decisão judicial¹³.

13. No dizer de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2003 p.137) “Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e desde com as partes, segundo as regras formais do processo”.

Dito isso, torna-se evidente que a presença formal da parte, sobre a qual poderão recair os efeitos da injunção, não é suficiente para que o rito procedimental do mandado de injunção esteja assente com o devido processo legal. Deve-se, sim, haver um procedimento amplamente dialógico capaz de influenciar materialmente na decisão do writ.

Outros fatores referentes ao procedimento do *writ*, todavia, precisam ser ponderados. Em primeiro lugar, está-se falando de uma Corte que se pretende constitucional, em que os procedimentos tendem a ser céleres e de suma importância para a sociedade como um todo, não podendo descer às minúcias de casos concretos. Outra questão de cunho mais pragmático é a inacessibilidade que é demandar e ser demandado em um órgão de tamanha magnitude, seja pela questão do traslado, seja pelo custo com advogados que militam em tal corte, dentre outros. Mas o que mais nos chama a atenção, e, aqui, pede-se um pouco mais de cautela, é a conjugação da adoção da teoria da resolutividade do mandado de injunção com a tendência da jurisprudência do STF em conceder eficácia *erga omnes* às decisões no controle difuso de constitucionalidade¹⁴, tema este que será desenvolvido abaixo.

4.2. Mandado de injunção e controle de constitucionalidade

O mandado de injunção é via processual cujo principal pressuposto de admissibilidade é a verificação de uma omissão inconstitucional. Daí porque ser esta via amplamente utilizada no controle difuso de constitucionalidade, notadamente perante a Corte Maior deste país.

Dito isso, é preciso, previamente, tecer alguns comentários sobre mais uma alteração – para não dizer revolução – da postura jurisprudencial do STF, agora no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, haja vista atingir diretamente o processamento e os efeitos do mandado de injunção, mormente se levar-se em conta a carga eficaz de que este, hodiernamente, é dotado.

Adota-se no Brasil um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, ou seja, presencia-se no ordenamento jurídico pátrio tanto o modelo difuso de controle judicial de constitucionalidade como o modelo concentrado de controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. No modelo difuso de controle de constitucionalidade as questões de constitucionalidade não podem

14. Tal preocupação ganha em importância no momento em que, hodiernamente, pretende-se atribuir eficácia *erga omnes* às questões de constitucionalidade das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade prescindindo-se, assim, da hipótese normativa do art. 52, X, da Constituição da República

ser submetidas ao julgamento dos órgãos judiciários pela via principal – ação –, ou seja, em um adequado e autônomo processo constitucional instaurado, com adequada ação, mas, sim, de forma incidental sendo a inconstitucionalidade a causa de pedir da ação.

As questões constitucionais decididas no bojo das ações viabilizadoras do controle difuso de constitucionalidade, até, então, tinha efeitos *inter partes* e não vinculava os demais sujeitos que poderiam, em outra ação, suscitar a mesma questão decidida anteriormente pelo órgão jurisdicional.

Ocorre que, transita pelo STF, mas precisamente no seio da Reclamação Constitucional¹⁵ nº 4335-5/ACRE¹⁶, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes, corrente, por ele capitaneada, perfilhando caminho no sentido de dar provimento à referida medida e reconhecer a eficácia “*erga omnes*” da decisão do STF prolatada, em controle concreto e difuso, no HC nº 82.959-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em sessão plenária de 23.2.2006. A linha argumentativa do Ministro Relator da supracitada Reclamação segue senda em que a exigência de que a eficácia geral da declaração da inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada pela Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas.

Ora, verificar-se-á – caso a tese saia vencedora – situações em que pessoas, que não participaram do processo constitucional do qual gerou a decisão constitucional com eficácia para todos, serem atingidas sem terem exercido sua garantia fundamental ao contraditório.

Tal situação ganha foros de dramaticidade na hipótese do controle difuso realizado incidentalmente na via do mandado de injunção. Isso porque, em sendo mantido o procedimento do mandado de injunção sem nenhuma adaptação às

15. O Ministro Gilmar Mendes acrescenta aos seus argumentos que, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rel. nº 1880, 23.05.2002), o Tribunal reconhece o cabimento de reclamações que comprovem prejuízo resultante de decisões contrárias às teses do Supremo Tribunal Federal, em reconhecimento à eficácia vinculante *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em sede de controle concentrado.

16. A Reclamação Constitucional em epígrafe foi ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Acre, em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco, no Estado do Acre, que indeferiu o pedido de progressão de regime em favor de vários réus que cumprem penas de reclusão em regime integralmente fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos. O reclamante alega o descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, quando a Corte afastou a vedação de progressão de regime aos condenados pela prática de crimes hediondos, ao considerar inconstitucional o §1º, do artigo 2º, da Lei n. 8072/1990 (Lei de crimes hediondos).

alterações jurisprudenciais recentes – a adoção da teoria da resolutividade e a concessão de eficácia *erga omnes* e vinculante à questão constitucional no controle difuso de constitucionalidade – estar-se-á ferindo duplamente o postulado do devido processo legal.

Como dito alhures, a teoria da resolutividade pode desaguar em ofensa ao devido processo legal no momento em que pode impor ônus processuais a um sujeito que não participou da relação processual, bem como a eficácia *erga omnes* das decisões do controle difuso de constitucionalidade, pode fazer com que pessoas que, de igual, modo não participaram do processo, sofram os efeitos dessa decisão paradigma.

De modo concreto, imagine-se a hipótese de concessão de aviso prévio proporcional ao impetrante do mandado de injunção, suscitada acima. Agora, imagine-se a hipótese em que em um mandado de injunção impetrado por este empregado, na condição de via adequada para o controle difuso de constitucionalidade, possa repercutir em todas as outras relações similares na sociedade, ou seja, fazendo transcender os motivos determinantes dessa decisão a outras relações de trabalho. Ver-se-á, então, a hipótese de um empregador, cujo empregado nem ao menos tenha impetrado mandado de injunção, ser afetado diretamente em sua situação jurídica por uma relação processual que nem mesmo faça idéia de sua existência.

Assim sendo, como implementar alterações ao procedimento do mandado de injunção que possa assegurar o respeito à cláusula do devido processo legal, mormente no que concerne aos corolários do contraditório e da ampla defesa?

Volta-se ao que fora dito linhas acima, para dizer que não há como imaginar, notadamente por tratar-se do órgão jurisdicional máximo do país, da participação direta de todos os possíveis afetados pela decisão de um mandado de injunção com efeitos *erga omnes*. Desse modo, resta claro que as adaptações ao procedimento do mandado de injunção nestas hipóteses passa pela adoção de uma imprescindibilidade do instituto do *amicus curae*, bem, assim, a possibilidade da modulação dos efeitos das decisões dotadas de eficácia contra todos.

Figura imprescindível, portanto, no desenrolar procedimental destes processos será o *amicus curae*, e, aqui, propõe-se a imperiosidade de sua presença em todos os procedimentos cujos resultados advirão decisões com eficácia *erga omnes*. Diz-se isto, porque, como sabido, assegura o direito positivo brasileiro no art. 482 §3º do CPC, a possibilidade do relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Ora, a proposta, neste momento ventilada, parte da premissa de que ter-se-á um dever, e não um mero poder – faculdade –, para o relator, de modo a imaginar-se uma relevância de cunho objetivo nos processos de controle de constitucionalidade difuso cuja decisão possa adquirir foros de generalidade. Pode-se argumentar, ainda, por meio de uma interpretação mais elástica, em que os poderes concedidos aos magistrados são em verdade poderes-deveres¹⁷¹⁸, de modo que o chamamento do *amicus curae* ao processo torne-se obrigatório.

Ensina, ainda, Fredie Didier Jr (2007, p. 356) que:

É o *amicus curae* verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerido pelo próprio *amicus curae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.

Prossegue o professor Fredie Didier Jr (2007, p.357) seu magistério, no que concerne à intervenção do *amicus curae* em sede do Supremo Tribunal Federal:

A intervenção do ‘amigo do tribunal’ serve, nestes casos, para proporcionar ao Supremo Tribunal Federal “pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões dos seus julgamentos. A relevância social de alguns tipos de causa é fator para uma adequação objetiva da tutela jurisdicional, que deve ter suas peculiaridades procedimentais modificadas de acordo com as características do objeto do processo. A ouvida/manifestação do *amicus curae* é uma das manifestações desta adequação; sobretudo uma especialização procedimental, que não se confunde com qualquer espécie de fenômeno interventivo.

Sobre o tema, bem tratou, Dirley da Cunha Jr (2004, p.165):

A intervenção do *amicus curae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade pluraliza o debate dos principais temas do direito constitucional e propicia uma maior abertura no seu procedimento e na interpretação constitucional, nos moldes sugeridos por Peter Härbele em sua sociedade aberta de intérpretes.

Verifica-se que o professor Dirley da Cunha Jr trabalha com o controle de constitucionalidade concentrado ou objetivo, o que não minora sua contribuição

17. Elio Fazzalari (1996, *passim*) esclarece que os agentes públicos não são titulares de simples situações deveres e sim situações complexas de deveres coordenados, às quais se atribui o nome de funções.

18 Para André Fontes (2002, p.106) o poder-dever seria: “o exercício de um poder efetuado no interesse de outrem, ou seja, para realizar o interesse de outrem”. Ora, resta claro que na prestação jurisdicional o magistrado atua no interesse de outrem, quais sejam, as partes direta e a sociedade indiretamente, por tais motivos, é que se costuma dizer que a função do órgão jurisdicional tem sempre um conteúdo de dever, pois os atos das partes costumam gerar deveres para o Estado-juiz. O dever do juiz de motivar a decisão, por exemplo, é realizado no interesse das partes primordialmente. Seria o poder-dever, situação jurídica ao qual está submetido o juiz uma espécie de sincretismo das situações jurídicas passivas e ativas, vez que, em um mesmo ato, encontram-se características tanto de uma quanto de outra, daí a dificuldade de se afirmar que o Juiz possui uma situação jurídica ativa ou passiva no processo.

ao presente trabalho, vez que neste o que se demonstra é, justamente, uma aproximação dos conceitos jurídico-positivos de ambos, notadamente, a eficácia *erga omnes* e vinculante de suas decisões.

A participação do *amicus curae* assegura o caráter dialógico do processo, em que a manifestação de juristas e órgãos da sociedade civil servem para democratizar as decisões do Supremo Tribunal Federal e, assim, fundamentar a legitimidade das decisões da jurisdição constitucional.

Assevera, com propriedade, Walber de Moura Agra (2005, p.292):

A função do *amicus curae*, figura que nasceu no direito anglo-saxônico, é colaborar com o órgão que exerce a jurisdição, fornecendo-lhe o maior número possível de informações para que a decisão possa ocorrer de forma consciente. Sua atuação é uma prática difundida nos Estados Unidos, configurando-se na oportunidade que uma pessoa não envolvida no processo nem como parte nem como terceiro interveniente tem para fornecer subsídios com o intento de dirimir eventuais dúvidas que surjam durante o julgamento.

Neste momento do trabalho não se pode prescindir das acuradas lições de Peter Häberle (2002, p.13) que, com o desiderato de realizar uma passagem de uma sociedade fechada de intérpretes da Constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta, propõe:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos (forças produtivas de interpretação), não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Vale dizer, os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade¹⁹.

Com destreza peculiar, enuncia Peter Häberle (2002 p.19) que:

[...] a investigação sobre os que participam do processo de interpretação é, de uma perspectiva sócio-constitucional, consequência do conceito republicano da

19. Colhe-se das lições de Peter Häberle (p.2002 63-64) que o pensamento possibilista contribui ao estudo do Estado Constitucional, na medida em que amplia o horizonte hermenêutico para acolher novas realidades. Nesta tarefa, o pensar possibilista abre fendas novas na ciência jurídica constitucional, de modo a, valendo-se das alternâncias temporais, adequar o conhecimento sobre esta com o escopo de que em um Estado Constitucional Democrático ampliem-se as concepções do que seja tolerância, pluralismo, direito das minorias, representatividade de interesses não organizados, direitos sociais e culturais fundamentais ou básicos dentre outros. O pensamento possibilista situa-se como pensamento oposto ao racionalismo crítico justamente por não conceber nada como acabado e dotado de significado único e racional, ao contrário tal pensamento parte de pressupostos de que os conceitos são cambiantes, não podendo ser algo acabado senão eterno projeto de si mesmo.

interpretação aberta que há de ser considerada como objetivo da interpretação constitucional. Uma teoria da constituição que se concebe como ciência da experiência deve estar em condições de, decisivamente, explicitar os grupos concretos de pessoas e os fatores que formam o espaço público (*Öffentlichkeit*), o tipo de realidade de que se cuida, a forma como ele atua no tempo, as possibilidades e necessidades existentes.

Ante o novo paradigma do Estado constitucional-democrático, é preciso reconhecer que a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para os órgãos estatais, até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional.

Consoante Walber de Moura Agra (2005, p.195), abeberando-se das idéias de Habermas:

A idéia de Habermas é estabelecer uma jurisdição constitucional com base em uma democracia participativa, que propicie a atuação efetiva dos cidadãos, o que seria um antídoto contra a ameaça de que os tribunais constitucionais se fechem em um ciclo autônomo de decisões. Essa jurisdição deve se basear em argumentos racionais, permitindo sempre a inclusão de participantes no debate público, com ligações intrínsecas com a sociedade. Ele constrói a legitimidade da jurisdição constitucional fundada no agir comunicativo, que busca formar uma teoria de justificação, cujas decisões judiciais sofrem injunções diretas do espaço público que, por sua vez, deve garantir a mais completa participação isonômica dos cidadãos e da sociedade civil organizada, formando um canal entre a população e os entes estatais.

Aduz Walber de Moura Agra (2005, p. 198) que podem-se traçar algumas simetrias entre Habermas e Härbele no sentido de que ambos têm o escopo de democratizar de forma mais incisiva as decisões da jurisdição constitucional, sendo essas expostas ao debate público, principalmente no concernente à ampliação dos intérpretes da *Lex Mater*.

Com Peter Härbele (2002 p.36) verifica-se que “numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação de processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos Fundamentais”.

Em outra obra Peter Härbele (2002, p. 65) enuncia:

En todo ordenamiento jurídico abierto, plural y libertatorio del ser humano surge un amplio espectro de múltiples formas que se institucionalizan como alternativas jurídicas y que ofrecen a su vez un espacio lo suficientemente amplio como para tomar decisiones, como para establecer los cauces de las libertades individuales y, em general, los de la propia racionalidad. Dichas formas presuponen una comunicación o lo más libre de cohibiciones posible – en sentido habermesiano –, es decir, que, por tanto.

Aduz, ainda, Peter Härbele (2002, p.38-39) que:

Democracia é o domínio do cidadão, não do Povo, no sentido de Rousseau. A democracia do cidadão está muito próxima da idéia que concebe a democracia a partir dos direitos fundamentais e não na concepção segundo a qual o Povo soberano limita-se a apenas assumir o lugar do monarca. Portanto, existem muitas formas de legitimação democrática, desde que se liberte de um modo de pensar linear e eruptivo a respeito da concepção tradicional de democracia. Alcança-se uma parte significativa da democracia dos cidadãos (*Bürgerdemokratie*) com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais.

Não se esquiva Peter Härbele (2002, p.44-45) do fato de que, à luz dos novos participantes do processo de interpretação constitucional, uma Corte Constitucional como o *Bunderverfassungsgericht*, que afere a legitimidade de interpretação de outro órgão, deve-se valer de diferentes métodos, tendo em vista exatamente os participantes da interpretação submetida à sua apreciação. Assim o controle da legitimidade e da participação democrática deveria variar proporcionalmente ao interesse da opinião pública.

Neste passo, Walber de Moura Agra (2005, p.290) elucida:

Quando os julgados do Supremo Tribunal Federal encontram respaldo na comunidade dos intérpretes da Constituição, auferem maior legitimidade, o que justifica maior extensão em sua incidência. Essa democratização das decisões do STF, permitindo maior participação de seus intérpretes, igualmente estabelece links com a sociedade, contribuindo para democratizar as decisões com a população em geral.

Consoante, enfim, Peter Härbele (2002, p.48-49):

[...] devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou se possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador. Igualmente flexível há de ser a aplicação do direito processual constitucional pela Corte Constitucional, tendo em vista a questão jurídico-material e as partes materialmente afetadas. Em resumo, uma ótima conformação legislativa e o refinamento interpretativo do direito constitucional processual constituem as condições básicas para assegurar a pretendida legitimação da jurisdição constitucional no contexto de uma teoria Democrática.

Das idéias de Peter Härbele extrai-se, pois, a imprescindibilidade de ampliação democrática no debate constitucional. A técnica processual que viabilizará a democratização e, desse modo, a legitimidade nas decisões proferidas no mandado de injunção, sem dúvida alguma, passa pela necessidade de se instituir a obrigatoriedade de oitiva do *amicus curae*.

Seguida tal técnica processual no procedimento de controle difuso de constitucionalidade pela via do mandado de injunção realizado pelo Supremo Tribunal Federal cuja decisão terá efeitos *erga omnes* não se vê o risco de violação do postulado do contraditório, bem assim do princípio democrático.

4.3. O caso das normas constitucionais programáticas

É indissociável a relação entre o mandado de injunção e as normas programáticas. Defendeu-se neste trabalho que a própria concepção dessa figura jurídica deu-se em razão da classificação das normas constitucionais assente na doutrina brasileira.

Sabe-se que a maior parcela da comunidade jurídica brasileira segue lição doutrinária de José Afonso da Silva. Este classifica as normas constitucionais em: normas de eficácia plena, contida e limitada com aplicabilidade mediata e imediata. Sucede, entretanto, que essa classificação tem sua matriz nas classificações iniciadas pelos juristas norte-americanos no fim do século XIX, de modo que resta imprescindível uma análise evolutiva da classificação de tais normas para melhor compreensão do que ao final se concluirá.

Na lição de Manoel Jorge e Silva Neto (2006 p. 131) foram a jurisprudência e a doutrina norte-americanas, capitaneadas por Thomas Cooley, que conceberam e elaboraram a classificação das normas constitucionais, do ponto de vista de sua aplicabilidade/eficácia, em *self-executing provisions* e *not self-executing provisions*. Para esta doutrina, as “normas *self-executing provisions* são desde logo aplicáveis, porque revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente matérias, situações e comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais *not self-executing provisions* são aplicáveis dependentes de leis ordinárias”.

Assevera, ainda, Manoel Jorge e Silva Neto (2006 p. 132) ter sido Rui Barbosa o difusor desta doutrina entre nós. Este conceitua as normas auto-executáveis como sendo as determinações, para executar as quais não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aqueles onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação. Não auto-executáveis são as que não revestem dos meios de ação, essenciais ao seu exercício, os direitos, que outorgam, ou os encargos, que impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo seu critério, os habilite a se exercerem.

Sucede, entretanto, não obstante o brilhantismo da lição barbosiana em epígrafe, que Rui não dera satisfatória justificativa às normas que, a despeito de

possuir força normativa, não geravam efeitos enquanto não adviessem normas infraconstitucionais reguladoras.

Justifica esta situação Manoel Jorge e Silva Neto (2006 p. 132-133) elucidando que:

[...] a teoria engendrada pro Thomas Cooley e divulgada no Brasil por Rui Barbosa atendia ao propósito da ciência do direito quanto à descrição do sistema do direito positivo nacional. As normas constitucionais ou eram auto-executáveis ou não auto-executáveis. Não havia espaço ou justificativa para maiores divagações teóricas ao cientista cometido ao encargo de descrever o sistema constitucional brasileiro da época.

É dizer, não havia, ainda, as normas de caráter programático, vez que estas foram inseridas pela primeira vez em um texto constitucional somente com as constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.

Assevera, pois, Manoel Jorge e Silva Neto (2006 p. 128), com acerto, ter sido a inserção de normas programáticas às constituições contemporâneas a motivadora do questionamento acerca da eficácia das normas constitucionais, haja vista que a classificação formulada por Cooley não mais atendia suficientemente aos reclames da doutrina no que toca à natureza e eficácia das normas constitucionais que impunha ao Estado metas essenciais a serem alcançadas.

Nesta esteira de pensamento, ensina Flávia Piovesan (1995, p. 53) que:

Um dos mais intensos debates sobre a aplicabilidade das normas constitucionais ocorreu na Itália, especialmente em face de decisões judiciais sobre aplicabilidade de normas da Constituição italiana de 1948, que apresentava marcante perfil programático. Este fator permitiu à doutrina italiana se concentrar na análise científica do tema, possibilitando a formulação de teorias sobre a aplicabilidade de diversas normas constitucionais

Com efeito, fora Gaetano Azzariti que promoveu a divisão das normas constitucionais em preceptivas e diretivas. Norma preceptiva seria aquela de (i) aplicação direta e imediata, com prescindência de atuação do legislador infraconstitucional para lhe integrar a operatividade plena, já a norma diretiva seria a que teria (ii) aplicação direta, mas não imediata, dependente de norma integrativa”.

Ensina Manoel Jorge e Silva Neto (2006 p. 136) que:

A classificação formulada por Azzariti, por força de recusar eficácia jurídica aos preceitos diretivos ou programáticos, não foi objeto de plena aceitação na doutrina italiana, tanto que, em obra clássica do moderno direito constitucional, Vezio Ciasfulli repugna os entendimentos antinormativistas, concluindo ser injuntiva a extração de efeitos jurídicos concretos das normas constitucionais de programa”.

O jurista Vezio Crisafulli distingue as três modalidades de normas constitucionais, tomando por parâmetro o âmbito eficaz: normas de eficácia plena, normas de eficácia limitada de legislação e normas de eficácia limitada programática. As primeiras corresponderiam aos preceitos auto-executáveis, no que toca às normas de eficácia limitada de legislação estas impõem expressamente a atuação do corpo legislativo para integrar a eficácia do preceito constitucional ao preceito constitucional. As normas de eficácia limitada programáticas são enunciados preceptivos que vinculam os diversos órgãos do Estado à realização dos objetivos fundamentais da unidade política assinalados pelo poder constituinte originário.

Na doutrina constitucional brasileira J. H. Meirelles Teixeira foi um dos primeiros autores a acompanhar a classificação dos preceitos constitucionais aventada por Crisafulli. Mais tarde, e com muito mais receptividade pela comunidade jurídica²⁰, José Afonso da Silva, em monografia específica sobre o tema, tendo, igualmente, como fundamento as lições de Vezio Crisafulli, classifica as normas em: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada, divididas estas, ainda, em normas de eficácia limitada de princípio institutivo e de princípio programático.

Por norma de eficácia plena, entende José Afonso da Silva: as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. As normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que fazem menção a uma legislação futura que poderão vir a limitar a sua esfera de eficácia. Desse modo, não é demais afirmar que são normas que admitem a intervenção do legislador ordinário, todavia, enquanto este não expedir a norma restritiva a sua eficácia será plena, em sendo assim, são de aplicabilidade direta e imediata.

Ainda na tarefa classificatória, José Afonso da Silva divide as normas de eficácia limitada em normas de eficácia limitada de princípio institutivo e normas

20. Não se pode olvidar, por oportuno, outras classificações que influenciam a doutrina, dentre elas, têm-se a classificação de Maria Helena Diniz, que divide as normas constitucionais em: a) normas com eficácia absoluta ou supereficazes; b) normas com eficácia plena; c) normas com eficácia relativa restringível e d) normas com eficácia relativa complementável ou dependentes de complementação, bem assim, conhecida classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto que dividem os dispositivos constitucionais em: em normas de mera aplicação, quando portadoras de aptidão suficiente para deflagrar todos os efeitos para os quais se destinam, estas dividindo-se em regulamentáveis e irregulamentáveis e normas de mera integração que são aquelas que padecem de auto-operatividade, porque necessitam seja expedido enunciado com eficácia integradora. Classificam-se, ainda, em normas complementáveis, quando ditada pelo constituinte originário a indispensabilidade de ulterior regulamentação legislativa e normas infringíveis, permissivas quanto à emissão de normatividade que venha a diminuir a sua amplitude.

de eficácia limitada de princípio programático. As de princípio institutivo visam dar corpo a órgãos e instituições, razão por que também podem ser chamadas de normas de princípio orgânico ou organizativo. As normas de eficácia limitada de princípio programático são aquelas que evidenciam os caráter compromissório das constituições modernas, o caráter de transição entre o Estado essencialmente absentéista para o Estado interventor.

Como sabido, esta classificação dominou e ainda domina o cenário jurídico brasileiro²¹, bem como é ela a razão por que ainda se discute o instituto do mandado de injunção.

Presencia-se, todavia, notadamente pelo movimento denominado neoconstitucionalismo, um arrefecimento da influência dessa classificação na comunidade jurídica brasileira, diga-se, jurisprudência e doutrina, ao passo em que observa-se um recrudescimento da idéia de todas as normas constitucionais, mormente as que definem direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata independente de regulamentação.

Resulta deste contexto, ainda, o resgate do pensamento de Konrad Hess (1991, *passim*) – defensor do método interpretativo hermenêutico-concretizador –, para quem a Constituição de um país possui força normativa, não devendo ser repositório de promessas vagas e espelho dos “fatores reais de poder”, como pretendia Ferdinand Lassalle (2001, *passim*), sendo, portanto, em consonância com a realidade, dotada de uma força transformadora da sociedade e mais que um ser, um dever ser

Para essa corrente, o órgão jurisdicional suscitado deve elaborar a norma jurídica ao caso concreto sempre, não sendo possível mais negar ao sujeito suscitante um direito subjetivo constitucional, sob a argumentação de este não fora ainda regulamentado e que, por isso, não tem eficácia jurídica.

Corroborar com o que fora dito acima a postura do professor Paulo Roberto Lyrio Pimenta (1999, p. 157) ao aduzir que:

A lição de Canotilho é no sentido de que as normas programáticas, ou melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: a) vinculação do legislador, de forma permanente, à

21. Esclarece Paulo Pimenta (1999 p. 148) que, “ a doutrina clássica, também seguida, no Brasil, por Victor Nunes Leal e Nelson de Souza Sampaio, dentre outros, definiu o conceito semântico da norma programática, segundo a qual esta não obrigaria os órgãos do Estado, não geraria qualquer direito subjetivo ou interesse legítimo, tratando-se apenas de indicação de princípios, ficando os direitos, no dizer de Cooley, dormentes até que a legislação lhes acuda ”.

sua realização (imposição constitucional); b) vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como diretivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução e jurisdição); c) vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam.

Nesta esteira, o mesmo autor (1999, p. 158) traz o pensamento de outro grande constitucionalista lusitano, Jorge Miranda, para quem as normas programáticas são normas jurídicas, diferindo das demais apenas quanto à estrutura e projeção de cada norma no ordenamento.

Assevera, ainda, Paulo Roberto Lyrio Pimenta (1999, p. 173) que:

parte da doutrina fala em direito subjetivo no aspecto negativo, posto que ao cidadão caberia tão-somente exigir uma atuação negativa do legislador, no sentido de evitar a edição de pronunciamentos contrários aos fins definidos pelas normas programáticas. A distinção, *concessa venia* daqueles que defendem não merecem ser acolhida, pois o “aspecto negativo” está presente em qualquer direito subjetivo, à medida que esta representa, simultaneamente, uma faculdade de exigir a prática de determinado comportamento, consistindo, também na possibilidade de exigir que o titular do dever jurídico não se comporte de maneira contrária. Logo, o aspecto negativo é uma das formas de manifestação do direito subjetivo, não se constituindo em espécie autônoma.

Enfim, relata, o supracitado autor (1999, p. 173) que, com base nesse modelo, evidencia-se, primeiramente, que os direitos subjetivos gerados pelas normas programáticas são direitos públicos subjetivos, eis que exercidos perante o Estado. Em segundo lugar, são direitos públicos de prestação, à medida que são direcionados ao gozo de uma prestação estatal, podendo enquadrar-se em qualquer das duas subespécies (direitos cívicos ou sociais), dependendo do aspecto relato da respectiva norma programática.

Ora, em sendo este o caminho a ser seguido pela doutrina em tempos de pós-positivismo, em que o Judiciário não depende de um texto de lei para julgar o caso concreto, subsumindo o fato à norma, mas, sim, deve-se valer do sistema jurídico aberto, integrado tanto por norma-regra como por norma-princípio, perde-se muito a razão de ser da classificação perpetrada por José Afonso da Silva.

Com efeito, com o supracitado caso das normas constitucionais programáticas perde-se muito a razão de ser do próprio mandado de injunção, haja vista que no seio de qualquer outra ação poderá o juiz, em atividade integrativa, criar a norma jurídica ao caso concreto assegurando assim o direito subjetivo do sujeito suscitante da demanda.

5. CONCLUSÕES

Do que aqui ficou assentado, não se pode afirmar que a atual moldura jurídica, conferida pelas melhores doutrina e jurisprudência, ao mandado de injunção seja a mesma concedida quase duas décadas atrás. Neste intervalo, diversas teorias foram criadas ao redor do, então, novel instituto.

Cambiou-se, sobremaneira, a eficácia do *writ*, resultado, seja dito, de uma das maiores evoluções hermenêuticas já presenciadas na Corte Maior do país. Conformou-se o mandado de injunção, de modo a conceder-lhe notória força mandamental. Respeitou-se a força normativa da Constituição, ultrapassando a famigerada idéia que apregoava a existência de normas constitucionais sem eficácia jurídica.

Ocorre, contudo, que, ao lado dessas evoluções, não se adaptou o procedimento a ser percorrido pelo mesmo, desaguando em manifesta e direta ofensa ao Texto Constitucional, especificamente do direito fundamental ao devido processo legal e seus corolários do contraditório e da ampla defesa.

Daí porque restar imprescindível, como aqui defende-se, alterações no procedimento do mesmo, de modo a instituir a imperiosidade da figura do *amicus curae* neste procedimento, como forma de conferir natureza dialógica e democrática à este e, conseqüentemente, dotar as decisões daí advindas de plena legitimidade.

6. REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*. Densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. 5ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRAGHITTONI, R. Ives. *O princípio do contraditório no processo*. São Paulo: Forense Universitária, 2002.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

- _____. “A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curae* na ADIN, ADC e ADPF”. In: DIDIER JR., Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004, p.165
- _____. *Controle de constitucionalidade: Teoria e prática*. 2 ed. Salvador: JUSPODIVM, 2007
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil*. Estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: RT, 2004
- FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.
- _____. *Pluralismo y Constitución*. estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta. Madrid: Tecnos, 2002.
- HESSE, Konrad. *A força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. “Mandado de injunção” In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Ações Constitucionais*. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A Garantia do Contraditório. In _____ *Do formalismo no processo civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

XIV

FETOS ANENCÉFALOS: QUANTO VALE A CHANCE DE VIVER UM INSTANTE?

Uma questão moral e jurídica em busca de solução
sob a ótica do Direito Penal

Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz

Mestranda em Direito Privado na linha de pesquisa Institutos do Direito Privado Interferentes na Atividade Econômica / Projeto: Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais, pela Faculdade de Direito da UFBA na qualidade de instituição certificadora.

RESUMO: Muito se tem discutido acerca dos aspectos criminais que envolvem a prática do aborto quando constatada a anencefalia do feto. A proteção ao 'nascituro' tem sido contraposta aos danos psicológicos observados na mulher que suporta uma gravidez nestas circunstâncias, vendo-se aviltada em sua própria dignidade. Busca-se, com este trabalho, tentar enfrentar alguns pontos, como por exemplo, a posição do atual Código Penal diante do aborto, e de que forma prossegue sua reformulação. Defende-se que não se deve manter juridicamente a criminalização desse procedimento, devendo-se se ofertar à mulher a liberdade de poder dispor de sua liberdade e o direito de praticar o aborto, em situação excepcional, como quando está a gestar feto anencéfalo. Para o ordenamento jurídico é de vital importância que se defina o início e o fim da vida humana, para determinar a partir de que momento essa nova vida terá personalidade jurídica e quando esta se encerra.

ABSTRACT: An important matter in dispute is the one about criminal aspects that concern

the abortion's experience when it is present the fetus anencephaly. The unborn protection has been compared to psychological blows that are observed in a pregnant woman that find herself faced by these circumstances, feeling herself loses dignity. This article searches to face facts, as for example, the Penal Code actual rule in view of abortion, and about its reformation. Abortionists contend that must not maintain the criminalization of this procedure by legal, because the woman should have liberty of choice between hold the gestation or abort in a exceptional situation, like pregnancy in case of anencephalic fetus. It's very important for the law that makes quite the beginning and the end of human being existence, to fix from in what moment this new life will have juridical personalization and when it has end.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; anencefalia; feto; gravidez; dignidade; criminalização.

KEYWORDS: Abortion; anencephaly; fetus; pregnancy; dignity; criminalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Vida x dignidade – 3. Anencéfalo: feto inviável – 4. Alguns conceitos em torno da anencefalia e parâmetros importantes: 4.1. Início da vida humana e direito à vida e proteção jurídica do nascituro; 4.2. conceito de morte encefálica – 5. Aborto e fatos correlacionados: 5.1.

O aborto e suas espécies; 5.2. O aborto no direito penal brasileiro; 5.3. Aborto x aceleração terapêutica do parto; 5.4. Proposta de reforma penal – 6. Soluções penais: enquadramento dogmático: 6.1. Bem jurídico. estrutura do tipo penal. atipicidade; 6.2 inexigibilidade de conduta diversa – 7. Conclusão – 8. Referências.

“[...] não são apenas indesejáveis, mas igualmente terríveis”; o trauma é tão severo, diz o filósofo norte-americano, que algumas mulheres fariam qualquer coisa para evitá-lo: “Se, em desespero, para fazer um aborto, uma mulher desafiasse o direito penal, poderia arriscar a própria vida. Se se submetesse à lei, as consequências para ela seriam graves – não teria de arcar apenas com desvantagens econômicas, sociais ou profissionais, mas muitas vezes sofreria um dano irreparável a seu amor próprio” (DWORKIN, Ronald. *O Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*, ao argumentar acerca da criminalização de casos como o abortamento de fetos anencéfalos).

1. INTRODUÇÃO

O debate jurídico sobre a caracterização da ‘antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico’ como crime ou, dito de forma mais direta, a retirada do feto anencefalo do ventre materno, pode conduzir a discussão sobre o aborto para o âmbito exclusivamente jurídico e, dentro desta seara, o debate pode se restringir ao Direito Penal.

Contudo, uma profunda compreensão do problema não pode prescindir da consideração de que se trata de uma questão fundamentalmente moral, ainda que seja necessário oferecer respostas ao debate nos campos estritamente jurídico e médico, os quais, cedo ou tarde, precisam se afastar da reflexão moral para oferecer diretrizes taxativas, que sirvam de referencial à conduta dos profissionais em particular e da sociedade em geral.

Admitir o aborto em alguma hipótese é transigir com o argumento, muitas vezes invocado, da sacralidade da vida, que baseia, sobretudo, a posição dos interlocutores de confissão católica.

Na mesma linha, insere-se a questão da ‘potencialidade’, ou seja, o de que o feto é potencialmente um ser humano adulto (reúne as condições genéticas para tanto)¹.

1. Observações de Marlene Braz em resenha ao livro *Aborto por Anomalia Fetal*. D. Diniz & D. C. Ribeiro. Brasília: Letras Livres, 2003. 149 pp.”, publicada em Cadernos de Saúde Pública, v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, jan.-fev. 2004.

Outro problema, suscitado pela questão sob estudo, serve como uma espécie de atenuante moral para o aborto, especificamente no caso do aborto de anencéfalos, qual seja: a inevitabilidade da morte. Como o feto anencéfalo, quando muito, terá algumas horas de vida, não haveria qualquer utilidade em prostrar-se o momento de sua morte, fazendo com que a mãe carregasse um filho condenado ao óbito iminente.

Abstraindo-se da condição psicológica da mãe na gestação de anencéfalo, que é elemento complicador do debate a ser abordado no curso desta exposição, sem dificuldade, percebe-se a inconsistência do argumento da 'inevitabilidade', tanto sob o prisma da lógica, quanto sob o prisma da ética.

Sob o ponto de vista da lógica, a falha reside em que todos os seres humanos estão, inevitavelmente, condenados à morte (donde se conclui que este argumento não pode servir como elemento de discrimen da situação do anencéfalo) e em que não se sabe exatamente quanto tempo um ser humano viverá (donde se conclui que a iminência da morte do anencéfalo não se põe em contraste com a longevidade dos fetos normais senão por mera especulação, baseada na expectativa de vida).

Do ponto de vista jurídico, vale o breve registro de que a diferença de um minuto de vida é relevantíssima. Cabe lembrar, que, por exemplo, no direito sucessório, um instante de vida é suficiente para que o nascido vivo tenha sido capaz de receber heranças e de transmitir bens a título universal.

Sob o prisma da ética, a dificuldade está em que não se pode aquilatar quanto vale um instante da vida de um ser humano, ou, dito de forma mais clara, quanto vale a chance de viver um instante.

2. VIDA X DIGNIDADE

A questão jurídica da tensão entre dois direitos humanos fundamentais deve ser solucionada. De um lado, o direito à vida a todos assegurados após a concepção, tal como tradicional e cientificamente aceito; e, de outro, o direito à dignidade, expressamente consagrado na Constituição e que busca por a vida humana a salvo de todo tipo de dor e injustiça. Não basta viver, é necessário viver com dignidade. Direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito para preservar seus núcleos mínimos de existência.

Não há dúvida que a solução para a questão passa evidentemente pela técnica da ponderação do valor de tais bens a partir da observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem pautar a atividade de interpretação

do direito, conhecida na doutrina americana por *balancing test*. Mas o cerne da questão é justamente saber qual é o ponto de equilíbrio entre estes dois direitos em aparente tensão.

Deve prevalecer o direito do feto acéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto, mas sem perspectiva de desfrutar efetivamente da vida extra-uterina, porquanto desprovida de massa encefálica e, pois, de consciência, inconsciência e de todos os sentidos que, ao que tudo indica, dão razão à vida?

Ou, de outra parte, deve prevalecer o direito à dignidade² da mãe, que sabe por comprovação médico-científica que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada a salvo da dor e sofrimento que o prolongamento do processo de gestação lhe causará?

Toda a argumentação jurídica em prol do aborto do feto anencéfalo se baseia na premissa de que o anencéfalo não é (e nunca será) pessoa³. Desta forma, não há quem rivalize com os interesses da gestante e, postos os interesses da gestante em situação isolada, recorre-se facilmente a todos os fundamentos do bem-estar individual para justificar o aborto.

Os fundamentos jurídicos a favor do aborto do feto anencefálico, são muito bem sintetizados, e expostos por LUÍS ROBERTO BARROSO⁴, nos seguintes pontos: a) dignidade da pessoa humana – analogia à tortura; b) legalidade, liberdade e autonomia da vontade e c) direito à saúde.

2. Cabe ressaltar que não é só o conceito de ‘dignidade da pessoa humana’ que apresenta certa indeterminação. Para o Dicionário Aurélio estes termos significam o seguinte:
Humano (do lat. *humanu*) Adj. 1. Pertencente ou relativo ao homem; natureza humana; gênero humano. 2. Bondoso, humanitário.
Pessoa (do lat. *persona*) s.f. 1. Homem ou mulher. 2. V. personagem. 3. V. individualidade. 4. (...). 5. Filos. Cada ser humano considerado na sua individualidade física ou espiritual, portador de qualidades que se atribuem exclusivamente à espécie humana, quais sejam, a racionalidade, a consciência de si, a capacidade de agir conforma fins determinados e o discernimento de valores. 6. Jur. Ser ao qual se atribui direitos e obrigações. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.) (*grifos nossos*)
3. Para DÉBORA DINIZ (DINIZ E RIBEIRO, 2003, p. 77): “pessoa é tudo aquilo que não é coisa e, portanto, capaz de viver”, extraindo-se daí a conclusão de que, nos casos de anomalia fetal incompatível com a vida, o feto anencéfalo não seria uma pessoa. O raciocínio segue a seguinte cadência: “somente alguém vivo ou potencialmente vivo é pessoa e tem direito à vida [e sendo assim, o] feto inviável não tem potencialidade de viver [logo, o] feto inviável não é pessoa e não tem direito à vida”. Daí sua conclusão no sentido de que, no aborto do feto anencéfalo, não haveria propriamente um aborto, mas apenas um procedimento médico comum, nominado como ‘antecipação terapêutica do parto’.
4. BARROSO, Luís Roberto. “Petição Inicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF”. Disponível em: < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/adpf54.pdf> >. Acesso em 8 de out. 2007.

Por outro lado, argumenta-se que não cabe dar prevalência ao lado da gestante, porque isso importaria em destruir a vida do ser vivo e em desenvolvimento no útero materno, ou seja, fulminar, irreversivelmente, o direito fundamental à vida do feto anencefálico, antecipando-lhe a morte, eliminando uma vida que, mesmo se houver de ser breve, embora indeterminado o momento do óbito, nem com isso deixará de ser vida humana protegida pela Constituição e as leis, com a nobreza do ser humano.

Neste embate entre VIDA X DIGNIDADE, direitos igualmente fundamentais do homem, qual deve preponderar sobre o outro? Ao se responder esse questionamento, solucionar-se-á por via transversa, a legitimação ou não de se interromper a gestação de feto inviável, e, mais ainda, na hipótese de se considerar um direito da gestante levar ou não a gestação até seu termo final, considerar ou não a ocorrência de crime aborto, quando se opera a interrupção da gravidez, ainda que com respaldo legal.

3. ANENCÉFALO: FETO INVIÁVEL

A distinção entre feto malformado e inviável é evidente, pois, não obstante às anomalias, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. Ao passo que, nos fetos inviáveis, a anomalia incompatibiliza sua sobrevivência extra-uterina, de modo que a criança não viverá nem bem ou mal, vindo a falecer após o parto.

Nesse contexto, a discussão sobre o aborto do feto anencéfalo tem que passar, necessariamente, por uma melhor compreensão do que vem a ser a anencefalia. Anatomicamente falando, encéfalo é a parte do sistema nervoso central, contida dentro do crânio central, e que abrange o cérebro (telencéfalo e diencéfalo), o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano.

A respeito do que seja encéfalo, vale conferir os ensinamentos do professor MACHADO (1987, p. 11): “Encéfalo é a parte do sistema nervoso central situada dentro do crânio neural. (...). No encéfalo, temos cérebro, cerebelo e tronco encefálico”.

Literalmente, anencefalia ⁵ significa ausência do encéfalo. Como se nota, essa definição é falha, uma vez que o encéfalo compreende, além do cérebro, o cerebelo e o tronco cerebral.

5. Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou, boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando. O tronco cerebral é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal. Controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e certos atos reflexos (como a deglutição, o vômito, a tosse e o piscar dos olhos).

Assim, a anencefalia é uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e do córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal estão conservados, embora, em muitos casos, a anencefalia se acompanhe de defeitos no fechamento da coluna vertebral.

Nesse contexto, ressalte-se que a viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas, variável, em cada, continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. Entretanto, em todos os casos, a viabilidade resulta concebível em relação a fetos intrinsecamente são ou potencialmente são. O feto anencefalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Dentro de um quadro de *morte neocortical*, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

4. ALGUNS CONCEITOS EM TORNO DA ANENCEFALIA E PARÂMETROS IMPORTANTES

4.1. Início da vida humana, direito à vida e proteção jurídica do nascituro

A morte do ser humano é definida a partir da parada de funcionamento do cérebro, morte cerebral, conceito esse evoluído através dos tempos para permitir a doação de órgãos. Analogicamente muitos pesquisadores então questionam se o início da vida humana também não devesse seguir o mesmo critério: início da atividade cerebral (PRANKE, 2004, pp. 33-34).

De forma sucinta, há quatro correntes quanto ao início da vida humana: a) as que defendem que o início da vida começa com a fertilização; b) as que defendem que o início da vida começa com a implantação do embrião no útero; c) as que defendem que o início da vida começa com o início da atividade cerebral e d) as que defendem que o início da vida começa com o nascimento com vida do embrião.

Para o ordenamento jurídico é de vital importância que se defina de maneira clara e simples o início da vida humana, para determinar a partir de que momento essa nova entidade será considerada viva e terá personalidade jurídica, será tutelada pelo Direito, assim como se fez com o conceito de morte. Tal definição deve surgir livre de explicações pseudo-científicas e místicas e deve ser pautada nas discussões bioéticas (COSTA e DINIZ, 2001).

A Constituição Federal de 1988, reza no artigo 227, *in verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à

liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de *colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)*

Os abortistas asseveram que o ‘direito à vida’, preconizado na legislação, refere-se somente ao indivíduo que já se tornou pessoa, inclusive com atributos da personalidade, e aí sim, consubstanciaria crime qualquer atentado contra si. No caso do nascituro, como não teria se tornado pessoa (*Partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur*)⁶ não constituiria ato ilícito seu abortamento.

Os segmentos contra o aborto dizem que esse é um ledó engano, pois o nascituro é pessoa⁷! E ainda que não seja assim considerado por alguns, bastaria estar vivo dentro do útero, pois o crime é contra a vida do ser, não contra a denominação biológica que se queira dar ao feto. Trata-se de um ser humano, e assim o é, porque descende da espécie humana. Não se pode dar tratamento ‘coisificado’ ao feto, considerando-o como um ser inanimado (salvo se já estiver morto) ou como um animal de outra espécie (porque biologicamente impossível).

Não importa o fato de o anencefálico ser fisicamente deformado. As garantias jurídicas da personalidade lhe serão atribuídas normalmente. Assim, o discurso teratológico de que o ser intra-uterino não tem vida, ou se a tem, não pode ser considerado como pessoa (e neste caso, não haveria crime de morte se fosse praticado o aborto), é mais aberrante do que o próprio ato.

Neste aspecto, é inarredável esclarecer que a vida não pode ser confundida com condições necessárias, ou viabilidade de existência. É, outrossim, o resultado indissociável da geração biológica do ser, independentemente do seu desenvolvimento ou da forma que assumirá.

Sabe-se que, com o nascimento com vida, a teor do texto do artigo 2º do Código Civil⁸⁻⁹, mencionado acima, o ser humano certamente será sujeito de

6. “O parto, ainda não dado à luz, não corretamente se diz que tenha sido homem.” Papiniano, L.9, § 1º. D. 35.2. ad Legem Falcidiam *apud* Roberto de Ruggiero *in*: Instituições de Direito Civil, vol. 1, nota de rodapé nº 9, pg. 438.
7. Afirma-se posicionamento em simpatia à teoria concepcionista da qual fizeram parte Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua e que encontra em Silmara Chinelato e Francisco Amaral os seguintes posicionamentos: “Não há meia personalidade ou personalidade parcial.” e “Pode-se ser mais ou menos capaz, não se pode ser mais ou menos pessoa”.
8. O Novo Código Civil brasileiro (CC/2002), a exemplo do anterior, preconiza de forma mais objetiva: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*”
9. Art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*” Tal assertiva, como se verá adiante, não exclui o entendimento de que, na verdade, por conta da interpretação de toda a legislação à luz da Constituição, mesmo antes de nascer com vida o ser humano já é sujeito de direitos.

direitos. E, tendo vida, não se lhe pode negar todos os demais direitos decorrentes do sistema jurídico.

O ordenamento jurídico nacional confere proteção jurídica ao nascituro por uma inflexão às normas gerais, não admitindo a existência plena de direito sem sujeitos. O nascituro, portanto, já tem tutela jurídica e não uma mera expectativa, o que infere proteção total, e não fracionada de seus direitos. Pode não ter personalidade, pois, personalidade é uma ficção jurídica, criada pelo direito positivo, mas, certamente, já é um ser com vida e em formação.

4.2. Conceito de morte encefálica

Para o Código Civil, segundo seu artigo 6º, primeira parte, o ser humano deixa de existir, enquanto sujeito de direitos, com a morte¹⁰. Não conceitua o Código Civil, todavia, o que vem a ser o exato momento da morte¹¹. Deve o cientista do direito, portanto, valer-se de conceitos extraídos da ciência médica para buscar a compreensão do que seja o evento morte, para a correta definição dos contornos do artigo retro mencionado¹².

Atualmente, o entendimento de que a morte real – ou a morte encefálica – ocorre com a cessação das atividades cerebrais, cardíacas e respiratórias está baseado no texto da Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina¹³, editada a partir do mandamento inserto no artigo 3º da Lei 9.434, de 3/2/1997,¹⁴

10. Art. 6º: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva”. Tal texto repete o do artigo 10 do Código Civil de 1916, no que tange ao término da existência da pessoa física.

11. A dimensão do caráter controvertido do conceito de morte e do específico momento de sua ocorrência sob a ótica do direito, apesar de se cuidar de um fato natural e corriqueiro, vem bem delineada nas palavras de GUSTAVO TEPEDINO, HELOISA HELENA BARBOZA e MARIA CELINA BODIN DE MORAES: “Dúvidas há quanto à determinação da hora em que se dá o termo final da vida. ‘Morte’ era um daqueles termos de significado tão natural que não era necessário explicá-lo – os autores mais antigos não precisavam se alongar sobre o momento da morte, havendo mesmo quem, a respeito de o codificador não ter qualificado a morte como civil ou natural, assim se pronunciasse: ‘Dizendo morte, disse tudo’ (Carvalho Santos, *Código Civil*, p. 308).” (in *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 21).

12. O Professor RUBENS LIMONGI FRANÇA, discorrendo sobre o conceito de morte segundo o Código Civil de 1916 e confirmando a necessidade de o jurista valer-se de conceitos da medicina, entendia que, do ponto de vista natural, “saber do momento a partir do qual esse limite foi atingido constitui, como o do nascimento, um problema fundamentalmente médico-legal” (in *Manual de Direito Civil*, 1º volume, 4ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980, p. 158).

13. O texto integral da Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina está disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm, conforme acesso em 22 de novembro de 2004.

14. Art. 3º: “A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada a retirada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

(conhecida como Lei dos Transplantes), que, por sua vez, dispõe sobre a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano *post mortem* para fins de transplante e tratamento.

Veja-se que o que a Lei 9.434/97 afirma é que a morte encefálica ocorre para fins de transplantes de órgãos e tecidos de seres humanos, já que antes dela não se pode dispor do corpo humano ou de partes dele, em respeito ao direito à vida e ao direito à integridade física, como seu corolário. Trata-se, pois, de conceito de morte para específica finalidade¹⁵.

Resta evidente – repita-se à exaustão –, é que o conceito de morte encefálica inserto na Lei 9.434/97, tal como previsto no artigo 3º, pressupõe ter havido vida, raciocínio este que é totalmente incompatível com a idéia de supressão do direito à sobrevivência, intra ou extra uterina.

A razão de ser da inaplicabilidade do conceito de morte encefálica aos fetos anencefálicos, segundo o Conselho Federal de Medicina, está em que “a morte não é um evento, mas sim um processo. O conceito de morte é uma convenção que considera um determinado ponto deste processo”¹⁶.

Há dois conceitos de morte, cada um dos quais apresentando uma série infundável de requisitos para seu reconhecimento: *morte encefálica* e *morte clínica*. A morte encefálica ou, simplesmente, morte cerebral, genericamente falando, (pois o encéfalo não contém apenas o cérebro) consiste na cessação da atividade elétrica desse principal órgão do corpo humano, que se caracteriza pelo traçado permanentemente nulo do EEG.

Já a morte clínica tem um conceito mais rígido, exigindo, mais, a parada irreversível da atividade cardíaca. A esse último conceito aderiu a Lei nº 5.479/68, que versava sobre remoção e transplante de órgãos, ao elencar, em seu art. 5º, § 1º, os seguintes requisitos para a afirmação do óbito: ausência de atividade cerebral, comprovada pelo traçado absolutamente linear do eletroencefalograma, e ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos. Como já visto, a lei vigente – Lei 9.434/97, posicionou-se diferentemente, ao adotar o primeiro conceito, o de morte cerebral ou encefálica.

15. Tal específica finalidade – transplante de órgãos do corpo humano – tem como objetivo garantir a fruição do direito à vida e do direito à saúde por parte de outro ser humano. Conceitua-se a morte, portanto, para garantir a vida.

16. Cf. http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm, acesso em 01 de dezembro de 2004. Vale ressaltar, mais uma vez, o que se disse na nota de rodapé 22, no sentido de que, pelo texto da Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, os exames clínicos tendentes à verificação da morte encefálica somente estão previstos para pessoas cuja faixa etária supera os sete dias de vida, o que, à toda evidência, exclui os que ainda estão por nascer, como os fetos anencefálicos.

Assim, em síntese, a morte cerebral é a parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de processo irreversível e de causa conhecida, mesmo que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando. A morte clínica (ou biológica) é a parada irreversível das funções cardio-respiratórias, com parada cardíaca e consequente morte cerebral, por falta de irrigação sanguínea, levando a posterior necrose celular.

Há que se diferenciar, ainda, morte encefálica de morte cerebral. Para tanto, como já visto, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), autora da ADPF 54, usa como argumento a Lei dos Transplantes) que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

A lei de doação de órgãos apesar de conceituar morte como sendo ausência de atividade encefálica, não trouxe os critérios definidores a partir dos quais seria possível constatar a ocorrência de morte encefálica. Os critérios para a caracterização da ‘morte encefálica’ vieram depois com a Resolução 1480/97, do Conselho. Em seu segundo “considerando”, a resolução diz que “a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte”. O artigo 3º dessa resolução diz textualmente: “a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida”.

Note-se que o Conselho Federal de Medicina não se refere à ausência de funções encefálicas, mas à sua perda, à sua parada. É, portanto, pressuposto essencial para passar pelo evento denominado morte, que o ente humano tenha estado anteriormente vivo.

A Resolução n. 1.752/2004¹⁷ do CFM afirma que: “os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais)”. No caso, o Conselho

17. Na Resolução 1.752/2004, o CFM mudou, a seu bel-prazer, o conceito de morte: de morte encefálica para morte cerebral (ou cortical), contrariando o estabelecido em lei. Tal resolução, que na verdade autoriza um homicídio de recém-nascidos anencéfalos, não tem qualquer valor jurídico, pois nem sequer serve para completar algo deixado em branco por uma lei. O médico que resolver extrair órgãos vitais de um anencéfalo recém-nascido para fins de transplante, ainda que tenha a anuência dos pais, responderá por crime de homicídio. Aliás, a própria Lei de Transplantes impõe sanções para a remoção de órgãos e tecidos em desacordo com essa lei. A pena imposta para o caso é gravosa, reclusão de oito a vinte anos, mais multa.

Federal de Medicina extrapolou da atribuição que lhe conferiu a Lei dos Transplantes (Lei 9434/1997). Em nenhum momento, a lei utiliza a expressão “morte cerebral” (nem ‘morte cortical’), o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro (ou do córtex cerebral) seria um sinal suficiente de morte. A lei sempre fala em ‘morte encefálica’ (art. 3º, *caput*, seus parágrafos 1º e 3º e art. 13), o que significa que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que um paciente seja considerado morto.

Diante de tudo isso, constata-se que para que haja morte encefálica, necessário se faz, a combinação de uma série de circunstâncias que, indubitavelmente, nos casos de anencefalia não se preenche. O feto anencefálico possui atividade motora supra-espinhal, uma vez que, apesar de não possuir o cérebro, possui tronco cerebral, de maneira que há preservação das funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, das funções vasomotoras e das dependentes da medula espinhal.

Recorde-se, neste tópico, o texto do artigo 6º do Código Civil, que fala apenas em morte, não especificando o momento de sua ocorrência, talvez exatamente por conta da idéia de que a morte, assim como o nascimento, é um fato complexo dotado de vários acontecimentos.

5. ABORTO E FATOS CORRELACIONADOS

5.1. O aborto e suas espécies

O aborto consiste na destruição da vida antes do início do parto, ou então, é o período que compreende desde a *concepção* até o início do parto, que é o fim da vida intra-uterina. Assim, pode-se dizer que, o aborto ocorre quando por algum motivo a vida intra-uterina é interrompida, e que a causa desta interrupção não seja o nascimento da criança.

Acorde com o Dicionário Aurélio, aborto é a “interrupção dolosa da gravidez, com expulsão do feto ou sem ela” (FERREIRA, 1999). Não há grande debate sobre a definição do que vem a ser aborto, mas a classificação do tema suscita muitas paixões e intermináveis controvérsias. A lição de Débora Diniz¹⁸ parece ser a mais objetiva e sistemática. Basicamente, pode-se reduzir as situações de aborto a quatro grandes grupos¹⁹: interrupção eugenésica da gestação (IEG),

18. Debora Diniz é antropóloga, ganhadora do prêmio Manuel Velasco Suarez de Bioética (OPS/OMS) e diretora da Feminist Approaches to Bioethics Network.

19. a) *Interrupção eugenésica da gestação (IEG)*: são os casos de abortos ocorridos em nome da eugenia, isto é, situações em que se interrompe a gestação por valores racistas, sexistas, étnicos, etc. Comumente,

interrupção terapêutica da gestação (ITG), interrupção seletiva da gestação (ISG) e interrupção voluntária da gestação (IVG).

Salvo o aborto eugenésico, todas as outras formas de aborto, por princípio, levam em consideração à vontade da gestante ou do casal. O termo eugenia, todavia, mais por uma estratégia de argumentação que por real correspondência, tem sido utilizado para descrever a corrente que defende a liberação do aborto de fetos anencéfalos.

O término ‘seletivo’ da gravidez (ISG) ocorre no caso daquele feto que, devido a uma má formação fetal, faz com que a gestante ou o casal não deseje o prosseguimento da gestação. É certo que, neste caso há uma seleção (como na eugenia), contudo, ela foi feita com a concordância da gestante e em razão da impossibilidade da vida extra-uterina ou da qualidade de vida do feto depois do nascimento.

De qualquer sorte, mesmo dentro da definição de aborto seletivo (ISG), há necessidade de se distinguir e tratar de forma diferente os casos em que o feto vai se tornar uma criança portadora de deficiência daqueles casos nos quais o feto não possui qualquer viabilidade para vida extra-uterina. O nascimento de uma pessoa portadora de deficiência é merecedor de proteção legal plena, posto que se trata aqui de viabilidade plena para a vida, mesmo que possa haver alguma limitação. A questão que se debate é com relação às anomalias plenamente incompatíveis com a vida, onde a gestação é conduzida com a certeza absoluta da não sobrevivência.

apontam-se os atos praticados pela medicina nazista como exemplo de aborto eugenésico, quando as mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras. Regra geral, o aborto eugenésico se processa contra a vontade da gestante, sendo esta obrigada a abortar;

- b) *Interrupção terapêutica da gestação (ITG)*: são os casos de abortos ocorridos em homenagem à saúde materna, isto é, em situações onde a interrupção da gravidez visa salvar a vida da gestante. Hoje em dia, com o avanço científico e tecnológico na medicina, os casos de aborto terapêutico são cada vez em menor número, sendo raras as situações terapêuticas que exijam tal procedimento;
- c) *Interrupção seletiva da gestação (ISG)*: são os casos de abortos ocorridos em virtude de anomalias fetais, isto é, situações em que se interrompe a gestação pela constatação de lesões fetais. Em geral, os casos que motivam as solicitações de aborto seletivo são de patologias incompatíveis com a vida extra-uterina, sendo exemplo clássico o da anencefalia;
- d) *Interrupção voluntária da gestação (IVG)*: são os casos de abortos ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, ou seja, onde a gestação é interrompida porque a mulher ou o casal não deseja a gravidez, seja por ser ela fruto de um estupro ou de uma relação consensual. Geralmente, a legislação que admite esta modalidade de aborto impõe limite cronológico à prática. (*grifo nosso*) (PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 21 dez. 2006.)

5.2. O aborto no direito penal brasileiro

Segundo o Código Penal, o aborto é crime, exceto nas seguintes hipóteses²⁰: – se não há outro meio de salvar a vida da gestante e, – em caso de estupro (e, conforme analogia *in bonam partem*²¹ amplamente aceita no direito brasileiro, também em casos de atentado violento ao pudor). A interrupção terapêutica da gestação, com a finalidade de salvar a vida da mãe, recebe a denominação legal de ‘aborto necessário’. Só se exclui o crime na hipótese em que o bem jurídico a ser preservado, isto é, o valor que se pretende proteger, é a *vida* da mãe.

A doutrina penalista reconhece, generalizadamente, que a causa excludente de ilicitude prevista no inciso I do artigo 128 do Código Penal constitui mera especificação de causa excludente de ilicitude genericamente prevista no artigo 24 do Código Penal²² (o ‘estado de necessidade’).

20. *Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento*

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 – As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

21. No Direito Penal somente se admite a analogia *in bonam partem*. Segundo Clóvis Beviláqua, com os princípios gerais do Direito “o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-la para onde a necessidade social mostra a insuficiência do Direito positivo”.

22. *Estado de necessidade*

Art. 24 – Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º – Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º – Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

A interrupção artificial da gestação é permitida, também, nas hipóteses de estupro e atentado violento ao pudor, casos que costumam ser referidos pela doutrina penalista com a expressão ‘aborto sentimental’.

Não se pode esquecer que crimes sexuais violentos são evidentemente traumáticos, sendo razoável admitir-se o raciocínio de que o filho, como fruto de um momento traumático, se tornaria a perpetuação deste momento para a mãe, o que corresponderia a uma tortura psicológica vitalícia.

5.3. Aborto x aceleração terapêutica do parto

Segmentos abortistas defendem que a interrupção da gravidez de feto inviável constituir-se-ia aceleração de parto de feto inviável, ou aceleração de parto, como denomina o CP. O aborto teria como pressuposto fático a interrupção da gravidez de um feto viável. Para que houvesse incidência da norma incriminadora do aborto, imprescindível possuir, o feto, expectativa de vida após o nascimento. Assim, a interrupção de gestação em nada se assemelharia ao aborto, uma vez que o pressuposto deste é que haja vida fetal, ao passo que na interrupção seletiva da gravidez ocorre a antecipação do parto de um bebê que não terá possibilidade de vida extra-uterina.

Com todo respeito aos que tentam estabelecer essa dicotomia, aborto é o mesmo que aceleração de parto, pois em ambas as hipóteses há interrupção da gravidez, não importando se o feto é inviável ou viável. Entender que a interrupção da gravidez, nas hipóteses em que o feto é portador de anomalia fetal incompatível com a vida, constitui-se, apenas, em aceleração de parto é, em verdade, somente, uma nomenclatura para aqueles que defendem o direito da gestante nesses casos e não querem que o ato seja caracterizado como aborto. Reduzem a situação a um procedimento terapêutico em que se viria a minimizar o sofrimento da gestante, segundo alguns, na medida em que está comprovada, a impossibilidade de vida extra-uterina do filho que carrega em seu ventre.

5.4. Proposta de reforma penal

Na atual conjuntura, não só na cultura como também na ciência, houve uma grande evolução, permitindo dessa forma, a indiscutível necessidade de um Anteprojeto de Reforma do Código Penal, quando que em 1992 foi criada uma Comissão²³ para Reformulação do Código Penal, sendo que a parte específica dos

23. A redação proposta pela Comissão é a seguinte:

Não constitui crime o aborto praticado por médico: Se se comprova, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a

crimes contra a vida foi orientada por uma subcomissão, presidida pelo desembargador Dr. Alberto Franco. E ressalta-se que, dentre outras reformas, autorizaria o aborto nos casos em que o nascituro apresentasse graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

O Anteprojeto de Reforma do Código Penal elaborado pela Comissão, presidida pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro²⁴, amplia, com muita propriedade, as hipóteses de aborto legal, atendendo à melhor doutrina, e em harmonia com a legislação mais evoluída, ao estatuir não constituir crime o aborto praticado por médico, se, há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de a criança apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. No que diz respeito as excludentes de ilicitude do aborto, anteprojeto de lei propõe:

Art. 128 – Não constitui crime o aborto praticado por médico se:

(...)

III – há fundada probabilidade, atestada por outros dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

§ 1º Nos casos dos incisos II e III, e da Segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou de seu companheiro.

§ 2º No caso do inciso III, o aborto depende, também, da não oposição justificada do cônjuge ou do companheiro²⁵.

Enquanto perdurar a omissão legislativa, faz-se necessário a conscientização da sociedade civil em geral, alertando estas gestantes sobre a possibilidade de ingressar com as solicitações de alvarás judiciais, por meio dos quais se deve operacionalizar a efetivação daqueles direitos assegurados constitucionalmente,

interrupção da gravidez ocorra até a vigésimo semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou sob cuja direção, o aborto é realizado.

24. Do Anteprojeto: Anote-se, de logo, que o tema já vem sendo avaliado desde os idos de 1997, quando o então Ministro da Justiça, Íris Resende, constituiu comissão para atualização da Parte Especial do Código Penal, presidida pelo Ministro do STJ Luiz Vicente Cernicchiaro (hoje aposentado), sendo o resultado entregue ao então Ministro Renan Calheiros, e vazada a alteração no concernente a exclusão de ilicitude na hipótese do aborto eugênico nos seguintes termos: “Exclusão de ilicitude – prevista no art. 128, III: Não se pune o aborto praticado por médico: “se há fundada possibilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreparáveis anomalias (físicas ou mentais) que o tornem inviável.” O Anteprojeto de Reforma do Código Penal amplia, com muita propriedade, as hipóteses de aborto legal, atendendo à melhor doutrina, e em harmonia com a legislação mais evoluída.
25. BRASIL, Ministério da Justiça., Anteprojeto do Código Penal. Parte Especial. Brasília, DF. Publicado no Diário Oficial da União em 25 de mar 1999.

garantindo-se um posição mais equânime e abrangente em relação ao aborto seletivo

Não há menção expressa ao legislador condicionando este procedimento à autorização judicial, assim como às outras excludentes de ilicitude presentes na legislação ora vigente. A autorização judicial é na atual conjuntura, um instrumento estranho ao tipo permissivo penal, inclusive, em relação àquelas hipóteses já regulamentadas, devendo ser utilizada, somente, nos casos de interrupção de gestação por anomalia fetal incompatível com a vida, situação ainda não regulamentada no Código Penal.

A partir do momento, porém, em que for alterado o art. 128 do CP, incluindo no rol de excludentes de antijuricidade do delito de aborto, a malformação fetal incompatível com a vida, esta medida judicial seria desnecessária, também, nesta hipótese. Isto porque, argumenta-se, perderia sua finalidade de assegurar a não persecução penal aos envolvidos no procedimento de interrupção de gestação.

No entanto, apesar de tantos julgarem desnecessária a autorização judicial, mesmo com uma nova redação do art. 128 do CP, sugere-se, aqui, que ela deveria passar a ser elemento integrante do tipo penal, não só para a anencefalia, mas para as demais hipóteses já regulamentadas. O consentimento da gestante, a testemunha por dois médicos, somados à autorização judicial, funcionariam, de acordo com o Anteprojeto, como forma de o Estado, na sua veia Judiciária, controlar, em cada caso concreto, e mais de perto, a realização do procedimento, tentando evitar que a lei fosse burlada, servindo a exceção penal, de fachada, para serem concretizados abortos fora das hipóteses previstas na lei.

Em outras palavras, pela tese ora defendida, autorizar-se-ia o aborto, pois literalmente haveria o crime, mas, seria necessário ter certeza da hipótese de anencefalia, devidamente provada em rápido processo judicial, a fim de se evitarem precedentes quanto à promoção de abortos eugênicos.

6. SOLUÇÕES PENAIS: ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO

6.1. Bem jurídico. Estrutura do tipo penal. Atipicidade

Primeiramente, observa-se a importância da delimitação do bem jurídico tutelado pelos tipos penais previstos nos arts. 124, 125 e 126, do Código Penal pátrio, todos relativos à prática do aborto. Nestes casos, conforme escorreita lição de Luiz Regis Prado (2000, p. 88), a tutela penal recai essencialmente sobre “a vida do ser humano em formação”. Ainda segundo o eminente jurista, neste sentido “protege-se a vida intra-uterina, para que possa o ser humano desenvolver-se e nascer”.

Posto isto, só se pode concluir que o objeto material do delito é o embrião ou feto humano vivo e apto a desenvolver-se, que esteja alojado no útero da gestante.

Ou seja, garante-se proteção jurídica ao embrião/feto vivo para que este tenha condições de vir ao mundo e tornar-se um indivíduo capaz de ampliar suas potencialidades enquanto tal. Trata-se de guarida correlata à que o Direito Civil confere ao nascituro e é a chave da discussão que ora se inicia e para cujo desenlace fazem-se necessárias algumas considerações acerca da anencefalia. O direito civil utiliza o critério do reconhecimento da vida para se adquirir personalidade. O bem jurídico principal a ser tutelado é a vida.

Há quem defenda, no entanto, que o Direito penal contemporâneo volta-se exclusivamente para a proteção de bens jurídicos, em hipótese alguma, tendo a característica protetiva de comandos meramente morais ou de sentimentos pessoais, no caso das exceções que são formuladas pela legislação – aborto terapêutico e aborto emocional – existem porque se está diante de conduta que inicialmente preenche o tipo geral incriminador do art 124, hipótese distinta da ocorrente quando o feto padece da anomalia da anencefalia, na medida em que nesta não se teria bem jurídico a tutelar.

Todo o fundamento da existência, validade, e finalidade do tipo penal²⁶ está associado ao bem jurídico tutelado, de modo que a existência de, no mínimo, risco

26. Numa rápida revisão acerca do tipo penal, valendo-se de uma abordagem de Luiz Flávio Gomes (Luiz Flávio Gomes é doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri, mestre em Direito Penal pela USP, secretário-geral do Instituto Panamericano de Política Criminal (IPAN), consultor, parecerista, fundador e presidente da Cursos Luiz Flávio Gomes (LFG) – primeira rede de ensino telepresencial do Brasil e da América Latina, líder mundial em cursos preparatórios telepresenciais.), pode-se dizer que o tipo penal nos crimes dolosos (de acordo com a teoria constitucionalista do delito) é a soma da tipicidade formal (ou objetiva) + tipicidade material (ou normativa) + tipicidade subjetiva.

Da tipicidade material fazem parte três juízos valorativos distintos: juízo de desaprovação da conduta (cabe ao juiz verificar o desvalor da conduta, ou seja, se o agente, com sua conduta, criou ou incrementou um risco proibido relevante), juízo de desaprovação do resultado jurídico (isto é, desvalor do resultado que consiste na ofensa desvaliosa ao bem jurídico) e juízo de imputação objetiva do resultado resultado (o resultado deve ser a realização do risco criado ou incrementado). O resultado jurídico (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico), para ser desvalioso (desaprovado), precisa reunir quatro características: (a) concreto; (b) transcendental; (c) grave (não insignificante) e (d) intolerável.

A quarta exigência que advém do resultado jurídico desvalioso é a intolerabilidade da ofensa. A ofensa, portanto, além de real, transcendental e grave, deve ser também intolerável (desarrazoada). Seja por força da exigência de que relevante somente pode ser a ofensa intolerável (princípio da fragmentariedade do Direito penal), seja em razão da teoria da adequação social, o fato é atípico quando não perturba (ou não perturba seriamente ou não perturba desarrazoadamente) o convívio social justamente porque a ofensa ou é tolerada (aceita) pela (quase) unanimidade da comunidade ou não é desarrazoada.

Diante dessa formação, caberia concluir que não há resultado jurídico desvalioso quando o resultado não é desarrazoado (ou arbitrário ou injusto). Esse seria, então, o fundamento jurídico para não se reconhecer crime (fato típico) na conduta de quem pratica o chamado aborto anencefálico, que gera uma morte, porém, não desarrazoada ou arbitrária.

de lesão a este faz com que se esteja diante de hipótese de atipicidade. Quando o feto apresenta malformação caracterizadora da anencefalia não existiria a presença do bem jurídico tutelado pelo crime de aborto, qual seja, a vida.

Portanto, de logo, já, percebe-se que existe muita polêmica sobre o exato enquadramento dogmático do aborto anencefálico. Atualmente, tem-se buscado diversas interpretações da lei penal para se possibilitar a antecipação terapêutica do parto do anencéfalo. Finalmente, haveria exclusão da antijuridicidade, da punibilidade ou da tipicidade?

Consoante, já visto, fala-se em adicionar ao art. 128 uma nova regra de exclusão da ilicitude, mas, como não existiria tipicidade, não haveria, por sua vez, comportamento ilícito. Outros interpretam a interrupção da gravidez de anencéfalos como crime impossível ou crime putativo, entretanto como não existe dolo no ato médico de extração do feto retido, não existe crime. Entendem que essas condutas não são necessárias, já que o ato é atípico. E se a conduta não é típica, não há que se cogitar de ilícito penal.

Pergunta-se, então: – é punível o aborto do feto anencefálico?

À luz de um fundamento ético, o ponto de vista defendido nesse trabalho, a despeito das críticas que possa gerar é de que não deve ser proibido o aborto do feto anencefálico. Não se pode obrigar uma mulher a suportar, desnecessariamente e por longo tempo, os riscos e o peso, moral e físico, de uma gestação, cujo produto nem resistirá a seu próprio nascimento.

Dogmaticamente, a razão da impunibilidade do aborto do feto anencefálico – que é um morto cerebral, prende-se à ausência de tipicidade, fundada em três causas: falta de objeto jurídico, falta de sujeito passivo próprio e falta de objeto material. O fato não é mais do que um quase-crime, na modalidade de crime impossível.

Outra solução construída, no entanto, defende que a interrupção seletiva da gravidez não deva ser punível principalmente por não constituir crime de aborto, e sim uma antecipação de parto de um feto inviável, sem chances de sobrevivência extrauterina, razão pela qual não haveria vida a ser tutelada pelo legislador penal.

Nesse contexto, o nascituro possuiria expectativa de direitos. Em se diagnosticando a morte cerebral do feto, não existiria bem jurídico a ser tutelado. Segundo o Prof. Claus Roxin²⁷, “a vida vegetativa não é suficiente para fazer de

27. ROXIN, Claus. *A Proteção da Vida Humana Através do Direito Penal*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto_Roxim.htm> Acesso em 8 Set. 2004.

algo um homem e com a morte encefálica termina a proteção à vida”. A própria lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/97), ao fixar como momento da morte do ser humano o da morte encefálica, reforça este argumento.

Destarte, nessa linha de pensamento, entende-se que o feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a anencefalia, era merecedor de tutela penal, pelo pressuposto da existência de vida. Mas, a partir do momento em que se comprovou a morte encefálica, haveria inexistência de vida, com atipicidade da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, por não haver bem jurídico a ser tutelado, deixando de ser amparado pelo art. 124 do CP.

6.2. Inexigibilidade de conduta diversa

Procura-se argumentar, divergindo de grandes e respeitados estudiosos do Direito Penal, no sentido de que a saída para o abortamento em casos de anencefalia não está na tipicidade (para alguns na tipicidade material), ante a ausência de risco proibido. Não se pode justificar o abortamento por ser o produto da concepção um condenado à morte (o que realmente é). O risco criado, indubitavelmente, é proibido. A vida está presente, apesar de ser inviável.

Reinhard Frank²⁸, um dos precursores do sistema Neoclássico ou NeoKantista, em 1907, em sua obra *Estrutura do conceito de culpabilidade*, afirmou que a culpabilidade deveria ser composta por um novo elemento: a exigibilidade de conduta diversa. Esse autor vinculou a culpabilidade à idéia de reprovabilidade, defendendo que em face de um fato criminoso devemos observar as circunstâncias que o acompanham, que denominou ‘concomitantes’.

Como bem ensina o professor Damásio:

não há culpabilidade todas as vezes que, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, não se possa exigir do sujeito um conduta diversa daquela por ele cometida. Assim, a exigibilidade de comportamento diverso constitui um dos elementos da culpabilidade, enquanto a não-exigibilidade constitui a razão de algumas causas de exclusão da culpabilidade (DAMÁSIO DE JESUS, 1999, p. 481). (*grifo nosso*)

Com a introdução deste novo elemento na culpabilidade, esta passou a ser composta pelos seguintes elementos: imputabilidade, dolo ou culpa²⁹ e a exigibilidade de conduta diversa.

28. Frank deu origem a uma nova teoria, a psicológico-normativa da culpabilidade, uma das bases do sistema neoclássico ou neokantista.

29. Com o sistema finalista – *Hans Welzel* – o dolo e a culpa deslocou-se para o fato típico, dando ensejo à teoria normativa pura da culpabilidade

Vale ressaltar, que por mais previdente que seja o legislador, é absolutamente impossível legislar, expressamente, sobre todas as causas de inexigibilidade de conduta diversa, que devem ser admitidas em direito, pois tais causas são o que de mais próximo há entre o sistema normativo e as constantes evoluções sociais, políticas, culturais e científicas.

Assim, é possível a existência de um fato, não previsto pelo legislador como causa de exclusão da culpabilidade, que apresente todos os requisitos da inexigibilidade de outra conduta. Quando, na situação concreta, era inexigível comportamento distinto, não há que se falar em culpabilidade (em reprovabilidade), mesmo que não tenha o legislador previsto expressamente como causa exculpante.

Nesse sentido, ensina o mestre Frederico Marques:

A inexigibilidade de outra conduta pode ser invocada, apesar de não haver texto expresso em lei, como forma genérica de exclusão da culpabilidade, visto que se trata de princípio imanente no sistema penal. Nem se diga que, com isto, haverá uma espécie de amolecimento na repressão e na aplicação das normas punitivas. Quando a conduta não é culpável, a punição é iníqua, pois a ninguém se pune na ausência de culpa; e afirmar que existe culpa diante da anormalidade do ato volitivo, é verdadeira heresia (MARQUES, p. 227). (grifo nosso)

Esse também é o entendimento de Aníbal Bruno:

a não-exigibilidade vale por um princípio geral de exclusão da culpabilidade, que vai além das hipóteses tipificadas no Código e pode funcionar também com este caráter nos casos dolosos em que de fato não seja humanamente exigível, comportamento conforme o Direito. (Aníbal Bruno, 1954, p. 163). (grifo nosso)

De acordo com essa corrente de pensamento, o abortamento nos casos de anencefalia amolda-se totalmente aos requisitos necessários à exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta. Não se pode exigir da gestante, assim como do médico, conduta diversa.

É inquestionável, nos casos de anencefalia, que a saúde psíquica da gestante passa por graves transtornos. O diagnóstico da inviabilidade da vida do feto cria na gestante uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. Segundo Alberto da Silva Franco (Março de 2005): “São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto condenado à morte”.

No que tange ao médico que realiza o abortamento, também não se pode exigir outra conduta. Tal profissional da saúde não pode ser compelido a prolongar o

sofrimento psíquico da gestante. Esse também é o entendimento de Luiz Regis Prado (2005, pp. 122-123) e Cezar Roberto Bitencourt (2005, p. 438).

Em síntese, as condições que envolvem o abortamento de feto com anencefalia são totalmente anormais, de maneira que anormal também é o ato volitivo. A vontade resta comprometida. Não se pode exigir do(s) agente(s) (gestante e médico) uma conduta determinada quando o meio pressiona em sentido contrário. Se, em razão de determinada situação fática, há um vício de vontade, não pode o autor de uma infração penal ser considerado culpado, pois não agiu com vontade livre e desimpedida. Todas as vezes que o processo psíquico de motivação estiver viciado pelas condições anormais do meio, deixa de haver vontade livre, e o agente não será considerado culpado por sua conduta.

Como bem ensina o professor Fernando Capez (GONÇALVES, 2002, p. 92): “a inevitabilidade não tem a força de excluir a vontade, que subsiste como força propulsora da conduta, mas certamente a vicia, de modo a tornar incabível qualquer censura ao agente”.

A solução da questão suscitada depende da adoção ou da teoria bipartida³⁰ (dicotômica) ou da tripartida³¹ (tricotômica).

De acordo com Ney Moura Teles:

ao falar da expressão utilizada na norma do art. 22 – que trata da exclusão de culpabilidade pela coação moral irresistível ou obediência – ‘só é punível o autor da coação ou da ordem’, Damásio E. de Jesus explica que, a contrário senso, está a lei dizendo ‘não é punível o autor do fato’. Então, a lei usa a expressão ‘não é punível’, para se referir à exclusão da culpabilidade. Ora, o mesmo Código Penal, no art. 128, quando trata da exclusão da ilicitude do aborto necessário e

30. Os partidários da teoria bipartida (René Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, Luiz Flávio Gomes, Fernando Capez etc.) vêem o crime como sendo fato típico e antijurídico. No que tange à culpabilidade, haverá crime, ainda que um de seus elementos não se verifique. Quando uma pessoa comete um fato típico e antijurídico, mas age sem culpabilidade, nosso Código Penal, em vez de dizer que ‘não há crime’ declara que o agente é ‘isento de pena’ (arts. 21, 22, 26 e 28 do CP).

31. Já os adeptos da teoria tripartida (Hans Welzel, Johannes Wessels, Hans-Heinrich Jescheck, Lackner e Kühl, Winfried Hassemer, Claus Roxin. No Brasil adotam idêntica visão: Heleno Cláudio Fragoso, Cezar Roberto Bitencourt, Francisco de Assis Toledo, José Pierangeli, Luiz Regis Prado, Cláudio Brandão, Miguel Reale Jr.) entendem que o crime seria fato típico, antijurídico, e culpável. A culpabilidade, portanto, integraria o conceito de crime. Afirmam que o crime, como conduta tipicamente antijurídica é causa da resposta penal (efeito penal). A sanção penal será imposta somente quando for positivo o juízo de reprovação. Aduzem que a tipicidade, e a antijuridicidade são, também, pressupostos da pena. Na medida em que a sanção penal é consequência do crime, este é pressuposto daquela. Dessa forma, não somente a culpabilidade, mas, também, o fato típico, e antijurídico são pressupostos da pena. Para Fragoso (1995, p. 198): “Crime é, assim, o conjunto de todos os requisitos gerais indispensáveis para que possa ser aplicável a sanção penal. A análise revela que tais requisitos são a conduta típica, antijurídica e culpável...”.

do aborto ético, usa a expressão ‘não se pune’ o aborto praticado por médico. (TELES, 1998, p. 290).

Na ótica aqui defendida, o legislador cometeu imprecisão técnica³² na redação do artigo 128 do CP, que deveria ter utilizado a expressão ‘não há crime’, ao invés de ‘não se pune’. Apesar de se concordar com os adeptos da teoria tripartida, não há como deixar de admitir que o Código Penal Brasileiro adotou a teoria bipartida.

Tendo em vista todo o exposto, conclui-se, que sob esse ponto de vista, nos casos de abortamento de feto com anencefalia, onde está presente a causa de exclusão da culpabilidade denominada inexigibilidade de conduta diversa, o(s) agente(s) está(ão) isento(s) de pena. Há crime, porém o autor é isento de pena ante a ausência de reprovabilidade da conduta³³.

7. CONCLUSÃO

A compreensão da natureza do feto anencéfalo depende do exame profundo, sério e conseqüente de questões morais e de técnicas de medicina às quais a comunidade científica brasileira ainda não dedicou a atenção merecida.

Não se pode ir de encontro ao fato de que a criança anencéfala é viva. Tanto que tem um coração pulsando, reage a estímulos nervosos, movimenta-se quando dentro do útero, alimenta-se e respira pela placenta, ela tem vida, dependendo da mãe, como qualquer feto! Quando nasce, respira com os próprios pulmões e continua com o coração batendo por alguns minutos ou por alguns dias, independente da mãe. Assim, a vida não pode deixar de ser reconhecida mesmo que não seja duradoura.

A atual Constituição Federal, bem como o nosso Código Penal, não amparam somente o bem jurídico vida viável. Assim, não se pode pretender que um ser humano que padece da falta de parte do tecido cerebral, mas que mantém as demais funções vitais, seja considerado morto por antecipação, já que alguns

32. Para muitos não é convincente a argumentação utilizada pelo professor Damásio de Jesus, ao comentar o artigo 180, § 4º, possuindo, assim, posição isolada e criticada. Para o professor Damásio, a receptação corrobora a idéia de que o Código Penal Brasileiro veio a adotar a teoria bipartida: “A receptação pressupõe receber, adquirir ou ocultar coisa produto de crime. Suponha-se que o agente haja receptado coisa furtada por sujeito inimputável, nos termos do artigo 26, caput. Ele responde por receptação (artigo 180, § 4º). Ora, o agente inimputável, nos termos do artigo 26, caput, não é culpável: o fato típico e ilícito não apresenta a culpabilidade do agente. Então, a coisa não seria produto do crime se a culpabilidade fosse requisito ou elemento do delito. Mas o artigo 180, § 4º, diz que ‘a receptação é punível, ainda que... isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa’. Assim, o pressuposto da receptação é um fato em que não se exige a culpabilidade do agente. Em suma: para o legislador brasileiro existe crime sem culpabilidade.”

33. Não há culpabilidade para a maioria da doutrina penalista.

chegam a denominar o anencéfalo de natimorto. Neste sentido, Pontes de Miranda assevera que “o direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela” (MIRANDA, 1971, pp. 14-29).

Vida e dignidade são direitos fundamentais para o homem e na tensão aparente de interesses de tal porte, e, no caso dos fetos com anencefalia, perguntar-se-ia, qual direito deve preponderar em relação ao outro, o direito do feto acéfalo de viver, ou, o direito da mãe interromper a gestação, buscando o ponto de equilíbrio entre estes dois direitos em aparente colisão, haja vista a relevância de cada um deles?

Em princípio, a tendência é de se afirmar que a vida deve sempre prevalecer. Todavia, não parece razoável impor a uma mãe que tenha sua dor e seu sofrimento prolongados por meses até o dia do parto. Soa irracional à compreensão humana e, pois, à razão do homem médio conceber-se entendimento contrário, que proíba a antecipação terapêutica do parto, empregando-se aqui um eufemismo.

Como a justiça deve estar em sintonia com os avanços científicos, acompanhando, também, as mudanças éticas e culturais da sociedade, deve, a gestante, ter o direito de eliminar a sua tortura mental, ainda que lamentavelmente custe a vida do ser em gestação. Na ponderação entre os interesses em conflito, na ótica aqui defendida, deve vingar o direito à dignidade, o direito da mãe, o que mostra que nenhum direito é absoluto nem mesmo o direito à vida.

Esta transigência poderia levar, a princípio, ao problema da ‘ladeira escorregadia’, ou, no linguajar jusfilosófico, do ‘regresso ao infinito’: a transigência com alguma hipótese de aborto (como a de feto anencéfalo) poderia descambar para a aceitação generalizada do aborto, passando pelo aborto eugênico (que levaria à eliminação de fetos portadores da síndrome de *Down*, por exemplo) até chegar ao aborto banal que visa a eliminar as inconveniências de uma gravidez indesejada. Para tanto, é preciso que o aborto no caso da anencefalia venha a estar devidamente disposto em lei, como prevê o Anteprojeto de Reforma do Código Penal.

Assim, a previsão legal deveria ser favorável ao abortamento, pois que não é justo submeter a gestante ao intenso sofrimento de carregar consigo o feto sem a menor perspectiva de vida futura, se não for o seu desejo. Desta forma, uma vez constatada a hipótese de que a vida seria inviável por grave anomalia acometida ao feto, poderia a lei autorizar o abortamento, ou seja, a interrupção daquele processo de gravidez.

Refletindo sobre o tema, parece que a saída satisfatória a ser apontada para resolver o problema, está com a parte da doutrina que defende o posicionamento

pela adoção da tese da Inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade³⁴ nas hipóteses de aborto anencefálico. Nesta hipótese, inegavelmente encontra-se a mãe que carrega no seu ventre o feto anencefalo.

Consoante a lição de João Mendes Campos (1998, p. 21), “a pessoa pode ver-se compelida a praticar determinada conduta, embora ciente de que seja ela contrária à lei, não ficando, não obstante, sujeita à punição, porque qualquer ser humano normal, nas mesmas condições, teria igual comportamento, não sendo este, assim, censurável”.

O que se quer, é transmitir à gestante o poder de decisão sobre o futuro de seu filho e da disposição de seu corpo, sem com isso, abrir grave precedente a outros mecanismos antijurídicos ligados à morte, como a eutanásia e a pena de morte, assuntos para um outro debate.

Além disso, o direito a interrupção da gravidez assegura à gestante que este procedimento será conduzido por profissional habilitado e realizado em estabelecimento médico-hospitalar adequado, preservando-a dos riscos de um aborto clandestino, eliminando-se a indefinição jurídica muito aflitiva e, atualmente, existente em torno do assunto.

8. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. “*Petição Inicial na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8/DF*”. Disponível em: < <http://www.georgemlima.xpg.com.br/adpf54.pdf> >. Acesso em: 8 de out. 2007.
- BEVILÁQUIA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.
- BRAZ, Marlene. “Resenha ABORTO POR ANOMALIA FETAL. D. Diniz & D. C. Ribeiro. Brasília: Letras Livres, 2003. 149 pp.”. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, jan/fev de 2004.
- BRUNO, Aníbal. *A culpabilidade. Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia*. 1954.
- CAMPOS, João Mendes. *A Inexigibilidade de Outra Conduta no Júri: Doutrina e Jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998,
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

34. Nesse sentido, se um autor, com capacidade de culpabilidade e conhecimento da ilicitude de sua ação, realizou um fato típico e antijurídico, mas encontrava-se numa situação tão extrema que não seria aconselhável, do ponto de vista dos fins de pena, impor-lhe uma sanção penal, aplica-se a teoria.

- COMITE NACIONAL PARA A BIOÉTICA (Texto Aprovado Pelo C.N.B. Em 21 De Junho De 1996. Presidência Do Conselho Dos Ministros Departamento Para A Informação E Publicação). *Sociedade E Instituições: O Recém-Nascido Anencefálico E A Doação De Órgãos*. Disponível em: <<http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc48822>>. Acesso em: 19 dez. 2006.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Aborto por Anomalia Fetal*. Brasília: Revista Bioética, 1994. v. 2, n. 1. Disponível em: <www.portalmedico.org.br>. Acesso em 3 de agosto de 2006.
- COSTA, S.; DINIZ, D. *Bioética: Ensaios*. Brasília: Letras Livres, 2001.
- DINIZ, Débora. *Bioética y Aborto*. Disponível em: <http://www.msu.edu/~hlnelson/fab/bioetica_y_aborto.rtf>. Acesso em: 20 dez. 2004.
- DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
- FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva 1995.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, v. 1.
- FRANCO, Alberto Silva. *Anencefalia*. Breves considerações medicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. Revista dos Tribunais: n. 833, março de 2005.
- GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>>. Acesso em: 19 dez. 2006.
- _____. *Aborto Anencefalia e Imputação Objetiva: Exclusão da Tipicidade (II)*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*: n. 33.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito Penal Parte Geral*. Sinopses Jurídicas. 6. ed. Saraiva. 2002, v.2., p. 92.
- GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Parte Geral. 23. ed. Saraiva, 1999.

- MACHADO, Angelo. *Neuroanatomia Funcional*. Livraria Atheneu, 1987.
- MARQUES, Frederico. *Manual de Direito Penal*. Editora Saraiva, v. 2.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi. Tomo VII, 1971.
- PONTES, Manuel Sabino. *A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 19 dez. 2006.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte especial: arts. 121 a 183. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000. v. 2., 629 p., p. 88.
- PRANKE, P. A Importância de Discutir o uso de Celulas-Tronco Embrionárias para Fins Terapêuticos. In: *Ciência e Cultura*, Núcleo Temático: Clonagem. 2004, pp. 33-38.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Bookseller, 1999. v.1.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de; OUTROS. Aborto Eugênico ou Eugênico e autorização judicial. Qualificadora na denúncia e concessão de liberdade provisória. Júri. Quesitação. Tese da excludente de culpabilidade. Admissibilidade. *Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal*, n. 4, out/nov de 2000.
- SIQUEIRA, Geraldo Batista de e SIQUEIRA, Marina da Silva. Aborto, anencefalia: Autorização judicial ou consentimento da gestante. *Revista Síntese de Direito penal e processual penal*. n. 32, jun/jul 2005.
- TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 1.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil Interpretado Conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm. Acesso em: 01 dez. 2004.
- http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm. Acesso em: 22 nov. 2004.

XV

O IMPERATIVO MORAL POR UM DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho

Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia; Especialista em Direito do Estado com ênfase 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; Agente de Controle Externo do TCE/Ba.

RESUMO: Este artigo trata da necessidade cada vez mais urgente de ser repensada a noção de desenvolvimento até então praticada mundialmente. Inicialmente, partiu-se de uma definição completa de desenvolvimento, que vai além do processo de crescimento econômico quantitativo, englobando uma mudança estrutural do Estado nos aspectos econômicos, sociais, culturais, políticos e jurídicos, tanto de forma quantitativa, quanto qualitativa, numa verdadeira transformação rumo ao progresso das nações. O conceito de desenvolvimento proposto é aquela que leva a um salto e que visa o incremento do bem-estar de todos os indivíduos, universalmente. Abandonou-se, assim, a idéia simplista de que o crescimento econômico, por si só, bastaria para garantir o desenvolvimento. Daí a conclusão de que o desenvolvimento tem por objetivo a plena realização humana em vez de apenas a multiplicação de bens. Em seguida, discorreu-se sobre o direito ao desenvolvimento como direito humano, a partir da Declaração da Assembléia Geral da ONU Sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, e, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos do mundo estão habilitados a participar, colaborar, exigir, contribuir, e dele desfrutar na sua forma mais plena possível. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito de autodeterminação dos povos que

inclui o exercício do direito inalienável de soberania plena sobre todas as riquezas e recursos naturais, desde que este exercício não contrarie outros direitos humanos. Afinal, a realização do direito ao desenvolvimento requer a não violação aos princípios do direito internacional relativos às relações amistosas e à cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas para o desenvolvimento humano. Por fim, constatou-se a existência de um imperativo moral por um desenvolvimento indissociável dos padrões de sustentabilidade e de preservação ambiental, criticando-se comportamentos anti-ecológicos das nações em nome do desenvolvimento e destacando as consequências dessas condutas para as presentes e futuras gerações.

ABSTRACT: This article treats on the necessity, each time more urgent, to be rethought the notion of development hitherto practiced worldwide. Initially, it departed from a complete definition of development, which goes beyond the quantitative economic growth process, encompassing a structural change of the State in the economic, social, cultural, political and legal aspects, in the quantitative and qualitative form, in a truly transformation towards the progress of nations. The proposed concept of development is the one that leads to a take

off and that aims at increasing the welfare of all individuals, universally. It has abandoned, therefore, the simplistic Idea that economic growth, by itself, is enough to guarantee the development process. Then, it concludes that development has as its objective the fully human realization, and not only the multiplication of goods. Next, it considers the right to development as a human right, since the Declaration of the UN General Assembly on the Right to Development, from 1986, and, upon which every person and all the people in the world are able to participate, collaborate, demand, contribute and take advantage of the development process in its fully form. The human right to development also implies the fully realization of the right of self-determination, which includes the exercise of the inalienable right to the fully sovereignty over all the richness and natural resources, but

only if this exercise does not deny other human rights. Finally, the realization of the right to development demands the non violation of the international law principles related to the friendly relations and to the cooperation among States according to the United Nations Charter to the human development. Concluding, it perceived the existence of a moral imperative for a development dissociated of the patters of sustainability and environment protection, criticizing anti-environment behaviors from nations in the name of development and highlighting the consequences of such conducts for the present and future generations.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento; direito; ambiente; sustentável.

KEYWORDS: Development; law; environment; sustainable.

SUMÁRIO: 1. conceito de desenvolvimento – 2. Direito “ao” desenvolvimento – 3 Direito sustentável e meio-ambiente – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO

O fenômeno *desenvolvimento* é de grande complexidade e, segundo Edvaldo Brito (1982), situa-se entre os temas de difícil fixação de conceito. Entretanto, apesar do desafio imposto pela dificuldade de definição, é essencial para o tema deste trabalho, conhecer a definição do vocábulo na língua portuguesa e as diversas visões de juristas acerca do desenvolvimento e crescimento, para que seja possível compreender a natureza do desenvolvimento.

Assim, partindo-se de noções vocabulares simples, tem-se que *desenvolvimento* é a ação ou efeito de desenvolver-se; é o aumento da capacidade ou das possibilidades de algo; é o crescimento, progresso, adiantamento (do comércio, da economia, das ciências, da nação); é o avanço econômico, social e político de um país, região ou comunidade; aumento das qualidades físicas (animais, plantas); aumento das qualidades morais, psicológicas, intelectuais, de aprendizado; aprimoramento; revelação gradual de alguma coisa; desenrolamento, evolução, prosseguimento; é sinônimo de aumento e antônimo de declínio, retrocesso.

Quanto à diferença entre desenvolvimento, crescimento e expansão, Edivaldo Boaventura (1967) afirmou que o desenvolvimento é essencialmente estrutural e

consiste em mudanças de quantidade e qualidade no processo produtivo, sendo o desenvolvimento econômico espécie do fenômeno do desenvolvimento. Já o crescimento seria o incremento das quantidades globais em longo prazo e expansão, um crescimento em curto prazo.

Eros Roberto Grau (1997) indicou que a idéia de desenvolvimento supõe mutações e importa em que se esteja a realizar na sociedade um processo de mobilidade social contínuo. Para ele, o processo de desenvolvimento *deve levar a um salto* de uma estrutura social para outra e estar acompanhado de elevação do nível econômico e *cultural-intelectual* comunitário. Daí o desenvolvimento implicar na consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativas, mas, também, qualitativas. Por tais motivos, ele acredita que a idéia de desenvolvimento não pode ser confundida com a idéia de crescimento.

Manoel Jorge da Silva Neto (2006) também diferenciou desenvolvimento de crescimento, mas restringiu a idéia de desenvolvimento à mudanças apenas qualitativas, discordando de Edivaldo Boaventura e Eros Roberto Grau. Para ele, o desenvolvimento se relaciona ao conjunto de medidas adotadas na política econômica que conduzem à melhoria da condição de vida das pessoas, expressando, por conseguinte, uma grandeza qualitativa¹. Já o crescimento difere do desenvolvimento por expressar uma grandeza quantitativa, pois traduz, apenas, a quantidade de riqueza existente em uma dada economia em determinado momento.

Neste artigo, opta-se por seguir a doutrina de Eros Roberto Grau acerca do conceito de desenvolvimento, assumindo a idéia de que o desenvolvimento agrega tanto aspectos econômicos (quantitativos), quanto aspectos sociais (qualitativos). E, mais, culturais, políticos e jurídicos, pois o desenvolvimento, entendido em sua plenitude conceitual, deve visar o incremento do bem-estar de todos os indivíduos de uma nação e do mundo. Afinal, a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e principal beneficiário deste.

Assim, entende-se que o gênero desenvolvimento está atrelado à idéia de mudança para melhor na estrutura do Estado como um todo, e, não, apenas em termos econômicos. Ou seja, desenvolvimento é aquele fenômeno capaz de transformar as estruturas econômicas e sociais de um país, melhorando quantitativa e qualitativamente tanto a economia quanto o bem-estar dos cidadãos. O desenvolvimento

1. O conhecido Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), estabelecido como parâmetro objetivo pela Organização das Nações Unidas (ONU) para verificar a qualidade de vida em um determinado país, e, conseqüentemente, o seu estágio de desenvolvimento, não leva em consideração o produto interno bruto (PIB), ou seja, a quantidade de riqueza produzida em um dado sistema econômico, mas sim a sua capacidade de promover a justa distribuição do que produziu. (SILVA NETO, 2006, p. 208)

amplo tem capacidade de promover tanto o aumento da renda *per capita*, quanto a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos.

2. DIREITO “AO” DESENVOLVIMENTO

Juridicamente, perguntar-se-ia se existe direito *do* e *ao* desenvolvimento e se ambos são idéias coincidentes.

A posição adotada neste trabalho é a de que procede o uso de ambas as expressões: direito do desenvolvimento e direito ao desenvolvimento, mas que as mesmas possuem significado distinto.

A diferença é que no direito do desenvolvimento trata-se das normas jurídicas destinadas a garantir os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais conquistados a partir do desenvolvimento, ou para o desenvolvimento.

Já o direito ao desenvolvimento é um direito subjetivo, classificado como direito humano de terceira geração, portanto, ligado aos ideais de fraternidade e solidariedade. O valor preconizado nesse direito humano visa satisfazer necessidades humanas e ambientais presentes e propiciar o mesmo, ou até mais, para as gerações futuras. Por ser considerado um direito público subjetivo e por caber ao Estado criar as condições favoráveis para sua promoção, o direito ao desenvolvimento permite a tutela judicial como se verá na segunda parte do estudo.

No mundo contemporâneo, o direito ao desenvolvimento vem adquirindo um espaço cada vez mais importante na agenda internacional, desde o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais proposto pela ONU em 1966 e a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, proclamada em 1986 pela sua Assembléia Geral.

A noção de desenvolvimento enquanto direito humano ocupa posição central nas preocupações da ONU. No decorrer deste quase meio século da proclamação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, a noção de direito ao desenvolvimento alargou-se bastante, tendo sido abandonada a idéia simplista de que o crescimento econômico, por si só, bastaria para garantir o desenvolvimento. Hoje, o desenvolvimento tem por objetivo a plena realização humana em vez de apenas a multiplicação de bens.

Assim, segundo a ONU, a partir da mencionada Declaração, o direito ao desenvolvimento deve ser reconhecido como um direito humano inalienável e irrenunciável, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos do mundo estão habilitados a participar, colaborar, exigir, contribuir, e dele desfrutar na sua forma mais plena possível.

O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito de autodeterminação dos povos que inclui o exercício do direito inalienável de soberania plena sobre todas as riquezas e recursos naturais, desde que este exercício não contrarie outros direitos humanos. Afinal, a realização do direito ao desenvolvimento requer a não violação aos princípios do direito internacional relativos às relações amistosas e à cooperação entre os Estados em conformidade com a Carta das Nações Unidas para o desenvolvimento humano.

Outrossim, todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais.

Entretanto, a responsabilidade primária pela criação das condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento cabe aos Estados Nacionais, que devem buscar seu próprio desenvolvimento e, também sua parcela de contribuição para o desenvolvimento mundial, atentando que, como os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes, o direito ao desenvolvimento não pode estar dissociado da realização dos outros direitos humanos, independentemente da geração em que estejam classificados.

Em razão de tal responsabilidade estatal são fixados, na referida Declaração, diversos deveres para os Estados, individual ou coletivamente, facilitarem a plena realização do direito ao desenvolvimento, tais como:

- formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes;
- promover um desenvolvimento mais rápido dos países em desenvolvimento, como complemento dos esforços desses países, pois uma cooperação internacional efetiva é essencial para prover esses países de meios e facilidades apropriados para incrementar seu desenvolvimento amplo;
- cooperar, uns com os outros, para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos a este, devendo para isso tomar medidas resolutas para: eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais, e para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos dos povos e dos seres humanos afetados por formas de racismo e discriminação, colonialismo, dominação estrangeira e ocupação,

agressão, interferência estrangeira e ameaças contra a soberania nacional, unidade nacional e integridade territorial, ameaças de guerra e recusas de reconhecimento do direito fundamental dos povos à autodeterminação;

- realizar seus direitos e cumprir suas obrigações de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos;
- promover o estabelecimento, a manutenção e o fortalecimento da paz e segurança internacionais, e, para este fim, fazer o máximo para alcançar o desarmamento geral e completo sob efetivo controle internacional, assim como assegurar que os recursos liberados por medidas efetivas de desarmamento sejam usados para o desenvolvimento amplo, em particular o dos países em via de desenvolvimento;
- assegurar, em nível nacional, a igualdade de oportunidade para que todos em seu acesso aos recursos básicos: educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda;
- efetuar reformas econômicas e sociais apropriadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais;
- encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

Com isso, a ONU pretendeu deixar claro que compete aos Estados assegurar o pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, por meio de formulação, adoção e implementação de políticas públicas, nacionais e internacionais.

Ademais, fixou que o reconhecimento do direito ao desenvolvimento é relevante para todo o mundo, mas, principalmente, para os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, que precisam alavancar seus crescimentos econômicos e sociais para diminuir sua pobreza e suas desigualdades sociais, distribuindo melhor sua renda.

Com efeito, os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento precisam reconhecer o direito ao desenvolvimento enquanto um direito humano, a fim de fortalecerem suas frágeis democracias e transformarem seus Estados em verdadeiros Estados Democráticos e de Direito, que respeitem efetivamente a cidadania e os direitos humanos, não só para as majorias, mas, também, para as suas minorias sociais, econômicas e culturais.

Contudo, não basta o reconhecimento jurídico-formal do direito ao desenvolvimento como de qualquer outro direito humano. É preciso promover tais direitos no plano concreto, ou seja, fazer respeitar o verdadeiro valor contido nestes *direitos-princípio*, tanto por via legislativa e administrativa quanto por via judiciária.

O Brasil, por exemplo, reconhece o direito ao desenvolvimento colocando-o, inclusive, no plano jurídico-constitucional como princípio fundamental da República Federativa. O problema reside na falta de efetividade das normas por conta não só da ausência ou insuficiência de algumas políticas públicas quanto pela frágil fiscalização e punição do descumprimento daquelas existentes.

De fato, há uma enorme distância entre as promessas fixadas pelo constituinte e a realidade vivida pelo povo brasileiro do ponto de vista da efetividade de direitos. E é esse *déficit* que se pretende corrigir, ao menos no plano jurisdicional, com a inserção de decisões na trilha da realização material do bem-estar e do desenvolvimento, ainda que se esteja diante de um longo caminho de transformação e luta a ser percorrido, o qual inclui a adoção e implantação de políticas públicas em direção ao desenvolvimento equilibrado e sustentável. É o que será tratado no item seguinte.

3. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E MEIO-AMBIENTE

Fixado o conceito de desenvolvimento e demonstrado que já se reconhece o direito ao desenvolvimento como direito humano, resta destacar a importância de se atrelar esse reconhecimento aos padrões de sustentabilidade mundialmente defendidos e à preservação ambiental, para poder entender, como o Poder Público, no Brasil, deverá se posicionar como promotor do desenvolvimento, incumbido, constitucionalmente, da manutenção do equilíbrio ecológico, considerado o meio-ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Com efeito, desde 1986, no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), o direito ao desenvolvimento foi reconhecido como direito humano por meio da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento mencionada no item anterior.

A partir daí, a ONU abandonou o conceito de desenvolvimento econômico puro, passando a inserir nos textos de seus relatórios um conceito de desenvolvimento mais amplo, compreendendo aspectos humanos (sociais, políticos e culturais).

Com o passar do tempo, surgiu também o adjetivo *sustentável* para o conceito de desenvolvimento.

Desenvolvimento sustentável é aquele capaz de atender às necessidades humanas do presente sem comprometer a possibilidade de atendê-las no futuro, por meio da superação da pobreza e do respeito aos limites ecológicos, aliados a um aumento do crescimento econômico como possibilidade para se alcançar uma maior sustentabilidade das condições globais.

Com efeito, a idéia de desenvolvimento sustentável traz consigo um compromisso das gerações atuais com as gerações futuras, envolvendo a ação comprometida do homem com a natureza, em toda a sua plenitude. Trata-se, portanto, de uma proposta de adequar e condicionar a ação do homem em busca do desenvolvimento econômico das nações à preservação ambiental, à superação da pobreza e à diminuição das desigualdades sociais, reduzindo-se o custo social embutido no processo desenvolvimentista.

Assim, incorporou-se à definição de desenvolvimento o adjetivo *sustentável*, o que muitos entendem ser até redundante, porque se se eleger o direito ao desenvolvimento como um direito humano, não poderiam estar dissociadas as preocupações solidárias com as gerações futuras e com os limites ecológicos do planeta, em nome da preservação da própria humanidade.

Todavia, não se considera pecado ser redundante ou repetitivo se a intenção, no caso de atribuir o adjetivo sustentável ao desenvolvimento, foi a de, exclusivamente, tentar chamar atenção das nações para o fato de que devem evitar ou afastar os efeitos nocivos do crescimento econômico desenfreado, desequilibrado e desmedido, fazendo com que elas se comprometam, ao lado de desenvolverem-se economicamente, a cooperar com a preservação dos já escassos recursos naturais que existem e com a redução da pobreza, em prol das gerações vindouras.

Realmente, hoje, com o conhecimento que se tem da composição do planeta, do motivo que leva às mudanças climáticas na Terra e de seus efeitos, e do verdadeiro risco que corre a humanidade se não for revertido urgentemente os efeitos do aquecimento global, não se pode falar em desenvolvimento que não seja do tipo sustentável, ou seja, sem que haja a preocupação com a conservação dos recursos ambientais que asseguram a biodiversidade e o equilíbrio ecológico.

A raça humana é parte da natureza e a vida depende do ininterrupto funcionamento dos sistemas naturais que garantem o suprimento de energia e nutrientes para o homem. Por isso, é preciso que as nações abandonem o dogma do crescimento econômico (aumento contínuo do produto interno bruto – PIB) por um desenvolvimento justo e sustentável. Tudo pela instauração de um novo sistema,

no qual haja fiscalização e punição das atividades econômicas que causem danos ao meio-ambiente, e haja racionalização do consumo².

Também não se pode mais admitir a priorização do crescimento econômico em prejuízo da distribuição das riquezas. O predomínio dessa lógica só resultou em malefícios, tais como: desemprego em massa, subemprego, exploração, exclusão social, desperdício, guerras e destruição de vidas humanas. Hoje, enquanto um bilhão de habitantes do planeta vive na prosperidade, outro bilhão sobrevive em indescritível estado de miséria, e quatro bilhões dispõe de renda modesta próxima ao mínimo vital. Para mudar este quadro é preciso construir um novo paradigma de desenvolvimento que seja compatível com as reivindicações sociais.

Porém, é relevante abrir um parêntese sobre a interferência das nações empobrecidas no desenvolvimento: elas não são culpadas sozinhas pela não implementação mundial do desenvolvimento, nem pelos desastres climáticos.

O mundo está passando por essa crise climática sem precedentes NÃO por comportamentos antiecológicos exclusivos das nações pobres, pelo contrário, a conduta das nações ricas adoece igualmente ou até mais o planeta. Por isso, não se pode imputar às nações pobres, com todo o seu contingente de miseráveis, a responsabilidade pelas mazelas catastróficas ecologicamente experimentadas pelo planeta, nem se pode somente impor a elas o desenvolvimento do tipo sustentável.

Com efeito, a mudança de conduta frente ao desenvolvimento é responsabilidade de todos os países, principalmente dos mais desenvolvidos (maiores poluidores), que deveriam e poderiam, inclusive, colaborar com o desenvolvimento dos países pobres, não pelo interesse deles continuarem dependentes, mas no intuito de vê-los desenvolvidos economicamente e socialmente, industrializados e competitivos no mercado mundial. Esta posição, que vai contra o seu comportamento na história, vai emergindo diante da pressão da onda migratória e das mudanças climáticas, que lembram aos países ricos a impossibilidade de se manterem protegidos dentro de seus muros e ilhas de riqueza³.

A imposição pelo desenvolvimento sustentável é geral, atinge todas as nações, e deve ser reconhecida livre de preconceitos. Daí entender-se como equivocada e unilateral a leitura feita, por alguns, do Relatório da Comissão Mundial sobre

2. Consumir sem desperdícios e com responsabilidade ambiental.

3. Não que não haja políticas tentando manter esse *isolamento*. O muro separando os EUA do México, as leis de imigração tentando proteger a “fortaleza Europa”, a reação norte-americana ao tratar de Kyoto são, ao mesmo tempo, exemplos da dimensão e da ineficácia da reação a essas pressões.

Meio-ambiente e Desenvolvimento, presidida por Gro Harlem Brundtland – primeira ministra da Noruega –, denominado *Nosso Futuro Comum*⁴, enfatizando, apenas, a pobreza como raiz da degradação ambiental e ameaça ao desenvolvimento sustentável, o que não pode ser considerado. Afinal, pergunta-se:

Será que a pobreza é realmente a maior fonte de agressão ao meio-ambiente, em especial quando se constata serem os países ricos os maiores emissores de CO₂ do planeta e os maiores produtores de lixo?

Será que seria benéfico para o planeta que a população dos países pobres se desenvolvesse economicamente adquirindo a condição de praticar os mesmos hábitos de consumo dos países do chamado primeiro mundo?

Será que as nações ricas se comprometem e praticam o desenvolvimento sustentável?

Parece que a resposta é negativa a todas essas indagações, indicando que aquela leitura sobre a pobreza *versus* desenvolvimento merece reparos.

Com efeito, embora a pobreza seja, de fato, um grande obstáculo à proteção ambiental – em razão da dificuldade de se sustentar e implantar políticas que preservem o meio-ambiente em detrimento da sobrevivência humana, sempre em perigo nas populações que vivem em torno e abaixo da linha de miséria – para se alcançar o desenvolvimento sustentável global e a preservação do planeta desejados, é preciso se rever a conduta e a responsabilidade dos países ricos e as suas políticas liberais, neoliberais e de cooperação internacional.

O desenvolvimento jamais pode ser entendido como um caminho dirigido a garantir aos países pobres níveis de consumo semelhantes aos das maiores economias mundiais, pois esta solução certamente esgotaria os recursos naturais do planeta.

Então, o que deve ser defendido em nome de um desenvolvimento sustentável é a troca do modelo, ou seja, a criação de um outro tipo de relação dos homens e da sociedade com o meio ambiente, que assegure não só o acesso de todos aos recursos naturais, como, também, a preservação destes recursos para as gerações futuras.

Aliás, já há um consenso mundial em relação à necessidade de substituir-se o padrão de desenvolvimento presente na visão liberal e neoliberal baseado na competitividade econômica por outro que incorpore uma visão de bem-estar social.

4. Esse Relatório (*Nosso Futuro Comum*) culmina as preocupações expostas na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio-ambiente Humano, em 1972, em Estocolmo, e atende ao pedido da Assembléia Geral da ONU por *uma agenda global para mudança*.

Portanto, pode-se concluir que o desenvolvimento sustentável requer tanto a eliminação da pobreza quanto das políticas excessivamente consumistas, de desperdício e produção desenfreada de lixo, e de emissão de CO₂, pois que estas condutas constituem as principais raízes da degradação ambiental.

Assim, não basta o reconhecimento da miséria como violação aos direitos humanos. É necessário adotar-se, mundialmente, um modelo de desenvolvimento que assegure a sustentabilidade das condições de vida baseado: no controle da emissão de CO₂, na reciclagem de materiais, no emprego de recursos e energias renováveis, na diminuição do consumo e na redução de desigualdades sociais.

Há mais de quatro décadas, diante dessa necessidade de adotar-se um modelo de desenvolvimento mais coerente e global, vê-se tentativas internacionais de evitar o colapso do planeta. Mais recentemente, as tentativas apontam na direção de que se isso não ocorrer a paz estará ameaçada.

O Protocolo de Kyoto, por exemplo, é consequência de uma série de eventos iniciada em 1988, quando ocorreu, na cidade canadense de Toronto, a primeira reunião com líderes de países e cientistas para discutir as mudanças climáticas (que têm impacto superado somente por uma guerra nuclear). Essa conferência foi seguida, em 1990, da inauguração do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), primeiro mecanismo de caráter científico, que tem como intenção alertar o mundo sobre o aquecimento do planeta. Esta linha culminou, em 1992, nas discussões realizadas na Conferência das Nações Unidas sobre Meio-Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), realizada no Brasil, na cidade do Rio de Janeiro, e que contou com a participação de mais de dezenas de dirigentes de Estado que assinaram a Convenção Marco sobre Mudanças Climáticas.

Na ECO-92, foi consagrada a idéia de desenvolvimento sustentável, situando o ser humano no centro de todo processo de desenvolvimento, referindo-se expressamente ao direito de desenvolvimento como um direito humano⁵. Também

5. *O Princípio 1 da Declaração do Rio de Janeiro afirmou o direito dos seres humanos a uma vida sadia e produtiva em harmonia com a natureza. O Princípio 2 dispôs que os Estados têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos, segundo as suas próprias políticas de meio-ambiente e desenvolvimento e a responsabilidade de assegurar que atividades sob o seu controle não causem danos ao meio-ambiente de outros Estados. O Princípio 3 previu que o direito ao desenvolvimento há de ser exercido de modo a possibilitar que se satisfaçam eqüitativamente as necessidades das gerações presentes e futuras, endossando o entendimento consubstanciado no Relatório Brundtland.*

A Declaração do Rio de Janeiro estabeleceu ainda em seu parágrafo 5 que os Estados têm como tarefa essencial a erradicação da pobreza, afirmando que a melhora dos padrões de vida da maioria da população do mundo constitui requisito indispensável ao desenvolvimento sustentável. O Princípio 8 previu que os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo. Assim, para que se alcance o desenvolvimento e um meio-ambiente sadio simultaneamente, é necessário que se supere o atual

foram estabelecidas metas para que os países industrializados permanecessem no ano de 2000 com os mesmos índices de emissão de CO₂ do ano de 1990, porque já tinha sido constatado que as alterações climáticas antrópicas são principalmente causadas por emissão de CO₂ pela queimada de combustíveis fósseis.

Em 1997, foi assinado, no Japão, o Protocolo de Kyoto, ratificado a seguir por diversos países inclusive desenvolvidos. Este protocolo tem por objetivo firmar acordos e discussões internacionais para, conjuntamente, as nações estabelecerem metas de redução na emissão de CO₂, principalmente por parte de países industrializados, além de criar formas de desenvolvimento econômico de maneira menos impactante. Além disso, o protocolo estabelece medidas com intuito de substituir produtos oriundos do petróleo por outros que poluam menos, e de utilizar energia renovável e tecnologias verdes (limpas).

O Estado brasileiro sediou a ECO92 e ratificou o Protocolo de Kyoto, aderindo à política mundial em prol de um desenvolvimento sustentável, entendendo que isso não feriria a sua autonomia enquanto ente soberano nem o seu crescimento econômico. Recentemente, em 2004, o Brasil assinou um Memorando de Entendimento com o Canadá, Itália e Países Baixos para estimular a realização de projetos de mecanismos de desenvolvimento limpo (MDL).

Já os EUA negaram-se a ratificar o Protocolo de Kyoto pela alegação de que os compromissos acarretariam prejuízos ao desenvolvimento americano e interfeririam negativamente na sua economia. Com efeito, o Congresso norte-americano entende que tem autonomia para decidir os rumos do país, em detrimento de compromissos internacionais para a preservação do planeta.

Assim, os EUA, oficialmente, rejeitam assumir compromissos internacionais para a redução da emissão de gases, em nome de uma política desenvolvimentista e pela saga petrolífera.

Entretanto, não significa que, juridicamente, os EUA não possuam leis ambientais com sanções patrimoniais rígidas. As leis são duras e o Judiciário condena os poluidores em indenizações milionárias. Também, não significa que municípios, estados e os próprios cidadãos americanos não estejam aderindo às políticas de preservação ambiental e pesquisando maneiras de reduzir a emissão de gases

modo industrial de produção que desencadeou a crise ecológica, e que se adotem estilos de vida menos consumistas e mais compatíveis com os meios ecológicos do mundo. O Princípio 10 referiu-se à questão da participação democrática nos processos decisórios e do acesso adequado dos cidadãos às informações como poderosos meios para tratar-se as questões desenvolvimentistas e ambientais, como já fora abordado em outros documentos internacionais sobre o direito ao desenvolvimento. (DELGADO, 2001, p. 117-118)

tóxicos. Eles estão. O problema é que o conceito de soberania e autonomia do estado Nacional que os EUA quer sustentar destoa do mundo globalizado atual, inclusive em nível jurisdicional, pois os efeitos maléficos das mudanças climáticas são preocupações globais que afetam não só a população de um Estado Nacional, mas, sim, de todo o mundo.

Um exemplo recente de que essas preocupações são mundiais e estão relacionadas inclusive com a paz, é que, em 2007, Al Gore⁶ e o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas das Nações Unidas (IPCC)⁷ foram distinguidos com o Prêmio Nobel da Paz, pelos esforços para aumentar o conhecimento mundial sobre as mudanças climáticas.

Outro exemplo é a notória expansão do mercado de crédito de carbono, movimentando entre 20 a 30 milhões de euros/ano⁸.

Isso representa que o mundo está, de fato, preocupado com as ameaças oriundas do aquecimento global (causado pelo homem, em sua desmedida empreitada rumo ao crescimento), e disposto a fixar a base das medidas que serão necessárias para resistir a essa crise que já afeta a paz mundial (conflitos por terra e água).

É importante ainda lembrar que o aumento de poucos metros do nível de água dos oceanos faria desaparecer cidades e países inteiros (Xangai, Beijing, Calcutá, Bangladesh, Manhattan e Holanda); e o descongelamento das geleiras significaria acabar com as fontes naturais de água doce (gelo das montanhas e capotas polares). Para onde essas populações desabrigadas irão se isso acontecer? E como matar a sede daqueles que não puderem pagar pela água doce?

Além disso, já é sabido que o degelo pode causar a interrupção da corrente quente que circula nos oceanos e aquece o mundo e, portanto, pode gerar uma nova era glacial.

Por causa dessas questões é que se torna necessário uma verdadeira revolução política e jurídica para mudar os paradigmas econômico-desenvolvimentistas vigentes, de modo que a preservação do meio-ambiente seja alçada à lista de prioridades de qualquer país. O aquecimento global tem que ser encarado, hoje, como o maior dos problemas a ser enfrentado pela humanidade, e *os Estados*

6. Al Gore foi ex-vice presidente dos Estados Unidos durante as gestões de Bill Clinton. Ele, também, se candidatou à Casa Branca em 2000, perdendo a eleição para George W. Bush. Em 2006, o documentário “*Uma verdade inconveniente*”, estrelado por ele, ganhou o Oscar de melhor documentário.

7. Esse painel reúne cerca de 3 mil cientistas e especialistas de todo o mundo em diversas áreas.

8. O Brasil ocupa a segunda posição no ranking de país maior produtor de créditos de carbono, podendo atingir 20% do volume de créditos comercializados.

Nacionais devem rever seus comportamentos, seus deveres e obrigações para além dos confins do seu território não só nos aspectos de globalização de mercado (CANOTILHO, 1991, p. 17).

4. CONCLUSÃO

De fato, o clima já mudou; o ordenamento jurídico está evoluindo cada vez mais em direção da proteção ao meio-ambiente. A ciência e tecnologia já apontam soluções⁹. Então, o que falta acontecer para o desenvolvimento sustentável ser uma realidade?

Vontade política global? Jurisdição internacional? Multilateralismo?

Seja o que for não importa, o que importa é que o mundo tem que mudar, porque o futuro depende do sucesso desta empreitada. Afinal, para um desenvolvimento econômico ideal torna-se imperiosa a conservação dos meios naturais¹⁰. Sem medidas que assegurem a conquista desse objetivo, a humanidade porá em risco a própria sobrevivência.

Um progresso econômico e social cada vez maior e mais global não poderá basear-se na exploração indiscriminada e devastadora da natureza. Sem o uso racional dos recursos naturais, não poderá haver desenvolvimento sustentável, que é a única forma, atualmente, com o conhecimento que a humanidade tem do meio-ambiente, que se pode conceber o progresso, seja no âmbito econômico seja no social.

5. REFERÊNCIAS

• **Livros e artigos publicados em livros:**

ARENDRT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

_____. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

9. A revolução tecnológica já é capaz de oferecer o conhecimento e as ferramentas necessárias para combater o aquecimento global e garantir um “*futuro como civilização*”.

10. O Relatório Nosso Futuro Comum da Comissão Mundial sobre o meio-ambiente e o desenvolvimento afirmou essa necessidade de atrelar o desenvolvimento econômico à preservação ambiental.

BOAVENTURA, Edivaldo. Desenvolvimento e Crescimento. In: *Revista da Associação Comercial da Bahia*. Salvador: Revista da Associação Comercial da Bahia, 1967.

_____. O Poder Judiciário e o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil. In: *VI Jornada Teixeira de Freitas: unidade do sistema jurídico e identidade latino-americana*. [s.l.]: [s.e.], [s.d.], p. 17-47.

BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. *Direito e desenvolvimento*. Salvador: Publicações da Universidade Federal da Bahia, série II, n. 24, 1961.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOBBSBAWN, Eric. *A era dos extremos – o breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. *O novo século: entrevista a Antonio Polito*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

HOUAISS, Antonio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

NOSSO FUTURO COMUM. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

• **Artigos eletrônicos:**

COLLAÇO, Maria Heliodora do Vale Romeiro. Do direito ao desenvolvimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 521, 10 dez. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina>. Acesso em: 22/01/2008

Al Gore e IPCC ganham o Prêmio Nobel da Paz. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente> Acesso em: 12/10/2006

A cruzada de Al Gore contra o efeito estufa. Disponível em: <http://www.terra.com> Acesso em: 20/10/2006

Protocolo de Quioto. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Protocolo_de_Quioto
Acesso em: 22/01/2008.

O clima mudou, e você? Disponível em: <http://www.miradaglobal.com.br> Acesso em
22/01/2008

Mudança climática e projeções. Disponível em: <http://www.miradaglobal.com.br> Acesso
em: 22/01/2008

Declaração da ONU sobre o direito ao desenvolvimento. Disponível em: <http://www.google.com.br> acesso em 10/04/2006

• **Filme:**

Uma verdade Inconveniente: um aviso global. Produção: Laurie David, Lawrence Bender,
Scott Z. Burns. Direção: Davis Guggenheim. 2006.

XVI

A SINGULARIDADE DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PLURALISMO JUDICIAL

Priscila Cavalcante

Mestranda (UFBA).

SUMÁRIO: I. Prelúdio; II. Fundamentação Teórica: 1. Breve Escorço Histórico: 1.1. A Dialética Na *Pólis*; 1.2. A *Actio* Romana; 1.3. Do *Judicium* Ao *Processus* – 2. O Singular: reflexões sobre o contraditório: 2.1. Estratégia de amplitude cognitiva e boa-fé; 2.2. Ajustando o fiel da balança: contraditório e efetividade – 3. O plural: contraditório e cooperação intersubjetiva: 3.1. O contraditório como princípio; 3.2. O princípio da cooperação e deveres decorrentes – III. Considerações Finais – IV. Referências.

I. PRELÚDIO

No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.¹

Em sua obra clássica, *A condição humana*, Hannah Arendt analisa as dimensões da *vita activa* e o modo como a natureza da sociedade evoluiu até a alienação presente no mundo moderno. A autora utiliza a expressão *vita activa*² em contraposição à *vita contemplativa*; a primeira deriva o seu significado da segunda, em que pese a sua limitada dignidade, por servir às necessidades e carências da contemplação em um corpo vivo.

A preocupação subjacente a todas as atividades correspondentes à *vita activa* não é a mesma da *vita contemplativa*, assim como não lhe é superior nem inferior.³ O interessante desta dicotomia consiste em marcar a trajetória da filosofia grega,

1. ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*, p. 189.

2. A expressão *vita activa*, compreendendo todas as atividades humanas é definida do ponto de vista da absoluta quietude da contemplação, corresponde, portanto, mais à *askholia grega* (ocupação, desassossego) com a qual Aristóteles designava toda atividade, que ao *bios politikos dos gregos* (ARENDT, Hannah. Idem, p. 23). Tradicionalmente, até o início da era moderna, a expressão *vita activa* jamais perdeu sua conotação negativa de *in-quietude*, *nec-otium*, *as-skholia* (ARENDT, Hannah. Idem, p. 24).

3. ARENDT, Hannah. Idem, p. 25-26.

em que se verifica uma permanente tensão entre os *homens de pensamento* e os *homens de ação*, ao enveredarem diferentes caminhos, a partir da morte do grande expoente da política grega, Péricles.⁴

A *vida activa* cujo cerne é a *imortalidade*⁵ designa três atividades humanas fundamentais: o labor, o trabalho e a ação. O labor é a atividade que corresponde ao processo biológico do corpo humano. A condição humana do labor é a *própria vida*. O trabalho, por seu turno, é a atividade relativa ao artificialismo da existência, cuja condição humana é a *mundanidade*. A ação é a única atividade que se exerce diretamente entre os homens, sem mediação da matéria, e refere-se à condição humana da *pluralidade*.⁶

Justifica a autora ser a *pluralidade* a condição da ação humana pelo fato dos homens serem todos os mesmos, ou seja, *humanos*,⁷ embora ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que exista, tenha existido ou venha a existir. Isto faz do homem um ser *singular*.⁸ Um ser único que busca sua identidade por intermédio do *diálogo*.

O *diálogo* manifesta-se pela expressão de um pensamento. Portanto, pressupõe *reflexão*. Da mesma forma, o diálogo no seio do processo exige sérias reflexões das partes e do órgão julgador.

Uma aparente contradição opera-se diante da realidade, que demonstra uma tendência da vida atual a *irreflexão*,⁹ cujo cerne é a repetição de *verdades* triviais e vazias.

Em *Tempos Modernos*, Charles Chaplin retrata a vida na sociedade industrial, caracterizada pelo sistema de linha de montagem e forte especialização. Uma

4. ARENDT, Hannah. Idem, p. 26.

5. *Imortalidade significa continuidade no tempo, vida sem morte nesta terra e neste mundo, tal como foi dada, segundo o consenso grego, à natureza e aos deuses do Olimpo* (ARENDT, Hannah. Idem, p. 26).

6. ARENDT, Hannah. Idem, p. 15.

7. *Assim como no reino das estrelas são às vezes dois sóis que determinam a órbita de um planeta, ora com luz vermelha, ora com luz verde, logo irradiando simultaneamente e inundando-o de luz multicolor: assim também nós, homens modernos, graças à complicada mecânica de nosso "firmamento" somos determinados por morais diversas; nossas ações brilham alternadamente em cores distintas, raras vezes são inequívocas – e com frequência realizamos ações furta-cor* (NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal – Prelúdio a uma filosofia do futuro*, p. 124).

8. Em sua obra, Hannah Arendt sofreu grande influência do filósofo Santo Agostinho, tendo inclusive dedicado a sua tese de doutorado ao estudo acerca da concepção do amor para o mesmo (*O conceito de amor em Santo Agostinho*, Lisboa: Instituto Piaget, 1997). Para Agostinho, a partir da história da criação, pode-se salientar o caráter de *espécie* da vida animal, em oposição à singularidade da existência humana (ARENDT, Hannah. op. cit., p. 16).

9. ARENDT, Hannah. Idem, p. 13.

sociedade massificada¹⁰ pelo trabalho fabril, em que seres humanos vivem em estado letárgico de produção em escala.

Quase um século depois, o que fora visto nas indústrias é contemplado nos Tribunais. *Hordas de operários* precisam dar vazão a inúmeras demandas. A diferença: o objeto da *economia de escala* é a vida de milhares de pessoas e, em alguns casos, a sua própria sobrevivência.¹¹

Brilhantemente, captou Hannah Arendt a glorificação do trabalho na era moderna, transformando toda sociedade em uma sociedade operária. Uma sociedade que pretende se libertar dos grilhões do trabalho, contudo, desconhece outras atividades mais importantes e superiores pelas quais ainda valeria a pena viver e conquistar tal liberdade.¹²

Destaquem-se, neste contexto, as atividades de *pensar* e *compreender*. Pensar o direito, sob seus diversos espectros. Compreender¹³ o *direito processual* em sua leitura constitucional.

A abordagem deste estudo parte da premissa de que o substrato ideológico¹⁴ exerce influência nas instituições humanas e na ação social.¹⁵ O debate e a abertura a novas idéias possibilitaram o desenvolvimento das instituições democráticas, como o próprio *contraditório*, que fora reputado como *marco característico dos órgãos constitucionais democráticos*.¹⁶

Como corolário desta premissa, tem-se a indubitável importância da exposição dos argumentos e a sua capacidade de influenciar o órgão judicial. Não se pode

10. (...) as sociedades industriais avançadas têm em comum uma característica que pode ser sintetizada em uma palavra pouco estética, mas expressiva: “massificação”. Assim como a economia é caracterizada pela produção em massa, distribuição de massa, consumo de massa, assim também as relações, os conflitos e exigências sociais, culturais e de outra natureza têm assumido, seguidamente, um caráter largamente coletivo antes que meramente individual (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* p. 23).
11. Sensível a esta realidade, bem expôs Calmon de Passos: *Já não lidamos com textos, sim com vidas, criaturas humanas, nossos semelhantes, sempre perplexos a se indagarem por que alguns homens podem tanto em relação a outros homens, a ponto de lhes determinarem o que devem ou o que não devem fazer, necessariamente*. (PASSOS, Calmon de. “A Instrumentalidade do Processo”. *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abril/junho de 2001, p. 56).
12. Refere-se a autora à atividade de pensar. *Por esta e outras razões, a mais alta e talvez a mais pura atividade de que os homens são capazes – a atividade de pensar – não se inclui nas atuais considerações* (ARENDR, Hannah. op. cit., p. 13).
13. *A compreensão é uma atividade que não pode ser evitada e tampouco concluída* (BEINER, Ronald. “Hannah Arendt – sobre ‘O Julgar.’” In: *Lições Sobre a Filosofia Política de Kant.*, p. 90).
14. *O pluralismo ideológico e político é garantido pelas liberdades formais que servem como instrumento de delimitação formal de pólos de poder autônomos em torno da idéia de autonomia do indivíduo* (ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética da sociedade atual*, p. 101).
15. GIANNETTI, Eduardo. *O Mercado das Crenças – filosofia econômica e mudança social*, p. 21.
16. TARZIA, Giuseppe. “O contraditório no processo executivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1982, n. 28, p. 56.

olvidar, contudo, que este é um *ser humano*, detentor de interesses e opiniões próprias, que surtirão efeito em sua decisão.

Há mais de dois séculos, discorreu Hume acerca da relação interesse-opinião: “ainda que os homens sejam muito governados pelo interesse, até mesmo o interesse, e todos os assuntos humanos, são inteiramente governados pela opinião.”¹⁷

Um receio incomoda o âmago da questão; da *supremacia da opinião*,¹⁸ levada às últimas conseqüências, decorre o perigo das opiniões não questionadas e assimiladas de maneira acrítica. Os argumentos são poderosas armas retóricas a construir opiniões de *autoridades* que, por sua vez, decidem o destino de indivíduos.

Sublinhe-se que cada parte no processo colima seus próprios interesses. Já dissera *O Filósofo*: “todos os homens, ou a sua maioria, desejam o que é nobilitante, mas escolhem o que é vantajoso, ao passo que é nobilitante fazer bem sem esperar retribuição; mas a vantagem está em receber os benefícios.”¹⁹

Nesta linha de raciocínio, em uma perspectiva utilitarista:²⁰

Os organismos vivos existem para si mesmos e empenham-se ativamente na busca do seu próprio bem, e não no interesse de qualquer outro organismo ou espécie e simplesmente para atender às necessidades e desejos deste. A situação singular do homem está no fato de que cada indivíduo isolado precisa empenhar-se e usar seu discernimento para descobrir o que vem a ser o seu próprio bem.

Em contrapartida, embora os agentes compreendam o que seria o *seu próprio bem*²¹ e resolvam maximizá-lo, diante de informações fornecidas acerca dos objetivos alheios, reconhecem a natureza de *interdependência* de suas relações.²²

O conteúdo agregado no curso de uma demanda exercerá grande influência na elaboração do *juízo* na decisão final.²³ Por conta disso, deve o magistrado cuidadosamente permitir a amplitude das bases informacionais relevantes, sob pena de violar a ampla defesa.

17. HUME, David. *Essays moral, political and literary*. Indianapolis: E. F. Miller Ed, 1985, p. 51, *apud* GIANNETTI, Eduardo. op. cit., p. 22.

18. GIANNETTI, Eduardo. *Idem*, p. 24.

19. ARISTOTELES. *Ética a Nicômacos*, p. 170.

20. GIANNETTI, Eduardo. op. cit., p. 23.

21. Em sua clássica referência ao auto-interesse Smith defendeu que: *Não é da benevolência do açougueiro, cervejeiro ou padeiro, que esperamos nosso jantar, mas da sua preocupação por seu próprio interesse. Dirigimo-nos não a sua humanidade, mas ao seu amor próprio, e nunca lhes falamos de nossas necessidades, mas das vantagens deles* (SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*, Livro I, capítulo II, p. 8).

22. SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*, p. 101.

23. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*, p. 74.

Visualizando a realidade do conflito ínsito ao processo, as garantias consolidadas desde a Magna Carta de 1215 visam coibir o domínio da *opinião* e assegurar o *devido processo legal*, inicialmente em sua dimensão procedimental e atualmente enobrecido pela nuance substantiva.²⁴

O presente estudo pretende *refletir* sobre um dos aspectos esculpidos a partir da evolução do devido processo legal constitucional,²⁵ o *princípio do contraditório* e a sua concretização por meio de um amplo diálogo judicial entre as partes processuais. Diálogo não entendido como simples presença da parte, mas como eficaz exposição do conteúdo da sua argumentação em ação e defesa. Atentando-se para a possibilidade da parte, por intermédio de sua preleção oral ou escrita, influir na decisão judicial, cujo fundamento é construído no seio do processo e jamais concebido como uma verdade *a priori*.

Nesta perspectiva do direito como algo *não dado aos homens pela natureza, mas por eles produzido*,²⁶ o juiz, na formação da sentença, assim como um pintor que dispõe de diversas aquarelas, pintará um quadro, cuja moldura são os princípios constitucionais norteadores de sua atividade hermenêutica. Assim, ter-se-á a *obra final*, a prestação jurisdicional concludente dirigida às partes e à sociedade.

A avalanche de demandas²⁷ freqüentemente desencoraja o magistrado a uma análise mais perfunctória, visto buscar a *efetividade* na solução das lides para atender às necessidades do cotidiano forense.

Na dialética processual, o *acesso* à justiça trouxe *excesso* de demandas. O *acesso* impõe contraditório e ampla defesa. O *excesso* clama por efetividade. Este embate demonstra a relevância em se compreender a devida aplicação do *princípio do contraditório* na atuação judicial.

Na esteira deste raciocínio, deve-se *refletir* acerca do direito processual como fenômeno cultural, produto *exclusivo da ação humana*, sendo formado pela

24. *Os juizes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como "proteção alargada de direitos fundamentais" quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substanciais.* (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 491). Ver também Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 219.

25. DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil*, p. 58.

26. PASSOS, Calmon de. op. cit., p. 59.

27. (...) *o problema da responsabilidade judicial vem assumindo na nossa época peculiar conotação e relevância particularmente acentuada, em razão do crescimento sem precedentes do poder judiciário na sociedade moderna* (CAPPELLETTI, Mauro. op. cit., p. 19).

confluência das idéias, utopias, interesses sócio-econômicos e estratégias de poder características de determinada sociedade, variáveis no tempo e no espaço.²⁸

Por isso, não pode ser estudado apenas em seu aspecto formal e técnico, mas especialmente em seu caráter substantivo, que persegue meios mais adequados e eficientes para a realização dos valores sociais.

O desenho e a construção das garantias constitucionais do processo resultaram de um longo percurso histórico, em que o fortalecimento do *contraditório* trouxe um antídoto ao monólogo argumentativo e à poluição semântica da retórica frívola.

A seguir, em um breve esboço histórico, será vislumbrada a estruturação deste importante princípio, erigido à categoria de direito fundamental pela constituição brasileira de 1988.

O estudo almeja analisar a *singularidade* do contraditório, que se dilata do binômio *informação-reação* para abarcar uma maior amplitude cognoscitiva na participação dos sujeitos no trâmite processual.

Em seguida, busca-se compreender o paradoxo entre contraditório e efetividade, e a possibilidade de um equilíbrio, a partir da ponderação de interesses no caso concreto.

O contraditório como princípio será objeto de análise, assim como sua relação com o princípio da cooperação, cujo corolário é a abrangência dos deveres de colaboração intersubjetiva. Ressalte-se ainda, a importância do crescimento da responsabilidade do órgão judicial, enriquecendo o diálogo e contribuindo para a efetivação do pluralismo no seio do processo.

II. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

*Realmente, nenhum dos deuses poderia filosofar; nem desejar a ciência, porquanto ciência e filosofia são já seu apanágio. Nenhum filósofo precisa filosofar. O mesmo se pode dizer dos ignorantes, nenhum dos quais deseja a filosofia, porque o mal da ignorância é tornar contentes consigo mesmos os que, não sendo bons nem sábios, cuidam que são.*²⁹

28. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Garantia do Contraditório”. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 132; *Do formalismo no processo civil*, p. 260.

29. PLATÃO, *O Banquete*, p. 53.

1.1. A dialética na *pólis*

Impossível estudar o princípio do contraditório sem perquirir acerca de suas premissas na lógica dialética, ofuscada por séculos pelo formalismo e, posteriormente, resgatada por autores, como Villey.³⁰

O termo dialética é derivado de diálogo, *que é colóquio ou conversação entre duas ou mais pessoas, regidas pela sintaxe da linguagem cotidiana*; contrapõe-se a monólogo ou solilóquio que representa a conversa do indivíduo consigo mesmo.³¹

Imbuído de rara fecundidade intelectual, Aristóteles delinea, em seu *Organon* (Método), a lógica, concebida como a arte e o método do pensamento correto. Neste trabalho, estuda três espécies de lógica: a *Lógica Analítica*, *Sofística* e *Dialética*.³²

O direito, sob o prisma da lógica monológica, é um instrumento de exclusiva aplicação das normas, sendo operado por funtores deônticos (proibido, permitido, obrigado) e aplicado pelo exegeta. Filtrado pela lógica dialógica, o direito pressupõe diálogo e colaboração das partes em uma situação controvertida, como no processo.³³

A dialética, verdadeiro núcleo da lógica jurídica, tem sua *criação* atribuída a *Zenão da Eléia* (490-430 BC), discípulo de Parmênides.³⁴ Fora, posteriormente, desenvolvida por Aristóteles, como a arte da argumentação e do raciocínio a partir de pontos de vista (*topoi*). O seu método enfocava a contraposição de vários argumentos, através da discussão e o seu objeto era revelar a verdade (*aletheia*) pelo exercício do diálogo.

A palavra diálogo³⁵, do latim *dialogus*, originou-se do grego *dia* (*com*) *logos* (*falar*) e forneceu o substrato da controvérsia judicial estruturada como um

30. *O Direito pressupõe sejam escutadas e confrontadas dialeticamente uma e outra parte no processo. E a solução nasce do choque dos arrazoados contraditórios, não do raciocínio solitário de um sábio no seu gabinete* (VILLEY, Michel. *Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, I, 1984, p. 195, *apud* BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*, p. 23).

31. BORGES, José Souto Maior. *Idem*, *Ibidem*.

32. DURANT, Will. *A História da Filosofia. Os Pensadores*, p. 77.

33. BORGES, José Souto Maior. *Idem*, p. 24.

34. Estudioso e político, quando torturado sob a tirania, cortou sua língua e seus dentes e os jogou no rosto do torturador. RUNES. *Treasury of Philosophy*, p. 1254. 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*, p. 15.

35. *Um argumento é lançado; surge um outro, e o derruba; por fim, chega-se a um resíduo final de verdade. "Um pensamento sagaz devora um outro", até que a verdade fique sozinha em campo vitoriosa. O diálogo, como formato filosófico, é a manifestação deste processo da mente individual, com seus vários estágios personificados* (BARKER, Sir Ernest. *Teoria Política Grega*, p. 120).

problema dialético. As opiniões autorizadas sobre determinado argumento eram submetidas sempre *ao crivo crítico da discussão perante o magistrado, empregando o mecanismo judicial da pesquisa da verdade*.³⁶

1.2. A *actio* romana

O processo romano era extremamente formal. Regido por fórmulas sacramentais, as palavras deviam ser pronunciadas sem erro e os gestos com absoluta precisão. Um mero esquecimento implicava a perda do processo.³⁷

Interessante apontar que os cidadãos não detinham *direitos*, mas simplesmente acesso às formulas do processo, às ações (*actions*). Não havia contraposição entre direito material (*jus civile*) e processual (*actio*), pois o direito nascia do processo.³⁸ O método de elaboração jurídica dos romanos era tópico e não sistemático. Deste modo, o jurisconsulto não partia de normas gerais, mas de *topoi*. O *jus dicere* era função do juiz de dizer o direito e proferir a justa decisão. Este sistema, denominado *ações da lei* (*legis actiones*) é bem anterior à própria Lei das XII Tábuas e, após esta, era utilizado para implementá-la.³⁹

A atividade pretoriana permitia não apenas complementar o direito civil, como também adaptá-lo à evolução econômica e social, por intermédio de noções como boa fé e equidade. O pretor dizia o direito (*jurisdictio*) ao fixar seus limites no processo, enquanto o juiz-árbitro avaliava se as provas permitiriam a continuação do mesmo. Verifica-se uma postura mais ativa do primeiro em relação ao último.⁴⁰

No Direito Romano, não havia espaço para procedimentos contra o *ex adverso* resistente em comparecer em juízo. O *contraditório* ocorria apenas com a submissão voluntária da parte passiva da demanda.⁴¹

O antigo direito germânico, por seu turno, obrigava o demandado, empregando medidas de proscricção, a reconciliar-se com o Estado ofendido, ainda que necessitasse utilizar medidas severas como embargos aos seus bens.

Vigorava, nesta época, o sistema das *ordálias* em que a divindade deveria se manifestar a favor daquele cuja causa fosse verdadeiramente justa. As ordálias

36. GIULIANI, Alessandro. *La Controverse, Droit, mouvement et réminiscence*. In: *Archives de Philosophie du Droit*, Paris: Sirey, 1984, p. 165, *apud* BORGES, José Souto Maior. Op. cit., p. 25.

37. CASTALDO, André. *Introduction Historique au Droit*, p. 25.

38. BORGES, José Souto Maior. op. cit., p. 76.

39. CASTALDO, André. op. cit., p. 26.

40. CASTALDO, André. Idem, p. 30.

41. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 78.

podiam ser unilaterais (prova da água fria ou do ferro quente) ou bilaterais, como o duelo judiciário. Os clérigos, por exemplo, recorriam à queda de braço (quem primeiro abaixasse o braço perderia o processo).⁴²

1.3. Do *iudicium* ao *processus*

Na Idade Média, visualiza-se o contraditório nos debates orais, inclusive com a participação de advogados. Antes, porém, de se apresentarem ao juiz, entregavam memoriais escritos, com o fito de precisar a demanda e permitir a defesa. O juiz tomava conhecimento do litígio apenas na audiência e apreciava as provas. Surge o *sistema da prova legal*, em que ninguém seria condenado sem que houvesse determinadas provas, como o depoimento igual de duas testemunhas. Proibia-se a íntima convicção do juiz, fundada em indícios e presunções. Por conta disso, para se obter uma confissão, utilizava-se a tortura que, como prova plena, servia de substrato para condenação.⁴³

A noção de *contraditório* alicerçava o cenário processual no âmbito do processo comum europeu, embora em sentido diverso daquele empregado modernamente.

O processo era fortemente influenciado por idéias expressas na *retórica* e na *tópica aristotélica*. Portanto, era concebido como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo uma paritária e equânime regulamentação do diálogo judiciário. O *contraditório* representava o único instrumento para a investigação dialética da *verdade provável*.⁴⁴

A lógica de Pierre de la Ramée (século XVI) altera esta perspectiva, pois busca incorporar ao direito os métodos próprios das ciências naturais. Uma sistematização do pensamento, perseguindo uma verdade menos provável, com pretensão de certeza, cujo resultado foi a passagem do *iudicium* ao *processus*. No século XVII, com a estatização do processo, o soberano passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência potencializada posteriormente pelas idéias iluministas.⁴⁵

Com efeito, **a concepção do contraditório perde** seu ponto de contato original com o direito natural (*natürliche Rechtsgrundsätze*) e deixa de ser

42. CASTALDO, André. op. cit., p. 93.

43. CASTALDO, André. Idem, p. 126-128.

44. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Garantia do Contraditório”. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 134.

45. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Idem, p. 134.

encarado como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da verdade, sendo visto como princípio externo e puramente lógico formal. Por conseguinte, a simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*) era considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida.⁴⁶

O processo liberal, dominante no século XIX, permeado pela filosofia do *laissez faire* destinava ao órgão judicial um desempenho passivo, cuja principal função era tão somente assegurar o atendimento às determinações formais do processo.

O *formalismo*, ao delinear o direito como mero sistema de normas, expôs uma visão tecnológica do direito e, por consequência, do processo, visto em uma posição adjetiva em relação ao direito material.⁴⁷

O culto irracional da forma, considerando-a um fim em si mesma, é repudiado pelo processo civil moderno que prima pela flexibilização das formas e pela interpretação racional das normas consoante os objetivos a serem atingidos.⁴⁸

Como resultado da dialética destes pensamentos, surge uma linha *procedimentalista*,⁴⁹ que focaliza o processo em seu escopo *garantidor*. O procedimento permitiria um equilíbrio de posições na relação entre particulares e entre estes e o Poder Público.⁵⁰

À luz do Estado moderno de vocação *solidarista*, o processo excedeu os limites da lide privada, sendo visto como instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes, posto exigir um juiz participativo e responsável.

46. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Idem*, p. 135.

47. Hart, em sua abordagem normativo-antropológica, critica o *formalismo*: *One form of 'formalist' error may perhaps just be that of thinking that every step taken by a court is covered by some general rule conferring in advance the authority to take it, so that its creative powers are 'always' a form of delegated legislative power.*

(HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*, p. 149). Frank, como baluarte do realismo, é polêmico em sua concepção do direito, que ele entende como arte da previsão: *Until a court has passed on those facts no law on that subject is yet in existence (...) Law, then, as to any given situation is either (a) actual law, that is, a specific past decision, as to that situation, or (b) probable law, that is, a guess as to a specific future decision.* FRANK, Jerome. "Legal Realism". In: FEINBERG, Joel and GROSS, Hyman (Org.). *Philosophy of Law*, p. 175.

48. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, p. 38-39.

49. *Los derechos procedimentales pueden ser tanto derechos al establecimiento de determinadas normas procedimentales cuanto derechos a una determinada "interpretation y aplicación concreta" de normas procedimentales* (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 459).

50. PASSOS, Calmon de. *op. cit.*, p. 59.

As constituições promulgadas no início do século XX⁵¹ demonstram uma preocupação social e a necessidade de um Estado não apenas protetivo da liberdade, mas garantidor de direitos econômicos e sociais, imbuído em uma nova ordem econômica, definida como “libéral dans ses aspirations, est nettement dirigiste par ses méthodes.”⁵²

Alargou-se a noção de cidadania para abarcar o *status civilis processualis*. O direito processual passou de uma proteção meramente formal para permear as veias do próprio direito. Recuperou-se o verdadeiro sentido da *jurisdictio*, com a integração das instâncias legislativas e judiciais. O legislador, em seu trabalho de elaboração do direito, realiza o *dicere jus*, e este é *dictum* apenas no caso concreto, por intermédio do processo. Não se pode dissociar o *ser* do direito do *processo* de sua elaboração.⁵³

2. O SINGULAR: REFLEXÕES SOBRE O CONTRADITÓRIO

(...) mas precisamente o fato de que habitam um mundo no qual as palavras perderam o seu poder. E tudo o que os homens fazem, sabem ou experimentam só tem sentido na medida em que pode ser discutido.⁵⁴

2.1. Estratégia de amplitude cognitiva e boa-fé

Visando evitar o embate entre seres humanos, o Estado assumiu para si o poder de resolver os conflitos, diminuindo o espectro de possibilidades de cabimento da auto-tutela. Aumentou, por conseguinte, suas responsabilidades, sobretudo no que tange ao respeito à legalidade.⁵⁵

A *garantia do contraditório* imposta pela Constituição abarca o processo jurisdicional e administrativo (art. 5, inc. LV), o que significa que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve assegurar a sua utilização. Ademais, o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório.⁵⁶

51. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 41. A Constituição Mexicana, em 1917 e, em 1919, a Constituição de Weimar.

52. COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain. *Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre Cot et Alain Pellet*, p. 16.

53. PASSOS, Calmon de. op. cit., p. 60-61.

54. ARENDT, Hannah. op. cit., p. 12.

55. *O governo não irá restabelecer o respeito pelo direito se não conferir à lei alguma possibilidade de ser respeitada. Não será capaz de fazê-lo se negligenciar a única característica que distingue o direito da brutalidade organizada. Se o governo não levar os direitos a sério, é evidente que também não levará a lei a sério.* (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 314). *Levar os direitos a sério* implica respeitar a sua formação no caso concreto, sob os ditames da ampla defesa e do contraditório.

56. DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit., p. 214.

Vislumbra-se o contraditório como um verdadeiro instrumento civilizador, na aplicação contenciosa das normas jurídicas, sem o qual a humanidade regrediria à *barbárie*.

O seu fundamento lógico consiste na plena cognição bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contrariá-los. O seu fundamento político decorre do *princípio da isonomia*, ou seja, ninguém pode ser julgado sem anteriormente ser ouvido.⁵⁷

Segundo Tarzia⁵⁸, é a *garantia fundamental da justiça e regra essencial do processo*, que faculta às partes a oportunidade de expor ao juiz suas razões antes que ele profira sua decisão.

O contraditório, inerente ao processo, pode ser decomposto em duas garantias: a *informação-participação* e a possibilidade de *influir* na decisão judicial, ou seja, no preparo da mente do juiz para a solução mais adequada ao litígio.⁵⁹

As informações fornecidas devem possibilitar a *reação* da parte adversa. A resposta é possível pela efetiva citação⁶⁰, ato com que o demandado fica ciente da demanda proposta, em todos os seus termos, tornando-se parte no processo.⁶¹ Se o réu não apresentar tempestivamente a contestação, será considerado revel.⁶² Os efeitos negativos da revelia, entretanto, foram mitigados por um verdadeiro sistema de proteção instituído pelo Código de Processo Civil.

A título de ilustração, o artigo 9º, II do CPC possibilita a assistência de um curador especial ao demandado revel, com vistas a proporcionar um contraditório efetivo. As alegações do autor não serão tidas como verdadeiras se inverossímeis ou não provadas com instrumentos hábeis. Consoante a súmula 231 do STF, o réu revel pode intervir no processo para produzir provas, desde que compareça no tempo oportuno. Se o revel possui advogado nos autos, ele tem direito de ser

57. CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. “Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1988, n. 52, p. 227. FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Os Direitos e Garantias Individuais – Comentários ao artigo 5º da CF/88*, p. 426.

58. TARZIA, Giuseppe. op. cit., p. 55. .

59. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*, p. 94.

60. *O primeiro e mais importante deles é a “citação”, indicada como “alma do processo”, que é o ato com que o demandado fica ciente da demanda proposta em todos os seus termos (CPC art. 231), tornando-se parte do processo a partir de então.* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, p. 217.

61. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 182.

62. *O réu que desejar não participar do processo pode, perfeitamente fazê-lo. Arcando, obviamente, com as conseqüências do descumprimento deste ônus.* CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. Op. cit., p. 226. .

intimado. O parágrafo único do artigo 52 do CPC permite que, sendo revel o assistido, o assistente possa atuar como seu gestor de negócios.

Acrescente-se que, ao motivar a sentença, cumpre ao juiz considerar apenas os elementos probatórios colhidos segundo procedimento em que as partes detenham oportunidade real de *participar*.⁶³ Isto implica uma avaliação, no caso específico, acerca das possibilidades fáticas de exercício dos poderes de instrução decorrentes do contraditório asseguradas pelo órgão judicial, ainda que, eventualmente, a parte não o exercite.⁶⁴

O contraditório deve ainda ser efetivo e equilibrado. Efetivo, ao permitir a real participação das partes no processo. E equilibrado, na medida em que deve proporcionar a igualdade, em um sistema de paridade de armas⁶⁵, com respeito aos deveres de lealdade e probidade.

Na exposição de motivos do Código de Processo Civil, esclareceu Alfredo Buzaid:⁶⁶

Posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando o dever de verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe a disposição dos contendores para a atuação do direito e realização da justiça.

A amplitude fornecida pelo contraditório não se coaduna com a litigância de má-fé, pois se deve preservar a dignidade da disputa processual, abolindo-se os incidentes infundados, a inércia prolongada, a ocultação de documentos, as surpresas desleais e o uso ardiloso de armas secretas.⁶⁷ Portanto, coibi-se a lide temerária e a fraude processual.⁶⁸

A condução do processo precisa ser permeada de boa-fé, em seu aspecto subjetivo, que protege a *consciência* do homem honesto em suas relações sociais,

63. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 65.

64. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Idem*, p. 67.

65. TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, p. 53. MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 257.

66. Exposição de motivos da Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

67. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *op. cit.*, p. 65.

68. Com este escopo, detém os juizes o *contemp power*: *Trata-se de um poder inerente aos juizes e Tribunais – contemp power – para que sejam coibidos e punidos os atos praticados pelas partes, por terceiros ou por auxiliares da justiça que causem – ou sejam aptos a causar – dano à justiça, a sua imagem, ao respeito do povo pela justiça, a sua credibilidade e à honra de seus membros.* (DE VINCENZI, Brunela Vieira. *A Boa-fé no Processo Civil*, p. 23).

e objetivo, que impõe deveres⁶⁹ a todos os que participam do processo: partes, juizes, advogados e auxiliares da justiça. Cabe ao juiz, assim, prevenir qualquer ato atentatório à dignidade da justiça (CPC 125, III).⁷⁰

O magistrado, ao dirigir o processo, tentando conciliar as partes e esclarecer acerca das provas não compromete sua imparcialidade. Ao contrário da visão clássica, segundo a qual apenas as partes provariam e o juiz teria uma atitude passiva e superior, *tertius super partes*, recebendo as provas para ao final valorá-las, modernamente, o princípio dispositivo vai sendo mitigado, e ao juiz é lícito suprir deficiências probatórias e efetivar a isonomia processual (CPC 125, I).

Reputam-se como remédios eficazes para coibir o risco da parcialidade o respeito ao contraditório na atividade instrutória e o dever de motivar suas sentenças, mediante perfunctória análise da prova produzida e a indicação das razões de seu convencimento.⁷¹

Por isso, a sentença, como ato final, não é o resultado de uma atuação isolada, mas a conclusão do diálogo processual.⁷²

2.2. Ajustando o fiel da balança: contraditório e efetividade

Percebe-se, neste contexto, que um conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se resume à ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas na efetiva participação das partes.

Os litigantes devem ter acesso às argumentações, motivos e fundamentos basilares ao provimento judicial. Por conseguinte, proibidas as provas obtidas por meios ilícitos ou impossíveis de serem contraditadas, como a carta psicografada.⁷³

69. *Estamos envolvidos em uma severa malha de deveres, e dela não podemos sair – nisso precisamente somos, também nós, “homens do dever.”* (NIETZSCHE. Friendrich. op. cit., p. 132).

70. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 52.

71. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba”. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 81.

72. (...) *mas a sentença judicial jamais mostrar-se-á redutível a um encadeamento meramente dedutivo, a partir de um fundamento em texto legal. Serão frustradas todas as tentativas de transformar o juiz em máquina de dedução. É do ofício do juiz avaliar e ponderar as opiniões em choque, na instância judiciária; conduzir a discussão, repelindo os argumentos impertinentes, e sobretudo preservar o mais precioso dos legados processuais: o princípio do contraditório, um outro nome para a administração da justiça.* (BORGES, José Souto Maior. op. cit., p. 21-22).

73. *Deve-se assegurar, pois, o emprego de todos os meios de prova imprescindíveis para a corroboração dos fatos. Mas tal assertiva não deve ser encarada de modo absoluto; não se trata de direito fundamental absoluto. O direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores e princípios constitucionais* (DIDIER JR., Fredie. op. cit., p. 488).

A prestação jurisdicional deve ser rápida e eficiente, com ampla participação das partes e do órgão judicial na busca da verdade e efetivação da justiça.

O *princípio da efetividade* exige a superação de antigos modelos de tutela jurisdicional para determinadas situações lesivas, em prol da mais eficaz realização do direito material.⁷⁴

Em decorrência das notórias deficiências na administração da Justiça brasileira, intensificadas pela inclusão social e aumento das demandas, após o processo de redemocratização, a efetividade concretizou-se como valor fundamental.

O valor efetividade reflete-se no contraditório, em decorrência das diversas possibilidades de concessão de medidas conservativas ou antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, mesmo liminarmente, antes da resposta da parte contrária acerca da pretensão deduzida em juízo.⁷⁵

A necessidade por rápidas respostas vem estimulando a tutela de urgência (liminares conservativas ou antecipatórias) e comprometendo decisões que exigiriam um exame minucioso do caso para sua adequada solução. Por conta disso, severas críticas são proferidas contra decisões *inaudita altera pars*, por favorecerem o arbítrio judicial.⁷⁶

Assegura a Constituição brasileira *direitos fundamentais processuais*, como o acesso à justiça e o devido processo legal. Enriquecendo este rol, a emenda constitucional 45/04 garantiu o direito à *duração razoável do processo*, já consagrado pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Os direitos fundamentais criam os pressupostos básicos para o exercício da liberdade e da dignidade humana. A concepção tradicional que os enxergava como garantias ou direitos de defesa do cidadão frente ao Estado arrefeceu, cedendo ao seu *status* moderno de *direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização*.⁷⁷

74. *E não basta à prestação jurisdicional ser eficaz. Impõe-se seja também expedita, pois é inerente ao princípio da efetividade da jurisdição que o julgamento da demanda se dê em prazo razoável, "sem dilações indevidas"* (ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*, p. 64). OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Efetividade e Tutela jurisdicional." *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênesis, nº 34, 2004, p. 678.

75. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do Contraditório". In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 136.

76. PASSOS, Calmon de. op. cit., p. 56.

77. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil – O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 264.

Em um ciclo hermenêutico-constitucional, verifica-se a simbiose entre a *tutela constitucional do processo* e a *tutela da constituição pelo processo*⁷⁸ que asseguram um processo voltado a produzir decisões justas e a máxima proteção dos direitos fundamentais.

A convivência harmônica entre o direito fundamental do contraditório e a efetividade tem seu lastro na própria constituição, pois a tutela antecipatória é um instrumento necessário e disponível para a realização de diversos direitos nela assegurados. A cognição abrangente é a regra, de modo que se privilegia a segurança⁷⁹ em detrimento da celeridade⁸⁰. No entanto, determinados casos **urgem por uma tutela imediata, sem a realização de todo conhecimento judicial (contraditório e instrução), porque abrangem, muitas vezes, situações indesejáveis e danos irreversíveis. A amplitude da cognição nestas questões poderia lesar direitos de modo irreparável ou gravemente comprometê-los.**⁸¹

Agrava-se este dilema nos **providimentos** executivo ou mandamental cuja ausência de contraditório exige uma análise profunda dos pressupostos para a concessão da providência. Portanto, demanda a norma processual a fundamentação clara e precisa das razões do convencimento do magistrado, coibindo o arbítrio (CPC, art. 273 e respectivos §§ 1º e 2º).

À luz das últimas reformas processuais, pode-se inferir que o legislador ampliou o alcance do direito fundamental à efetividade do processo. Por conta disso, o juiz deverá atuar com *prudência* no caso concreto em relação às garantias

78. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, p. 189.

79. *O princípio da segurança diz respeito especialmente às garantias de defesa. Por exemplo: não se admite a declaração de existência ou inexistência de mero fato (salvo o incidente de falsidade de documento), mas apenas de relação jurídica, quando em tese já teria ocorrido a incidência da norma; a condenação é a tutela adequada quando se trate de agredir patrimônio alheio, que não pertença ao exequente, permitindo-se assim maiores possibilidades de defesa* (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Efetividade e Tutela jurisdicional”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 34, 2004, p. 678).

80. Assim, o contraditório encontra uma limitação no proveito trazido à certeza. Dependendo da relação jurídica material, há maior ou menor necessidade de outorgar às partes maiores oportunidades de manifestação e produção de provas. A demora acarretada pelo inevitável prolongamento do processo, em benefício da ampliação do contraditório, só se justifica em virtude da utilidade que pode trazer ao provimento final (FRANCO, Fernão Borba. “A fórmula do devido processo legal”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 94, p. 85). Esse é o conhecimento dilema entre certeza e tempo; quanto maior o tempo gasto em instrução, em oportunidade de manifestação e provas, aumenta a certeza do resultado do processo. Contudo, da Justiça espera-se, também, rapidez. Por esse motivo, são concebidas formas “diferenciadas” de tutela, em vista da relação jurídica material, com a intenção de regulamentar o tempo e a certeza – normalmente, procurando-se abreviar o tempo, mesmo com algum prejuízo da certeza, mas sem que se abra mão da boa dose de probabilidade (FRANCO, Fernão Borba. *Idem*, p. 102).

81. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, p. 160.

de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição).⁸²

Segundo Amartya Sen, em face de vários objetos de valor, uma linha de ação pode ser mais aquilatada em determinados aspectos do que em outros. Existem três maneiras de lidar com este problema: (i) examinar os *trade-offs* apropriados e decidir se, tudo *ponderado*, uma combinação alternativa é superior à outra (*balanced complete ordering*); (ii) desconsiderar a ordenação completa em cada caso, permitindo a não completude (*incompleteness*) na ordem parcial, que resulta na avaliação plural. Neste caso, efetua-se um *raciocínio de dominância* entre dois objetos, sendo um superior ao outro em todos os aspectos; (iii) diante de um conflito irreduzível de princípios imperiosos, pode-se admitir tanto a superioridade de um sobre o outro, como o inverso.⁸³

Diante da colisão dos valores segurança e efetividade,⁸⁴ realiza o magistrado um juízo de proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância daquele e o provável prejuízo ocasionado pela não antecipação da medida.

O conflito entre princípios, ou entre eles e as regras, será dirimido pela compreensão e aplicação do princípio jusfundamental da proporcionalidade (em sentido estrito ou próprio), conhecida como *mandamento da proibição de excesso* de ação ou omissão. A sua peculiaridade configura-se por ser um princípio formal, por inexistir um outro princípio que contra ele se oponha em um ordenamento jurídico e por incidir diretamente sobre as circunstâncias, objeto de processos judiciais.

O princípio da proporcionalidade pode ser vislumbrado em três aspectos ou *subprincípios*: *princípio da proporcionalidade em sentido estrito (máxima do sopesamento)*, *princípio da adequação* e *princípio da exigibilidade (máxima do meio mais suave)*. O primeiro estabelece que deve-se escolher o melhor meio dentre os juridicamente possíveis para se alcançar os fins almejados, preservando-se o *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais. Os princípios da adequação e da exigibilidade demandam meios *adequados e exigíveis* na esfera do *faticamente* possível com vistas a se atingir os fins determinados. O meio deve ser eficaz e

82. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do Contraditório". In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 146-147.

83. SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*, p. 81-82.

84. *Em suma, com a ponderação destes dois valores fundamentais – efetividade e segurança jurídica – visa-se realmente a alcançar um processo tendencialmente justo* (ZAVASKI, Teori Albino. op. cit., p. 61). OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil – O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 274.

menos causador de lesão aos interesses individuais e coletivos, evitando limitações desnecessárias aos direitos fundamentais.⁸⁵

Entende-se que somente a partir de uma avaliação do caso concreto, com as divergentes posições, é que se pode estabelecer a dimensão de um direito. Antes, é apenas uma sinalização de qual valor deverá prevalecer quando em confronto com outros valores e interesses.⁸⁶ A solução revelar-se-á na própria situação comunicativa e não precocemente, harmonizando os diversos interesses *sub judice*.⁸⁷

Em suma, diante da tensão dialética entre direitos fundamentais, considerada a inexistência de hierarquia no plano normativo, serão avaliadas vantagens e desvantagens na proteção de diversos interesses. O conflito será dirimido pela aplicação da técnica da *ponderação dos valores e interesses*, sopesando os bens jurídicos em questão e determinando a prevalência de um sobre o outro, em um caso específico, sem que isso determine a sua superioridade.

Sublinhe-se também que os princípios informadores do processo não são absolutos, de sorte que incorreria em grave erro metodológico quem pretendesse construir dedutivamente, a partir de qualquer deles, um sistema processual rigorosamente completo e fechado, desdobrado em rígido desencadeamento lógico.⁸⁸

O contraditório encontra-se em um embate entre o seu fortalecimento através da implementação da cooperação e o seu enfraquecimento determinado pelas tutelas de urgência. Aspira-se, por conseguinte, o *ponto médio aristotélico*⁸⁹, ou seja, *o eventual sacrifício da garantia não deve ultrapassar os estritos limites*

85. O princípio da proporcionalidade é considerado por Willis Santiago como o “princípio dos princípios.” Ressalte-se, contudo, que a doutrina costuma igualar o princípio da proporcionalidade com o princípio da razoabilidade, identificando-os com o aspecto substancial do devido processo legal. O princípio da proporcionalidade, ao contrário, é norma jurídica processual que sustenta uma garantia fundamental (GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz.” In: *Coletânea de estudos em homenagem à Teresa Wambier*. No prelo).

86. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, p. 24.

87. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz.” In: *Coletânea de estudos em homenagem à Teresa Wambier*. No prelo.

88. *O princípio do contraditório expressa valores dignos de maior relevância; mas não é pouco freqüente, no direito processual – e no direito tout court – que primeiro o legislador, e depois o intérprete e o aplicador da lei se defrontem com situações em que a um valor se contrapõe outro também merecedor de tutela, e se vejam na impossibilidade de conciliá-los, de tal modo que nenhum deles sofra o mínimo de detrimento. Impõe-se, nesses casos, uma opção, que há de ser guiada pela regra do “mal menor”.* (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 77).

89. *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).

da necessidade,⁹⁰ resguardando-se a proporção justa entre os meios e o fim de assegurar respostas legítimas e eficientes do Poder Judiciário.

Volta-se, assim, para o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, resultado da *cooperação* entre as partes, e destas com o magistrado. Esta cooperação enseja diversos deveres aos sujeitos como esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, assim como coíbe o comportamento de má-fé e o abuso do direito de defesa.

3. O PLURAL: CONTRADITÓRIO E COOPERAÇÃO INTERSUBJETIVA

*Sempre que a relevância do discurso entra em jogo, a questão torna-se política por definição, pois é o discurso que faz do homem um ser político.*⁹¹

3.1. O contraditório como princípio

O diálogo intelectual no seio da teoria geral do direito enriqueceu a matriz constitucional em que se assentam os princípios processuais.

Inspirado na doutrina germânica, propôs Canotilho a seguinte terminologia em ordem crescente de abstração: regras constitucionais, princípios constitucionais especiais, princípios constitucionais gerais e princípios estruturantes. Estes refletem escolhas políticas fundamentais sobre as quais se constroem a ordem constitucional.⁹² A doutrina estabelece ainda três espécies de eficácia jurídica dos princípios, além da eficácia positiva ou simétrica, a eficácia interpretativa, negativa e vedativa do retrocesso.⁹³

O princípio do contraditório configura-se como um princípio constitucional especial que, assim como a ampla defesa e o juiz natural, adquiriu autonomia em relação ao princípio do devido processo legal.⁹⁴

90. MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A garantia do contraditório na atividade de instrução". In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 77.

91. ARENDT, Hannah. op. cit., p. 11.

92. GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública". *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 73.

93. BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 377-379. Em apertada síntese, pode-se asseverar que a eficácia positiva pretende assegurar ao interessado a possibilidade de efetivar seus direitos subjetivos diretamente, na via judicial, se necessário. A eficácia interpretativa significa que se pode exigir do Judiciário que as normas de hierarquia inferior se coadunem com as superiores a elas vinculadas. A eficácia negativa, por seu turno, autoriza a declaração de invalidez de todas as normas ou atos que contravenham os efeitos pretendidos pela norma. Por fim, a eficácia vedativa do retrocesso, derivada da eficácia negativa, propõe que se possa exigir do Judiciário a invalidade ou revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação seja seguida de uma política substitutiva ou equivalente. Ver também BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 80.

94. GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit., p. 72.

Diferenciam-se dos princípios que prescrevem valores e diretrizes, encerrando mandados de otimização,⁹⁵ as regras, que são normas que descrevem em sua estrutura lógico-deôntica uma hipótese fática e uma consequência jurídica. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo ou nada*, ou regula a matéria inteiramente ou estará sendo descumprida.⁹⁶

Sob este prisma, vislumbra-se a ordem jurídica como entrelaçamento de regras e princípios em diversos níveis de abstração, chegando-se até a decisão judicial que estabelece a norma do caso concreto.

Havendo conflito entre as regras, existe uma série de diretrizes a serem seguidas para aniquilar antinomias⁹⁷ e métodos de integração, em casos de lacuna. No tocante aos princípios, embora convivam em permanente harmonia, podem surgir conflitos em sua aplicação no caso concreto.

Não obstante os princípios permaneçam íntegros em sua validade, a sua eficácia pontualmente remodela-se consoante às circunstâncias da situação específica a ser julgada. Paradoxalmente, este estado conflitivo permite a estabilidade do sistema.

É fundamental para a efetivação do contraditório o desenvolvimento da *solidariedade*. Embora sustentem dicotômicos interesses, existe algo de comum entre os agentes processuais, a sua *humanidade*, da qual decorre a exigência de serem tratados com consideração, respeito e dignidade.

A cultura solidarista fortaleceu-se sobremaneira depois da II Guerra, sobre cujas ruínas princípios universais foram revigorados e estatuídos na Carta das Nações Unidas, com intuito de servir como padrão de conduta para humanidade.⁹⁸

A partir deste marco histórico, o desenvolvimento dos direitos humanos ocorreu basicamente orientado por dois vetores específicos: a sua universalização e sua multiplicação.

95. ALEXY, Robert. op. cit., p. 86. SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 46.

96. DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 24. BARROSO, Luís Roberto. op. cit., p. 351. Inovando, Humberto Ávila propõe que o significado preliminar dos dispositivos pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado) (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, p. 129).

97. *A ordem jurídica de cada Estado constitui um sistema lógico, composto de elementos que se articulam harmoniosamente. Não se amolda à idéia de sistema a possibilidade de uma mesma situação jurídica estar sujeita à incidência de norma distintas, contrastantes entre si. Justamente ao revés, no ordenamento jurídico não podem coexistir normas incompatíveis* (BARROSO, Luís Roberto. Idem, p. 9).

98. Christian TOMUSCHAT, "International Law as the Constitution of Mankind", *International Law on the Eve of the Twenty-first Century – Views from the International Law Commission*, p. 41.

Segundo a análise de Norberto Bobbio, essa proliferação aconteceu de três maneiras:⁹⁹ (i) o aumento da quantidade de bens considerados merecedores de tutela; (ii) o reconhecimento de direitos especiais dos deficientes, doentes, idosos, crianças mulheres e não mais a concepção abstrata do indivíduo; (iii) a extensão da titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem, como a família, as minorias étnicas e religiosas, o consumidor, a nação e a humanidade.

Esta consciência ensejou a expansão da legitimidade,¹⁰⁰ característica dos direitos de terceira geração, compendiados inicialmente na Carta Africana de Direitos Humanos de 1981.

Reconheceu-se que, à humanidade, pertenciam vários direitos, como o direito à solidariedade, ao desenvolvimento, à paz internacional, a um ambiente protegido, à comunicação, à liberdade de informação, à preservação de sítios e monumentos considerados parte integrante do patrimônio mundial, à comunhão das riquezas do subsolo marinho, à preservação do equilíbrio ecológico do planeta, dentre outros.¹⁰¹

Nesta conjuntura, não se furtaria o direito processual de evoluir na cristalização de seus princípios. **A profundidade do estudo do contraditório despertou a compreensão de outros princípios como o da *cooperação* entre as partes. Paralelamente, o princípio da efetividade, que clama por celeridade das decisões, desponta como assaz relevante no âmbito processual, conflitando, em determinadas situações, com o próprio contraditório.**¹⁰²

Em uma espécie de valsa quântica, estes princípios *orbitam* pelo universo constitucional e fornecem subsídios às mais diversas demandas.

O princípio da cooperação ilumina a extensão dos poderes do magistrado; sob os auspícios do modelo liberal, ao contrário, imperava o *princípio dispositivo*, em que as partes iniciavam, continuavam e finalizavam o processo e o juiz devia manter-se inerte, apenas proferindo a vontade da lei.

99. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 68.

100. *A expansão e a generalização da proteção internacional dos direitos humanos também possibilitaram que se voltasse a atenção aos direitos atinentes a distintas categorias de pessoas protegidas, tidas como necessitadas de proteção especial, o que levou ao enunciado de, e. g., direitos dos trabalhadores, direitos dos refugiados, direitos das mulheres, direitos dos idosos, direitos dos inválidos* (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, p. 39).

101. Os documentos internacionais que tutelam esses direitos são: a Convenção relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, de 1972; a Convenção sobre Direito do Mar, de 1982; a Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 1992. COMPARATO, Fábio Konder. op. cit., p. 45.

102. MENDONÇA Jr., Delosmar. Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro, p. 35.

Assim como a *mão invisível* de Smith permitiria a perfeita condução da economia com o mínimo de interferência estatal, o próprio interesse da parte litigante constituiria eficaz catalisador para a adequada e rápida solução da controvérsia jurídica.

A percepção do juiz como um agente político, capaz de criar, integrar e interpretar as normas, conferindo às mesmas real efetividade, redimensionou os seus poderes de iniciativa frente às partes.

Constata-se um adensamento do ativismo do órgão judicial, a partir do momento em que ele torna-se obrigado a lidar com conceitos indeterminados, cláusulas abertas e juízos de equidade, não se limitando a um mero processo de subsunção do fato à norma, mas ao preenchimento valorativo de termos legais definidos no próprio processo.¹⁰³

Em um sistema jurídico desprovido de lacunas, a função do juiz cinge-se à elaboração mecânica de soluções, usurpando do direito o seu conteúdo vital. Em contrapartida, em um sistema aberto a princípios, em que o direito é vivificado, *não se poderá chegar a uma solução concreta apenas por processo dedutivo ou lógico matemático.*¹⁰⁴

Com efeito, verifica-se que o método dialético amplia o quadro de análise processual e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. As partes asseguram seu direito de não apenas participar, mas de intervir, influenciar de modo crítico e construir um *jusdicium* fundado em argumentos sólidos.

Progressivamente, o *princípio do contraditório* assume uma dimensão mais ativa, indispensável à concretização do exercício do direito de defesa, cujo pressuposto é a exposição das questões fáticas e jurídicas, colaborando com o convencimento do juiz e influenciando em sua plena cognição.¹⁰⁵

103. 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. op. cit., p. 349).

104. SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*, p. 42. “O sistema normativo, portanto, não é mais concebido como um conjunto fechado de regras, que, para cada fato, apresentaria a consequência jurídica decorrente, mas sim, como um sistema aberto, para dar conta das peculiaridades de cada caso concreto” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz.” In: *Coletânea de estudos em homenagem à Teresa Wambier*. No prelo).

105. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Garantia do Contraditório”. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 140.

No mesmo sentido, o princípio da cooperação outorga a todos os atores processuais deveres de colaboração¹⁰⁶ e a responsabilidade pelo atendimento de suas necessidades recíprocas. Seu fundamento ético é a justiça distributiva, capaz de compensar os bens entre as classes, com a socialização dos riscos da existência humana.

3.2. O princípio da cooperação e deveres decorrentes

O artigo 130 do Código de Processo Civil determina que caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Estatui, portanto, um poder-dever de determinar a devida instrução do processo. Norma semelhante e mais abrangente, dispõe o art. 266 do CPC de Portugal que na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, auxiliares da justiça e as próprias partes cooperar entre si, com o fito de obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.

O § 139 da ZPO (*Zivilprozessordnung*) inovou no que concerne ao papel do magistrado na condução do processo. Estabelece que o órgão judicial deve *discutir* com as partes do litígio e *formular* indagações, com o escopo de permitir aos sujeitos esclarecer suas posições e suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicando meios de prova e elaborando pedidos baseados nos fatos afirmados. As suas decisões devem ser balizadas em pontos discutidos amplamente pelas partes, salvo em caso de questão secundária.

Deve ainda alertar as partes acerca das dúvidas em questões consideradas de ofício. E toda a comunicação relevante deve ser transcrita nos autos. Possível ainda aferição de posteriores esclarecimentos, se necessários à formação da convicção judicial.

Os deveres instrutórios são inerentes à função jurisdicional e, de modo algum, contrariam o *princípio dispositivo*¹⁰⁷, pois o juiz não se substituirá às partes,

106. *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* (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil – O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*, p. 269)..

107. *Costuma-se designar pelo nome (algo equívoco) de “princípio dispositivo” um conjunto de diretrizes que convergem para entregar a sorte do processo, em certos aspectos, à vontade dos litigantes – embora seja duvidoso, ao nosso ver, que todos os fenômenos comumente estudados sob aquela designação se liguem*

trazendo ao processo provas e fatos novos, podendo, todavia, solicitá-los às mesmas. Ademais, o princípio dispositivo precisa submeter-se ao crivo constitucional do processo socialmente orientado.

O *Nouveau Códice de Procédure Civile* francês em seu artigo 16 dispõe que o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.¹⁰⁸ E acrescenta que o magistrado não pode fundamentar sua sentença sobre pontos de direito que ele próprio haja suscitado de ofício, sem ter previamente convocado as partes a apresentar suas alegações.¹⁰⁹

Com efeito, nítida a complexidade da relação jurídica processual da qual emanam diversos direitos, deveres, faculdades, ônus e poderes. Dentre os deveres sublinhem-se aqueles principais e laterais, baseados na boa-fé dos agentes processuais.

O juiz exerce um *poder* de bem conduzir o processo, cooperando com as partes. Deste poder decorrem diversas *responsabilidades*. A responsabilidade como *poder-função* (dever do juiz de exercer uma função pública de julgar) e a responsabilidade como *dever* de prestar contas (*accountability*).¹¹⁰ Acrescente-se a este rol, os *deveres-poderes* de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.¹¹¹

No cumprimento do *dever de esclarecimento*, o juiz esclarece às partes acerca de dúvidas, alegações, pedidos ou posições em juízo, assim como permite que as partes possam dirimir dúvidas suscitadas por ele, com o intuito de melhor fundamentar suas decisões.¹¹²

No direito processual brasileiro, os artigos 340, I e 342 conferem ao juiz a possibilidade de obter esclarecimentos das partes por intermédio do interrogatório. E coroando tal dever, o artigo 339, permeado de *eticidade*, determina que é vedada a não colaboração com o Judiciário para o pleno descobrimento da verdade.

O *dever de prevenção* tem por corolários a *necessidade* de exposição clara dos pedidos e de fatos relevantes, a *adequação* do pedido à situação posta na causa de pedir e a *sugestão* de determinada atuação judicial.

na realidade ao mesmo e único postulado filosófico, político ou técnico (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 54).

108. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, p.220.

109. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Idem*, p. 224.

110. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 18..

111. GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. In: DIDIER Jr, Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 3ª. ed., p. 212.

112. GRASSI, Lúcio. *Idem*, p. 203.

Com vistas a assegurar a implementação de tal dever, o Código de Processo Civil Brasileiro impõe uma vez verificada que a petição inicial não preenche os requisitos dos artigos 282 e 283 ou que apresente defeitos ou irregularidades que dificultem o julgamento do mérito, o juiz determinará que o autor a emende ou complemente, respeitado o prazo de 10 (dez) dias. Neste mister, o descumprimento do dever de prevenção poderá acarretar a nulidade da sentença que indeferir a inicial.

Exceto em caso de absoluta desnecessidade, é vedado ao tribunal decidir uma questão de fato ou de direito, de rito ou de mérito, sem previamente consultar as partes. Antes de prolatar a decisão, deve o juiz informar a sua orientação em relação à lide. Permite-se uma maior abrangência da discussão, sem que as partes se deparem com fundamentos inesperados.¹¹³

O processo, além de obedecer aos métodos e procedimentos formais, seguirá por uma trilha que priorize o acolhimento das provas e sua valoração, ponderando seu conteúdo relevante para uma decisão fundamentada, clara e justa.

Trazer ao processo o seu substrato instrutório constitui atribuição das partes e do magistrado, que aprecia os fatos secundários, dos quais poderá extrair a essência do fato principal.

Em alguns casos especiais, admite-se a apreciação dos fatos principais por iniciativa exclusiva do órgão judicial quando se refirmam: (i) aos juízos de admissibilidade (pressupostos processuais e condições da ação); (ii) a fatos jurídicos extintivos e impeditivos, incompatíveis com a pretensão exercida, salvo as exceções em sentido substancial; (iii) fatos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito, capazes de influir no julgamento da lide, conforme determinado pelo art. 462 do CPC.¹¹⁴

Com o escopo de mitigar a desigualdade entre as partes, confere-se ao magistrado o dever de fornecer-lhes *informações* sobre o ônus da prova, advertindo-as a complementar as declarações e comprovar os fatos alegados.¹¹⁵

Acrescente-se que o contraditório não mais convive com o mito da igualdade das partes, que sucumbe a uma preliminar observação do cotidiano. A igualdade,

113. GRASSI, Lúcio. *Idem*, p. 206.

114. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. “Garantia do Contraditório”. In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 141.

115. MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 52.

assim, passa a ser concebida não apenas em seu aspecto externo e formal, mas em sua face concreta e processual, que vise preservar a garantia do contraditório.¹¹⁶

O dever de *auxílio* fora consagrado pelo ordenamento pátrio nos artigos 355 e 360 que possibilitam ao juiz exigir a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou terceiro. Da mesma forma, assegurou que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, possa inspecionar pessoas ou coisas a fim de obter esclarecimentos acerca de fatos que interessem à decisão da demanda (artigo 440 do CPC).

Obviamente, tais deveres serão exercido nos limites da razoabilidade e do equilíbrio processual, evitando que a balança decisória penda para uma das partes. Não obstante o maior esclarecimento de pontos controversos e a orientação do juiz quanto ao ônus da prova permitam um processo menos obscuro e imprevisível, a sua imparcialidade não deve ser comprometida.

Destaque-se a importância de uma postura mais ativa do juiz nos processos em que haja desnível sócio-econômico ou se trate de direitos indisponíveis, sem que isso implique em autoritarismo ou paternalismo.¹¹⁷

Embora a instituição de Defensorias Públicas em todo Brasil venha colaborando com uma melhor assistência à população mais carente, um juiz atento e cooperativo fornecerá mais segurança à consecução de um processo mais justo.

A violação dos deveres de cooperação, segundo a doutrina, pode trazer duas espécies de consequência. Primeiramente, se for uma previsão fechada, que não permita apreciação pelo tribunal, a sanção ao seu descumprimento constituirá nulidade processual, desde que influencie no exame ou na decisão da causa. Caso a previsão seja aberta, caberá ao tribunal, de acordo com sua discricionariedade, ponderar acerca de sua adequação ao caso concreto, não ensejando nulidade processual.¹¹⁸

Aponte-se que os deveres supra referidos são deveres éticos direcionados a humanizar o processo e efetivar a justiça social.

O seu cumprimento demanda uma autoridade judicial que rompa com a tradição formalista e firme seus alicerces no respeito aos direitos fundamentais; de modo que o solilóquio do advogado em face de um juiz inerte transforma-se em diálogo, com vasta discussão, esclarecimento recíproco e submissão às garantias constitucionais.

116. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Idem, p. 44.

117. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Idem, p. 54.

118. GRASSI, Lúcio. op. cit., p. 211.

Em suma, sob os ditames axiológicos da ética processual, o juiz deve ser ativo e participativo, posto não ser *um autômato, um clone da cibernética, mas um sacerdote da justiça*.¹¹⁹

Diante da busca do equilíbrio entre a colaboração das partes e a atuação do órgão judicial, não se pode olvidar **que o magistrado não é uma máquina decisória para quem as partes trazem os fatos e prontamente recebem a solução da lide.**

Afinal, o interesse no melhor provimento é diretamente da parte, a quem compete esmerar-se para contribuir com a formação das provas e colaborar com o convencimento do órgão judicial.

Igualmente, inobstante o julgador esteja protegido pelo aforismo *iura novit curia*, indispensável que convoque previamente a manifestação das partes acerca da interpretação empreendida a determinado preceito legal.

Evitando as decisões proferidas com fator-surpresa, os litigantes possuem o direito de ter conhecimento prévio do norte fornecido ao caso pelo magistrado, porquanto a sentença deve cingir-se aos fatos sobre os quais as partes tenham se posicionado.¹²⁰

À guisa de uma conclusão, assevera-se que o princípio do contraditório é corolário de diversos princípios constitucionais¹²¹: igualdade, liberdade e solidariedade.

Do princípio da isonomia¹²², decorre a necessária *paridade de armas* no processo. Do princípio da liberdade¹²³, advém a possibilidade da parte exercer

119. BORGES, José Souto Maior, op. cit., p. 103.

120. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. "Garantia do Contraditório". In *Garantias Constitucionais do Processo Civil*, p. 141-142.

121. *Atualmente nos países democráticos ocidentais, vigoram três valores que informam e justificam a existência dos princípios que regem o processo: são os valores da liberdade, da igualdade e da participação* (FRANCO, Fernão Borba. op. cit., p. 101).

122. *Nesse princípio, a doutrina costuma subsumir-se o do contraditório, e não será fora de propósito cogitar, também por tal aspecto, de uma genealogia constitucional, na medida em que se queira filiar a igualdade das partes no processo ao princípio maior da isonomia (ou igualdade perante a lei), consagrado no artigo 153 § 1º, da Constituição* (MOREIRA, José Carlos Barbosa. "A garantia do contraditório na atividade de instrução". In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, p. 67). *A igualdade perante a lei é a premissa da igualdade perante o juiz, do que decorre ser o contraditório consequência do princípio da isonomia* (CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. op. cit., p. 226).

123. *O direito à liberdade jurídica implica o exercício de direitos contestados em juízo até que se demonstre judicialmente que estes direitos não existem ou que pertencem a outrem* (ZAVASKI, Teori Albino. op. cit., p. 65). *O pleno e eficaz exercício das garantias de ingresso em juízo e acesso à justiça (art. 5º, inc. XXXV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV) depende da liberdade que as partes tenham*

seus direitos, expor seus argumentos e exhibir elementos probatórios em juízo. Do princípio da solidariedade, extrai-se o *modus agendi* dos sujeitos no processo¹²⁴, permeados de boa-fé e dispostos a cumprir os deveres de cooperação.

Os direitos fundamentais são dotados de dupla dimensionalidade. A *dimensão subjetiva*, conferindo ao indivíduo posições subjetivas ativas perante o Estado. Reforçando a sua efetividade, a *dimensão objetiva* expressa um sistema axiológico que fundamenta o ordenamento jurídico, direciona a comunidade política e orientando a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.¹²⁵ Nesta dimensão, desenvolvem-se os princípios da isonomia, proporcionalidade e contraditório, que como garantias fundamentais preservam os direitos jusfundamentais.¹²⁶

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Quando, na ação solidária com o outro, ultrapassamos os limites da nossa própria cultura, saímos do círculo vicioso do fundamentalismo intolerante e da indiferença desmobilizadora. Somente a solidariedade humana pode ressecar o solo que produz a intolerância.*¹²⁷

A condição humana do trabalho reflete a relação do homem com o mundo. O que o *humaniza*, entretanto, é a inter-relação com o outro, a *pluralidade*, cerne da *ação* e solo fértil para o desenvolvimento do direito.

Enquanto para outras sociedades a técnica foi o *não-essencial*, o profano por excelência, a sociedade moderna *santificou* a luta com a natureza, o primado do cálculo e da eficácia. Desse modo, é a única em que o indivíduo se define por seu lugar no mecanismo social e extrai desta *situação* seu meio de vida, *ação* e consagração.¹²⁸

de atuar segundo suas próprias estratégias, suas escolhas, sua vontade e sua conveniência. O conteúdo dessa liberdade é representado pelo conjunto de faculdades de que as partes dispõem ao longo de todo o processo, qualquer que seja a espécie deste ou o tipo de procedimento (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v.1, p. 226).

124. A natureza do processo apresenta-se, nesse contexto, não mais como uma luta das partes sob os olhos do tribunal, mas como uma “comunidade de trabalho” entre o tribunal e as partes, com o fito de possibilitar ao juiz a decisão justa e verdadeira, restabelecer a paz jurídica entre as partes e assim defender os interesses maiores da sociedade (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 72).

125. ZOLLIGER, Márcia. *Proteção Processual dos Direitos Fundamentais*. Editora: JusPodium, 2006, p. 27.

126. GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz.” In: *Coletânea de estudos em homenagem à Teresa Wambier*. No prelo.

127. VON THADEN, Rudolf. “Intolerância e Fundamentalismo na Tradição Protestante”, In *A INTOLERÂNCIA – Academia Universal das Culturas – Foro Internacional sobre a Intolerância – UNESCO*, 27 de Março de 1997 e *La Sorbonne*, 28 de Março de 1997. Publicação sob a direção de Françoise Barret-Ducrocq, p. 81.

128. RICOEUR, Paul. “Tolerância, Intolerância, Intolerável.” In: *Leituras 1 – Em torno ao político*, p. 45.

O delineamento de uma identidade implica conhecer o *Eu* e reconhecer o *Outro*, necessariamente diferente, mas não hierarquicamente superior ou inferior. Embora o *Outro* seja diferente, ele é semelhante por ser humano, pois é na *humanidade* que se assemelham uns aos outros.

A pluralidade humana, em seu duplo aspecto *igualdade e diferença*, é a condição básica da *ação* e do *discurso*.¹²⁹ Estes são veículos de comunicação entre os homens, modos de manifestação, em que os seres deixam de ser meras existências corpóreas para se tornarem humanos. A inserção no mundo ocorre por intermédio das palavras e dos atos, e pode ser comparada a um segundo nascimento, no qual assume-se o fato original e singular do próprio aparecimento físico original.¹³⁰

A vida sem discurso e sem ação deixa de ser humana; por conseguinte, o respeito ao contraditório, assim como aos deveres de cooperação, propõe uma convivência norteada pelo diálogo, não pelo o silêncio ou isolamento, e protegida pelo manto constitucional.

As *palavras* proferidas no seio de uma demanda judicial *humanizam*, tanto autor e réu, como magistrado. A *humanização* engendra o abandono do silogismo pseudo-lógico, que tornou o juiz uma *máquina de dedução*, para envolvê-lo em um democrático diálogo.¹³¹

IV. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2002.

ARENDT, Hannah. *Lições Sobre a Filosofia Política de Kant*. Ronald Beiner (Org.). Trad. André Duarte. 2. Ed. Chicago: Relume Dumará, 1993.

_____. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

129. “Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender. Com simples sinais e sons, poderiam comunicar suas necessidades imediatas e idênticas.” RICOEUR, Paul. *Idem*, *ibidem*.

130. RICOEUR, Paul. *Idem*, p. 189.

131. “Com efeito, desvincula-se da surdez distante e aproxima-se das necessidades das partes. Sem receios comecinhos de uma possível afronta à imparcialidade ou à própria sanidade, prostra-se perseverante a perseguir a justiça social, descobrindo, a cada nova demanda, seu real conceito e desencadeamento ético. (...) a justiça é, sob muitos aspectos, infiel às suas origens éticas, incapaz de preservar sua herança em toda a riqueza interna – não pode esquecer suas origens sem deixar de ser ela própria, a justiça. (...) Por isso, o traço indelével de toda justiça é a insatisfação consigo mesma: ‘Justiça significa constante revisão da justiça, expectativa de uma melhor justiça.’ A justiça poder-se-ia dizer, deve existir perpetuamente em uma condição de *noch nicht geworden*, impondo-se padrões mais elevados do que os já praticados.” BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, p. 66.

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mario Gama Cury. 3. Ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.
- _____. *The Works of Aristotle – Great Works*. v. I. Chicago: Encyclopedia Britannica, 1952.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Renovar, 2002.
- BARKER, Sir Ernest. *Teoria Política Grega*. Trad. Sérgio Fernando Guarischi Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BEINER, Ronald. “Hannah Arendt – sobre ‘O Julgar.’” In: *Lições Sobre a Filosofia Política de Kant*. Trad. André Duarte. 2. Ed. Chicago: Relume Dumará, 1993.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial (uma visão dialética)*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. “Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no Processo Civil”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1988, n. 52.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. Ed. Lisboa: Almedina, 2002.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Trad. Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989.
- CASTALDO, André. *Introduction Historique au Droit*. Paris: Dalloz, 1998.
- CHARVIN, Robert, SUEUR, Jean-Jacques, FARJAT, Gerard. *Droit de l’homme et libertés de la personne*. 12. Ed. Paris: Litec, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COT, Jean-Pierre, PELLET, Alain. *Charte des Nations Unies – Commentaire article par article sous la direction de Jean-Pierre Cot et Alain Pellet*. 2º Ed. Paris: Economica, 1991.

- DE VICENZI, Brunela Vieira. *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2002.
- DIDIER Jr., Fredie. *Direito processual civil*, v. 1. 6ª Ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. Ed. São Paulo: RT, 1986.
- 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.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Os Direitos e Garantias Individuais – Comentários ao artigo 5º da CF/88*. Bauru: EDIPRO, 1997.
- FRANCO, Fernão Borba. “A fórmula do devido processo legal”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1999, n. 94.
- FRANK, Jerome. “Legal Realism”. In: FEINBERG, Joel and GROSS, Hyman (Org.). *Philosophy of Law*. 5. Ed. Belmont: ITP, 1995.
- GIANNETTI, Eduardo. *O Mercado das Crenças – filosofia econômica e mudança social*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.
- GRASSI, Lúcio. “Cognição processual civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real”. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 3. Ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípios da isonomia e da proporcionalidade e privilégios processuais da Fazenda Pública”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 82, p. 70-91.
- _____. “Eficácia ultra-subjetiva da sentença, litisconsórcio necessário e princípio do contraditório”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 1996, n. 84.
- _____. “Notas para destacar a importância do princípio constitucional da proporcionalidade no delineamento dos poderes do juiz.” In: Coletânea de estudos em homenagem à Teresa Wambier. No prelo
- HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. Clarendon Law Series. Oxford: Oxford University Press, 1993.
- JERPHAGNON, Lucien. *História das grandes filosofias*. Trad. Luís E. L. Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Devido processo legal substancial”. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord.). *Leituras complementares de processo civil*. 3. Ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4 Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDONÇA Jr., Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo”. In *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. “A garantia do contraditório na atividade de instrução”. In: *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. “Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba.” In: *Temas de Direito Processual*. Terceira Série, São Paulo: 1984.
- _____. “Sobre a participação do juiz no processo civil”. In *Temas de Direito Processual*. Quarta Série, São Paulo: Saraiva, 1989.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. Ed. São Paulo: RT, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo, Saraiva, 1997.
- _____. “Efetividade e Tutela jurisdicional”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, nº 34, 2004.
- _____. “Garantia do Contraditório”. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Org.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1999.
- _____. “Poderes do juiz e visão cooperativa do processo”. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 2003.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal – Prelúdio a uma filosofia do futuro*. Trad. Paulo César de Souza. 2. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- PASSOS, Calmon de. “A Instrumentalidade do Processo”. *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, abril/junho de 2001.
- PLATÃO. *O Banquete*. São Paulo: EDIPRO, 1996.
- RICOEUR, Paul. “Tolerância, Intolerância, Intolerável”. In: *Leituras I – Em torno ao político*. São Paulo: Edições Loyola, 1995.

- ROBLES, Gregorio. *Os direitos fundamentais e a ética da sociedade atual*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.
- RUNES. *Treasury of Philosophy*. New York: Philosophical Library, 1955.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. *Sobre Ética e Economia*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. In: *The Tragedies of William Shakespeare*. The New York: The Modern Library, 1994.
- SILVA, Clovis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.
- SMITH, Adam. *Riqueza das Nações*. Trad. Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus S. A., 2001.
- TARZIA, Giuseppe. “O contraditório no processo executivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 28, 1982.
- TOMUSCHAT, Christian. “International Law as the Constitution of Mankind”, *International Law on the Eve of the Twenty-first Century – Views from the International Law Commission*, New York, United Nations Publications, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- VON THADEN, Rudolf. “Intolerância e Fundamentalismo na Tradição Protestante”. In: BARRET-DUCROCQ, Françoise (Org.). *A INTOLERÂNCIA – Academia Universal das Culturas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

XVII

VIVISSECÇÃO E DIREITO ANIMAL

Tagore Trajano de Almeida Silva

Pesquisador, Advogado e Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Membro do Núcleo Interdisciplinar de Pesquisa e Extensão em Direito Ambiental e Direito Animal – NIPEDA/UFBA. Diretor do Instituto Abolicionista Animal – IAA: www.abolicionismoanimal.org.br. E-mail: tagore@ufba.br.

RESUMO: O presente artigo objetiva examinar o alcance da teoria que exclui os animais de qualquer consideração moral, servindo como fundamento para realização de experimentos e práticas de maus-tratos até os dias atuais. Nesse sentido, far-se-á uma análise da legislação de proteção animal, em especial aos casos referentes a experimentação com animais, fazendo um estudo comparado com a legislação estrangeira. Ao final, demonstrar-se-á que a vivissecção, regra antigamente autorizada pelo Estado Brasileiro, passa a ser uma exceção, sendo considerada crime ambiental.

ABSTRACT: This article aims to examine the extent of the animals would have to exclude any

consideration of moral, serving as a basis for carrying out experiments and practices of ill-treatment to the present day. In this sense, will be an analysis of animal protection legislation, in particular the cases relating to experiment on animals, making a comparative study with a foreign law. At the end, it will demonstrate that the vivisection, rule previously authorized by the Brazilian State, will be an exception, being considered environmental crime.

PALAVRAS-CHAVE: Direito animal; vivissecção; direito ambiental.

KEYWORDS: Animal rights; vivisection; environment law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Histórico da legislação sobre o uso de animais na pesquisa: 2.1. O controle da vivissecção na Direito Compad; 2.2. Leis antivivisseccionistas dos EUA; 2.1.2. O Animals (Scientific Procedures) Act Britânico; 2.1.3. Regulação do uso de animais nos demais países europeus; 2.1.4. Sistema disperso de legislação da Austrália e o sistema voluntário de auto-regulação do Canadá; 2.2. Os principais aspectos da Legislação Brasileira 2.3. Crueldade contra os animais na Lei de Crimes Ambientais; 2.4. Vivissecção e o Direito Penal Ambiental – 3. Expectativa e considerações finais – 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva examinar o alcance da teoria que exclui os animais de qualquer consideração moral, servindo como fundamento para realização de experimentos e práticas de maus-tratos até os dias atuais.

Nesse sentido, faremos uma análise da legislação de proteção animal, em especial aos casos referentes à experimentação com animais, fazendo um estudo comparado com a legislação estrangeira.

É sabido que, após a propositura de ações envolvendo animais, tais como os casos: *Northern Spotted Owl v. Hodel*, 716 F. Supp. 479 (WD Wash, 1988); *Northern Spotted Owl v. Lujan*, 758 F. Supp. 621 (WD Wash, 1991); *Mt. Graham Red Squirrel v. Yeutter*, 930 F. 2d 703 (9th Cir. 1991); *Palila v. Hawaii Dep. of Land and Natural Resources*, 836 F. Supp. 45 (D Mass. 1993), todos nos EUA; e o *case Suíça v. Zoológico de Salvador*, no Brasil¹; o meio jurídico se questiona sobre as possíveis transformações dos padrões morais da sociedade e o seu reflexo na atuação dos operadores e na própria legislação.

Para Tom Regan, o lugar dos animais no entrelaçado moral de nossa cultura mudou e expressões, como: *direito dos animais*; têm feito parte do nosso vocabulário diário, demonstrando os efeitos desta reviravolta².

Realmente, há um tempo atrás, se falar em *direito dos animais* poderia ser considerado algo excêntrico, contudo, no contexto atual, a expressão já é considerada uma realidade. O tratamento e as atitudes, que adotamos em relação aos animais, ensejam enormes contradições que a depender da cultura³, pode os inserir ou não na esfera de moralidade de determinada sociedade.

Nesse sentido, os seres sencientes teriam direitos e não admiti-los, negando este *status moral* ao animal⁴, seria desprezar as reivindicações sobre o “progresso” humano sem dor, o que se contrapõe com o número maciço dos animais usados em pesquisas e na indústria⁵.

Segundo Rita Paixão⁶, embora sejam possíveis diversas abordagens, basicamente são duas grandes as teorias morais que têm pautado o debate dos direitos

1. LOURENÇO, Daniel Braga. A Plataforma do “mínimo realizável” e as “linhas” de Wise. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 212.
2. REGAN, Tom. Progress without pain: the argument for the humane treatment of research animals. In *Foreword: Animal Rights and the Law. Saint Louis University Law Journal*. Vol. 31. n. 3. September 1987. p. 513-517.
3. REGAN, Tom. Progress without pain: the argument for the humane treatment of research animals. In *Foreword: Animal Rights and the Law. Saint Louis University Law Journal*. Vol. 31. n. 3. September 1987. p. 513-517.
4. Direito à liberdade, a integridade física e a vida. REGAN, Tom. Introdução – Nação do Direito Animal. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p.09.
5. REGAN, Tom. Progress without pain: the argument for the humane treatment of research animals. In *Foreword: Animal Rights and the Law. Saint Louis University Law Journal*. Vol. 31. n. 3. September 1987. p. 513-517.
6. PAIXÃO. Rita Leal, Aspectos éticos nas regulamentações das pesquisas em animais. In *SCHRAMM, Sergio Rego [et al.] Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Editora Fio Cruz, 2005. 231-232.

dos animais: 1) a perspectiva consequencialista, trazida à tona nos anos 1970 com Peter Singer (2004) a partir da obra *Libertação Animal* que tem sua raiz na perspectiva utilitarista de Jeremy Bentham, o qual já havia introduzido a idéia da necessidade de ampliar a esfera moral; 2) a visão dos *direitos dos animais*, baseada no princípio kantiano aplicado aos animais, ou seja, o “animal deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um mero meio”, o principal defensor é Tom Regan, filósofo norte-americano, com a obra *The Case for Animal Rights (1983)* e *Empty Cages (2004)*, aonde identifica uma esfera moral onde os animais estariam inseridos.

No ordenamento jurídico brasileiro, o primeiro registro de uma norma a proteger animais de quaisquer abusos ou crueldade, foi o Código de Posturas de seis de outubro de 1886, do Município de São Paulo, em que o artigo 220 dizia que os cocheiros, condutores de carroça estavam proibidos de maltratar animais com castigos bárbaros e imoderados, prevendo multa⁷.

Todavia, somente com o advento da Constituição de 1988, quando as normas de direito ambiental adquirem *status* constitucional é que se obriga o Poder Público e a coletividade a preservar o meio ambiente e sua fauna, vedando toda e qualquer prática que submetta os animais a crueldade.

De fato, o Brasil é um dos poucos países do mundo a vedar, na própria Constituição Federal, a prática de crueldade para com os animais. A maioria das Cartas Estaduais, acompanhando aquele mandamento supremo, proíbe a submissão de animais a atos cruéis. Por isso, Laerte Levai afirma que o repertório jurídico brasileiro é mais do que suficiente para proteger os animais da maldade humana⁸.

Apesar disso, o Brasil ainda utiliza, sem qualquer controle, estes seres vivos, desprezando a farta legislação existente sobre o assunto o que é, para Sônia Felipe⁹, um sintoma das leis brasileiras de proteção animal que foram aprovadas sem qualquer fundamentação filosófica durante os regimes ditatoriais. Quando os cidadãos foram privados de sua liberdade de expressão política e demais direitos democráticos. Para a autora, antes da Constituição de 1988, os animais ficaram sob a guarda ou proteção de um Estado não-democrático que fazia leis, mas que se recusava a respeitá-las.

7. LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998. p. 27-28.

8. LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade Consentida – crítica a razão antropocêntrica -. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan./dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 176.

9. FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 182-184

Destarte, a fim de estruturar a explanação de idéias que serão aqui apresentadas, abordaremos o tema neste trabalho da seguinte forma: na primeira parte, com base no estudo da veterinária Rita Paixão, falaremos brevemente sobre o histórico da legislação de proteção animal no Brasil e no exterior, partindo, ao final do artigo, para a demonstração do avanço da legislação brasileira relacionada a proteção animal.

2. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE O USO DE ANIMAIS NA PESQUISA

A primeira lei a regulamentar o uso de animais em pesquisa foi a *British Cruelty to Animal Act*, em 1876. Anteriormente, em 1822, em memória e Richard Martin, tinha sido instituída a Lei Inglesa Anticrueldade (*British Anticruelty Act*), conhecida como *Martin Act*, aplicada apenas a animais domésticos.

Anteriormente no século XVII, a colônia inglesa de Massachussets, ainda em 1641, promulgou a *Massachussets Bay* que dispunha que ninguém poderia exercer tirania ou crueldade para com qualquer criatura animal que habitualmente seja utilizada para auxiliar nas tarefas do homem.

A partir de então, evidenciou-se o crescimento do número de legislação em todo o mundo, motivada pelas lutas dos movimentos de proteção aos animais.

2.1. O CONTROLE DA VIVISSECÇÃO NO DIREITO COMPARADO¹⁰

2.1.1. Leis antivivisseccionistas dos EUA

A primeira legislação a regular casos de experimentação animal nos EUA surgiu no meio do século passado, na década de 1950, o “*Laboratory Animal Welfare Act*” em 24 de agosto de 1966. Esta lei surgiu devido ao desaparecimento de um cão dálmata que teria sido utilizado por um laboratório para experiências. Após este acontecimento, ondas de protestos se espalharam pelos EUA, fazendo que fosse votada a nova lei.

Com o tempo, o conteúdo desta legislação aumentou, a fim de agregar outras questões de bem-estar animal, transformando-se em “*Animal Welfare Act*”.

Um dos pontos positivos desta legislação foi o estabelecimento das comissões institucionais de ética no uso de animais (*Institutional Animal Care and Use Committee – IACUC*).

10. Histórico e estudo baseados na tese de PAIXÃO, Rita Leal. *Experimentação animal: razões e emoções para uma ética*. [Doutorado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001.

Deste modo, a partir do *Animal Welfare Act* de 1985 foi introduzido novas exigências, tais como: a) o treinamento de pessoal para trabalhar em laboratório; b) ambientes que garantissem o bem estar dos animais; e c) a possibilidade de se locomover e praticar exercícios.

Algumas críticas são feitas a esta legislação. A Legislação não protege ratos, camundongos, aves e animais utilizados na agricultura. Ativistas consideram que como cerca de 90% dos experimentos são feitos nestes animais, isso tem gerado insatisfação e luta por parte dos movimentos anti-vivissecionista.

2.1.2. O *Animals (Scientific Procedures) Act* Britânico

Na Inglaterra a principal lei que trata sobre o uso de animais em experimentos científicos é o *Animals (Scientific Procedures) Act* de 1986. Embora, desde 1876, já existisse o *Cruelty to Animals Act*.

Na legislação de 1986, o uso de animais não era claramente definido, limitando a identificar os procedimentos cirúrgicos.

Devido a uma maior força do movimento de bem estar animal que se conseguiu aprovar a *Animals (Scientific Procedures) Act* pelo parlamento britânico.

Somente em 1976 teve início uma campanha denominada Ano do Bem-estar animal, em comemoração ao centenário do *Cruelty to Animals Act 1876*.

Nesta comemoração se iniciou a discussão sobre a necessidade de uma reforma na *Cruelty to Animals Act 1876*. Questões como: a diminuição da dor causada aos animais, redução do número de animais utilizados em experimentos; e a busca do desenvolvimento de métodos alternativos humanitários para a pesquisa foram considerados para a elaboração da nova legislação.

2.1.3. Regulação do uso de animais nos demais países europeus

Em vários outros países o processo legislativo também sofreu alterações, especialmente devido à pressão feita pelos movimentos de proteção animal.

Na Suíça – a regulação da utilização animal atualmente é baseada na Lei de 1978 e no decreto de 1981¹¹; Já na Itália – a nova regulamentação sobre a proteção dos animais em uso experimental é de 27 de janeiro de 1992, que veio substituir

11. WEIHE, W. H., Regulation of Animal Experimentation. The International Experience: Switzerland. In *Acta Physiologica Scandinavica* 128, 1986 . p. 115-116.

a antiga lei de 1931; com várias inovações importantes como a obrigatoriedade de se utilizar os métodos alternativos quando eles existirem¹².

Na Suécia, a lei de proteção animal data de 1944, mas várias regulamentações específicas sobre o uso de animais na experimentação foram introduzidas em 1979, inclusive o estabelecimento compulsório de comissões de ética animal¹³.

Na Alemanha, a primeira lei a tratar sobre experimentos em animais data de 1883, tendo sido posteriormente alterada em 1933, em 1972 e novamente em 1986, ampliando cada vez mais o controle, através da exigência de licenças, para cada projeto, para o cientista responsável e para a instituição. Hoje, a Alemanha reconhece explicitamente direitos constitucionais aos animais.

2.1.4. Sistema disperso de legislação da Austrália e o sistema voluntário de auto-regulação do Canadá

A Austrália adota um sistema disperso de legislação, onde cada Estado tem uma legislação que proíbe a prática de crueldade com animais. A principal legislação australiana é o *Australian Code of Practice for the Care and Use of Animals for Scientific Purposes*.

Já o Canadá adota um sistema voluntário de auto-regulação na utilização de animais em pesquisa. O responsável pelo sistema é o *Canadian Council on Animal Care (CACC)*¹⁴. Este Conselho, além de fiscalizar aplicação da legislação, estabelece princípios a serem utilizados como um guia por aqueles que fazem experimentação com animais.

O CCAC fiscaliza a utilização de animais nos laboratórios do Canadá, obrigando os centros de pesquisas a desenvolverem comitês institucionais nos locais onde as pesquisas são realizadas.

Em meados de 1985¹⁵, o Conselho das Organizações Internacionais de Ciências Médicas (*Council for International Organizations of Medical Sciences – CIOMS*), publicou os “Princípios Internacionais para a Pesquisa Biomédica Envolvendo

12. MENICALI, Stefania. La sperimentazione animale. Aspetti giuridici e sociologici. In *L'altro diritto: Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*. Università di Firenze. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/marginal/menicali/index.htm>>. Acessado em: 02 de dez. de 2007.

13. SWEDEN, Swedish Code of Statutes. *The Animal Welfare Act – The Animal Welfare Ordinance*. In *Ministry of Agriculture 2007*. Stockholm Sweden, October 2007.

14. CCAC Annual Report 2006-2007. In *Canadian Council on Animal Care: Ottawa, 2006-2007*.

15. CIOMS – *International guiding principles for biomedical research involving animals*. Disponível em: http://www.cioms.ch/frame_1985_texts_of_guidelines.htm. Acessado em: 02 de dez. de 2007.

Animais” – International Guiding Principles for Biomedical Research Involving Animals. O objetivo do CIOMS é fornecer uma base mínima para que os países ou as instituições possam desenvolver seus mecanismos de controle¹⁶.

Para Rita Paixão, todos esses sistemas têm como objetivo os seguintes aspectos: 1) avaliar e autorizar projetos que utilizem animais; 2) inspecionar as condições, métodos e procedimentos utilizados pelos centros de pesquisa; 3) assegurar padrões “humanitários” na criação e nos cuidados com os animais; e 4) assegurar o acesso às informações e aos procedimentos utilizados no centro científico.

2.2. Os principais aspectos da Legislação Brasileira

No Brasil, o primeiro registro de uma norma a proteger animais de quaisquer abusos ou crueldade, foi o Código de Posturas de 6 (seis) de outubro de 1886, do Município de São Paulo, em que o artigo 220 dizia que os cocheiros, condutores de carroça estavam proibidos de maltratar animais com castigos bárbaros e imoderados, prevendo multa¹⁷.

Durante o período da República Velha, 1924, seria elaborado o primeiro dispositivo normativo de defesa da fauna, o Decreto Federal 16.590 que regulamentava o funcionamento das casas de diversões públicas, o qual proibia uma série de maus tratos com animais¹⁸.

No entanto, foi o Decreto 24.615, de 10 de julho de 1934, que entrou em vigor com a implantação do Estado Novo que introduziu pela primeira vez normas de proteção animal¹⁹. Uma iniciativa do político descendente de ingleses Ignácio

16. CIOMS – *International guiding principles for biomedical research involving animals*. Disponível em: http://www.cioms.ch/frame_1985_texts_of_guidelines.htm. Acessado em: 02 e dez. de 2007.

17. LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998. p. 27-28.

18. SANTANA, Heron José. Os crimes a fauna e a filosofia jurídica ambiental. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002. p. 409-410.

19. Seguiram-se ao decreto: o Código de Pesca, Lei 221, de 28 de fevereiro de 1967; a Lei de Proteção à Fauna, Lei 5.197, de 3 de janeiro de 1967, alterada pela Lei 7.653, de 12 de fevereiro de 1988; a Lei de Vivisseção, lei 6.638, de 8 de maio de 1979; a Lei dos Zoológicos, Lei 7.173, de 14 de dezembro de 1983; a Lei dos Cetáceos, Lei 7.643, de 18 de dezembro de 1987; a Lei de Inspeção de Produtos Animais, Lei 7.889, de 23 de novembro de 1989; a Lei de Crimes Ambientais, Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. SANTANA, Luciano Rocha e MARQUES, Marcone Rodrigues. Maus tratos e crueldade contra animais nos Centos de Controle de Zoonoses: aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002; DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 155.

Wallace de Gama Cochrane, que no ano de 1895, fundou a União Internacional Protetora dos Animais – UIPA, primeira entidade de proteção animal do Brasil e que importou a legislação em vigor nos países europeus no início do século XX²⁰.

Todavia, o Decreto não trata especificamente do assunto experimentação animal. Legislação que abordaria especificamente o assunto surgiu em 1941, o Decreto-lei 3.688 (Lei de Contravenção Penal) que em seu artigo 64, parágrafo único, proibiu expressamente a realização de experimentos com animais, ainda que para fins didáticos, quando houvesse, métodos alternativos.

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de 10 (dez) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza, em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo. (grifos nossos)

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público.

Em 1979, a Lei 6.638 estabelece as normas para a prática didática e científica da vivisseção de animais. A Lei da Vivisseção nunca chegou a ser regulamentada, outrossim não expressava os principais aspectos relacionados aos “3Rs” e nem refere-se a comissões de ética no uso de animais²¹.

De fato, nos artigos da Lei 6.638 estava a autorização para que fosse realizada pesquisa com animais, porém os limites éticos somente viriam a ser estabelecidos através de protocolos internos e comissões de ética, dentre as quais a principal é o COBEA – Colégio Brasileiro de Experimentação Animal²² em 1991²³.

20. DIAS, Edna Cardozo. Experimentos com animais na legislação brasileira. In *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* – FDU, Belo Horizonte. ano 4. n.24. p. 2909-2926, nov/dez. 2005.

21. LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.

22. DIAS, Edna Cardozo. Experimentos com animais na legislação brasileira. In *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* – FDU, Belo Horizonte. ano 4. n.24. p. 2909-2926, nov/dez. 2005.

23. Para Célia Virginia Pereira Cardoso, o Colégio Brasileiro de Experimentação Animal – COBEA criou Princípios de Ética que visavam nortear a conduta dos professores e dos pesquisadores na prática do uso de animais. Segundo a autora, já que o homem precisa utilizar animais na busca de conhecimento, para se nutrir, se vestir e trabalhar, ele deve respeitar o animal, seu auxiliar, como um ser vivente. Desta forma, o COBEA postulou 12 artigos, senão vejamos: Artigo I – Todas as pessoas que pratiquem a experimentação biológica devem tomar consciência de que o animal é dotado de sensibilidade, de memória e que sofre sem poder escapar à dor; Artigo II – O experimentador é, moralmente, responsável por suas escolhas e por seus atos na experimentação animal; Artigo III – Procedimentos que envolvam animais devem prever e se desenvolver considerando-se sua relevância para a saúde humana ou animal, a aquisição de conhecimento

A lei de vivisseção brasileira exigia que todos os centros de pesquisa fossem registrados e autorizados por um órgão competente, proibindo a vivisseção quando ocorresse: a) sem o emprego de anestesia; b) em centro de pesquisas onde os estudos não fossem registrados em órgão competente; c) sem a supervisão de técnico especializado (médico veterinário); d) com animais que não tenham permanecido mais de quinze dias em biotérios legalmente autorizados; e) em estabelecimentos de ensino de primeiro e segundo graus e em quaisquer locais freqüentados por menores de idade.

Para Sônia Felipe²⁴, no Brasil, as leis de proteção animal foram aprovadas sem qualquer fundamentação filosófica durante os regimes ditatoriais. Quando os cidadãos foram privados de sua liberdade de expressão política e demais direitos democráticos. Para a autora, os animais e o ambiente físico natural ficaram sob a guarda ou proteção de um Estado não-democrático que fazia leis, recusa-se a ser submetido a elas.

Esta situação somente iria mudar com o advento da Constituição de 1988, quando as normas de direito ambiental adquirem *status* constitucional. Neste instante, obriga-se o Poder Público e a coletividade a preservar o meio ambiente e sua fauna, vedando toda e qualquer prática que submeta os animais a crueldade, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

ou o bem da sociedade; Artigo IV – Os animais selecionados para um experimento devem ser de espécie e qualidade apropriadas e apresentar boas condições de saúde, utilizando-se o número mínimo necessário para se obter resultados válidos. Ter em mente a utilização de métodos alternativos tais como modelos matemáticos, simulação por computador e sistemas biológicos "in vitro"; Artigo V – É imperativo que se utilizem os animais de maneira adequada, incluindo aí evitar o desconforto, angústia e dor. Os investigadores devem considerar que os processos determinantes de dor ou angústia em seres humanos causam o mesmo em outras espécies, a não ser que o contrário tenha se demonstrado; Artigo VI – Todos os procedimentos com animais, que possam causar dor ou angústia, precisam se desenvolver com sedação, analgesia ou anestesia adequadas. Atos cirúrgicos ou outros atos dolorosos não podem se implementar em animais não anestesiados e que estejam apenas paralizados por agentes químicos e/ou físicos; Artigo VII – Os animais que sofram dor ou angústia intensa ou crônica, que não possam se aliviar e os que não serão utilizados devem ser sacrificados por método indolor e que não cause estresse; Artigo VIII – O uso de animais em procedimentos didáticos e experimentais pressupõe a disponibilidade de alojamento que proporcione condições de vida adequadas às espécies, contribuindo para sua saúde e conforto. O transporte, a acomodação, a alimentação e os cuidados com os animais criados ou usados para fins biomédicos devem ser dispensados por técnico qualificado. Artigo IX – Os investigadores e funcionários devem ter qualificação e experiência adequadas para exercer procedimentos em animais vivos. Deve-se criar condições para seu treinamento no trabalho, incluindo aspectos de trato e uso humanitário dos animais de laboratório. In *Leis Referentes à Experimentação Animal no Brasil – Situação Atual*. Disponível no sítio: <www.cobea.org.br/etica.htm>. Acessado em: 02 de dez. de 2007.

24. FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 182-184

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

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.

2.3. Crueldade contra os animais na Lei de Crimes Ambientais

Desde o final da década de 1970, membros das organizações de proteção animal brasileiras elegeram como meta a regulamentação da lei de vivissecção. O movimento pró-regulamentação²⁵ buscou adequar as propostas de regulamentação da Lei 6.638/79 aos princípios dos três Rs, a fim de contribuir para uma maior proteção da integridade do animal.

Porém, apenas em 1995, após diversos anos de discussão, foi proposta uma nova lei regulamentando a vivissecção. O falecido deputado Sérgio Arouca elaborou um projeto de lei para tratar especificamente sobre a questão da experimentação animal²⁶.

Em seguida foram realizadas discussões sobre o Projeto de Lei Arouca (PL nº 1.153 de 1995), tendo sido seguido por outro projeto em 1997, apresentado pelas principais instituições científicas do país (Projeto de lei nº 3.964 de 1997 – FESBE, SBPC, FIOCRUZ e Academia Brasileira de Ciências).

A Academia Brasileira de Ciências não concordou com a redação do projeto Arouca que previa a penalização do pesquisador com prisão no caso de praticar crueldade com animal²⁷.

Representantes da comunidade vêm pressionando os membros do Congresso Nacional em busca de apoio à aprovação do projeto que regulamenta o uso de animais em experiências científicas. O projeto tramita a doze anos na Câmara e já pode ser votado, bastando ser colocado em pauta²⁸.

25. Segundo DIAS, Edna Cardozo: As principais organizações pró-regulamentação foram: a Sociedade Zoófila Educativa – SOZED, a Associação Protetora dos Animais – RJ, a Liga Brasileira dos Direitos dos Animais – RJ e da União Protetora dos Animais – UIPA. Experimentos com animais na legislação brasileira. In *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* – FDU, Belo Horizonte. ano 4. n.24. p. 2909-2926, nov/dez. 2005.

26. CARDOSO, Célia Virginia Pereira. In *Leis Referentes à Experimentação Animal no Brasil* – Situação Atual. Disponível no sítio: <www.cobea.org.br/etica.htm>. Acessado em: 02 de dez. de 2007.

27. DIAS, Edna Cardozo. Experimentos com animais na legislação brasileira. In *Fórum de Direito Urbano e Ambiental* – FDU, Belo Horizonte. ano 4. n.24. p. 2909-2926, nov/dez. 2005.

28. ÉBOLI, Evandro. Cientistas pedem ao Congresso regulamentação do uso em laboratório. In *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro: Ciência, 14.11.2007. p. 34

Para os representantes das principais instituições científicas do país, a aprovação do projeto poderá corroborar com o desenvolvimento da ciência brasileira, desenvolvendo a medicina humana e também a medicina veterinária²⁹.

Contrariamente, os movimentos de proteção animal, favoráveis à abolição do uso do modelo animal para a pesquisa da cura das doenças humanas, sustentam que não se pode justificar eticamente o uso de animais vivos em experimentos dolorosos e letais, pois nenhuma vida senciente é substituída por outra.

Para Daniel Lourenço, não passa de retórica extremamente frágil a afirmação de que um ser vivo só merece proteção se pertencente à nossa espécie. Eleger, arbitrariamente uma capacidade inata, ou qualquer aptidão física para justificar a diferenciação de tratamento não igualitário entre seres que são capazes de sentir dor, sofrer e de se auto orientar no espaço de tempo, é uma atitude perigosa³⁰.

Na pesquisa com animais, os sujeitos da experimentação são prejudicados sem que se pretenda qualquer benefício para eles; em vez disso, a intenção é obter informações que proporcionem benefício a outros³¹.

Deste modo, para Heron Santana Gordilho, a Constituição Federal, em seu art. 225, VIII, reconhece que os animais são dotados de sensibilidade, impondo a todos, o dever de respeitarem a sua vida, liberdade corporal e integridade física, proibindo expressamente as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a sua extinção ou os submetam à crueldade³².

Ora, para ele, a norma constitucional atribui um mínimo de direito: o de não submeter seres sencientes a tratamentos cruéis, práticas que coloquem em risco a sua função ecológica ou ponham em risco a preservação de sua espécie³³.

De fato, o Brasil é um dos poucos países do mundo a vedar, na própria Constituição Federal, a prática de crueldade para com os animais. A maioria das Cartas Estaduais, acompanhando aquele mandamento supremo, proíbe a submissão de animais a atos cruéis. Para Laerte Levai, o repertório jurídico brasileiro é mais do que suficiente para proteger os animais da maldade humana³⁴.

29. ÉBOLI, Evandro. Cientistas pedem ao Congresso regulamentação do uso em laboratório. In *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro: Ciência, 14.11.2007. p. 34

30. LOURENÇO, Daniel Braga. A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 13. abril/jun. nº51. São Paulo: RT, 2005. p. 307.

31. REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006. p. 213.

32. SANTANA, Heron José. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE – Recife. p. 160.

33. SANTANA, Heron José. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE – Recife. p. 130.

34. LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade Consentida – crítica a razão antropocêntrica -. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan./dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006. p. 176.

Com efeito, após a CF/1988, foi editada a Lei Federal nº 9.605/98, que no §1º do seu art. 32 revogou tacitamente o art. 64 da Lei das Contravenções Penais, e expressamente incluiu a vivissecação entre os crimes ambientais, estabelecendo que esta prática deixa de ser uma faculdade e passa a ser uma conduta típica, salvo uma única exceção, se não houver recursos alternativos para a realização da pesquisa em animais³⁵.

Neste instante, a vivissecação que era regra autorizada pelo Estado Brasileiro, passa a ser uma exceção, sendo considerada crime ambiental.

Ao analisar o tipo, Luís Paulo Sirvinskaskas³⁶ ressalva que não se deve admitir que às práticas de experimentação com animais possam molestar gravemente esses seres, em nome da necessidade científica que nem sempre está presente nos estudos científicos, porquanto existirem recursos alternativos.

Assim, para o autor é indispensável à valoração da conduta na norma penal, visto que em caso contrário nada de mais sério obstará o seu seguimento impune, colaborando para a degradação da fauna³⁷.

2.4. Vivissecação e o Direito Penal Ambiental

O Direito Penal Moderno passou a proteger os animais na medida em que se preocupou com a prevenção contra crimes, maus-tratos e crueldades. Em geral, o Código Penal Brasileiro é deficitário em normas que visem a regulamentar e reprimir os abusos contra a natureza e os direitos dos animais³⁸, especialmente em casos de experimentação.

A expressão crueldade – do latim *cruedelitas*, de *crudus*, originário de *cruor* (sangue vivo) – é empregada com o sentido de praticar atos dolosos, impiedosos, tiranos e insensíveis³⁹. As violências contra os animais são constantes, uma vez que as sociedades humanas desconhecem ou ignoram a dignidade animal⁴⁰.

35. LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos Animais*. 2.ed. São Paulo: Editora Mantiqueira, 2004. p. 66.

36. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.130.

37. SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.130.

38. RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 72.

39. SILVA, Luciana Caetano da. & BARETTA, Gilciane Allen. Algumas considerações sobre a crueldade contra os animais na Lei 9.605/98. In PRADO, Luiz Régis. (coord.) *Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 320.

40. SANTANA, Luciano Rocha & OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.

Nesse sentido, alguns doutrinadores apesar conceituam crueldade contra animais como sendo toda ação ou omissão, dolosa ou culposa, em locais públicos e privados, mediante matança cruel pela caça abusiva, por desmatamentos ou incêndios criminosos, por poluição ambiental, mediante dolorosas experiências diversas, dentre outros⁴¹; eles não incluem a vivissecção, afirmando que os animais devem ser utilizados no campo científico, visto que são necessários para testes de produtos de modo que se verifique a eficácia, efeitos colaterais e o aperfeiçoamento de substâncias⁴².

Apesar de afirmarem que a medicina tem uma dívida para com os animais, já que, segundo eles, muitas e importantes descobertas científicas empregaram animais em seus procedimentos⁴³; não incluem o animal na esfera de moralidade humana, pensando este ser vivo como um objeto a disposição do ser humano.

Já outros autores defendem que o conceito de crueldade é indeterminado⁴⁴, para os defensores dessa corrente se tirar a vida de um animal é crueldade, deve ser considerada cruel em qualquer circunstância, não apenas no plano litúrgico, religioso, mas em qualquer circunstância. Então, nesse caso, haveria a necessidade de cogitar a aplicabilidade da norma a todo e qualquer abate animal, por exemplo⁴⁵.

Contrariamente, entendemos que a vivissecção é uma conduta predatória aos animais e que crimes contra a fauna continuam sendo amplamente cometidos⁴⁶, a despeito da reprovação e da existência de procedimentos substitutivos a disposição dos pesquisadores.

No Brasil, a legislação relativa ao uso de animais no ensino está à frente de legislações de muitos países, no que se refere à proteção animal⁴⁷, no entanto, essas leis não são cumpridas por parte dos professores e autoridades científicas.

-
41. CUSTODIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n.7, p.54-86, jul./set., 1997. p. 60-61.
42. SILVA, Luciana Caetano da. & BARETTA, Gilciane Allen. Algumas considerações sobre a crueldade contra os animais na Lei 9.605/98. In *PRADO, Luiz Régis. (coord.) Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 320.
43. SILVA, Luciana Caetano da. & BARETTA, Gilciane Allen. Algumas considerações sobre a crueldade contra os animais na Lei 9.605/98. In *PRADO, Luiz Régis. (coord.) Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 320.
44. SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
45. VIDA, Samuel. Sacrifício animal em rituais religiosos liberdade de culto versus direito animal (parte 1). In *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 223-224.
46. RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 75.
47. GREIF, Sérgio. *Alternativas ao uso de animais vivos na educação – pela ciência responsável*. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2003. p. 24.

Mesmo com a existência de recursos alternativos, as práticas que utilizam animais são mantidas⁴⁸.

Assim, em 1999, no Estado do Acre, o promotor Tales Fonseca Tranin denunciou um professor por práticas de maus-tratos, pelo motivo de utilizar sapos vivos em aulas de biologia, matando-os e dissecando-os perante seus alunos menores de idade⁴⁹.

Outrossim, recentemente, foi firmado um Termo de Ajustamento de Conduta entre o Ministério Público de Salvador e a Universidade Federal da Bahia, a fim de solucionar os inquéritos civis nº. 007/2002 e 12/2005 da 1ª Promotoria do Meio Ambiente de Salvador, que investigavam notícia de maus tratos contra animais em procedimentos pedagógicos e científicos realizados por pesquisadores desta Universidade.

Estes instrumentos se demonstram eficazes em coibir os exageros nas experimentações animais, além de obrigarem os centros de pesquisa a estabelecerem seus comitês de ética e pesquisa em animais.

Esses instrumentos jurídicos se baseiam nas legislações extravagantes e na Constituição Brasileira em seus artigos 127, caput, 129, caput, incisos II e III, e 225, caput e parágrafos 1º, inciso VII, e 3º; no artigo 214, inciso VII, da Constituição do Estado da Bahia; na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, de 27 de janeiro de 1978, editada pela UNESCO; nos artigos 3º e 14, parágrafo 1º, da Lei Federal 6.938, de 31 de agosto 1981; nos artigos 29 e 32 da Lei Federal 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 e no Decreto Federal 24.645/34.

Pouco tempo atrás, Florianópolis foi a primeira capital do Brasil a proibir o uso de animais em pesquisas científicas, alegando se tratar de crueldade aos animais. O projeto do vereador Deglaber Goulart (PMDB), líder do governo na Câmara, fora aprovado na Casa em 6 (seis) de novembro de 2007. O vereador espera que o imbróglgio possa, ao menos, ajudar a pressionar os deputados federais a votarem a Lei Arouca, que regulamenta as pesquisas com animais no país⁵⁰.

48. GREIF, Sérgio. *Alternativas ao uso de animais vivos na educação – pela ciência responsável*. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2003. p. 25.

49. VIVISSECÇÃO – PROFESSOR QUE UTILIZAVA SAPOS VIVOS EM AULAS DE BIOLOGIA, MATANDO-OS E DISSECANDO-OS PERANTE SEUS ALUNOS. Denúncia pelo artigo 32 parágrafo 1º e 2º da Lei 9605/98. Réu primário sobrevivendo suspensão processual por dois anos. No âmbito administrativo o réu foi multado pelo Ibama (Inquérito Policial nº 62/98, da comarca de Feijó, estado do Acre, ensejando denúncia criminal, aos 02 de janeiro de 1999, pelo promotor Tales Fonseca Tranin).

50. GIOVANA, Girardi. Florianópolis proíbe estudo com cobaias. In: *Folha de São Paulo*. São Paulo, segunda-feira, 10 de dezembro de 2007.

3. EXPECTATIVA E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, percebemos que já há uma mudança em direção a uma maior proteção aos animais.

Apesar de durante muito tempo se ter cultivado um parâmetro para a realização de experimentos com animais, atualmente a legislação coloca como exceção a utilização desses seres na pesquisa.

Contudo, apesar do Brasil estar entre os poucos países do mundo a vedar, na própria Constituição Federal, a prática de crueldade para com os animais e ter um repertório jurídico mais do que suficiente para proteger os animais da maldade humana, ainda usamos sem qualquer controle seres vivos em laboratórios.

A primeira lei a regulamentar o uso de animais em pesquisa é datada de 1876, contudo, ainda continuamos com as práticas de vivisseção, torturando e matando anualmente em laboratórios cerca de 70 milhões de animais.

Porém, o não emprego dessa legislação não significa a inexistência de um direito que deve ser assegurado e garantido pelos órgãos públicos judiciais.

Espera-se que, em um tempo próximo, possamos efetivar, ainda mais, os *direitos dos animais*, percebendo que algumas das práticas que denominamos científicas ou comuns na sociedade atual são na verdade atrocidades e, por isso, devem cessar.

4. REFERÊNCIAS

- CCAC Annual Report 2006-2007. In *Canadian Council on Animal Care*: Ottawa, 2006-2007.
- CIOMS – *International guiding principles for biomedical research involving animals*. Disponível em: http://www.cioms.ch/frame_1985_texts_of_guidelines.htm. Acessado em: 02 e dez. De 2007.
- CARDOSO, Célia Virginia Pereira. In *Leis Referentes à Experimentação Animal no Brasil – Situação Atual*. Disponível no sítio: <www.cobea.org.br/etica.htm>. Acessado em: 02 de dez. De 2007.
- CUSTODIO, Helita Barreira. Crueldade contra animais e a proteção destes como relevante questão jurídico-ambiental e constitucional. In *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n.7, p.54-86, jul./set., 1997. p. 60-61.
- DIAS, Edna Cardozo. *A tutela jurídica dos animais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- _____. Experimentos com animais na legislação brasileira. In *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDUA*, Belo Horizonte. ano 4. n.24. p. 2909-2926, nov/dez. 2005.

- ÉBOLI, Evandro. Cientistas pedem ao Congresso regulamentação do uso em laboratório. In *Jornal O Globo*. Rio de Janeiro: Ciência, 14.11.2007.
- GIOVANA, Girardi. Florianópolis proíbe estudo com cobaias. In: *Folha de São Paulo*. São Paulo, segunda-feira, 10 de dezembro de 2007.
- GREIF, Sérgio. *Alternativas ao uso de animais vivos na educação – pela ciência responsável*. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2003.
- FELIPE, Sônia T. Dos Direitos morais aos Direitos Constitucionais: Para além do especismo elitista e eletivo. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007.
- LEVAI, Laerte Fernando, *Direito dos Animais*. O direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.
- _____. Crueldade Consentida – crítica a razão antropocêntrica -. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan./dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.
- LOURENÇO, Daniel Braga. A Plataforma do “mínimo realizável” e as “linhas” de Wise. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007. p. 212.
- _____. A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. ano 13. abril/jun. nº51. São Paulo: RT, 2005. p. 307.
- MENICALI, Stefania. La sperimentazione animale. Aspetti giuridici e sociologici. In *L'altro diritto: Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*. Università di Firenze. Disponível em: <<http://www.altrodiritto.unifi.it/marginal/menicali/index.htm>>. Acessado em: 02 de dez. De 2007.
- PAIXÃO, Rita Leal, Aspectos éticos nas regulamentações das pesquisas em animais. In *SCHRAMM, Sergio Rego [et al.] Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ: Editora Fio Cruz, 2005.
- _____. *Experimentação animal: razões e emoções para uma ética*. [Doutorado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública; 2001.
- RODRIGUES, Danielle Tetü. *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*. Curitiba: Juruá, 2006.
- REGAN, Tom. *Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos animais*. Porto Alegre: Lugano, 2006.
- _____. Progress without pain: the argument for the humane treatment of research animals. In *Foreword: Animal Rights and the Law. Saint Louis University Law Journal*. Vol. 31. n. 3. September 1987. p. 513-517.

- _____. Introdução – Nação do Direito Animal. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.
- SANTANA, Heron José. *Abolicionismo Animal*. 2006. Tese (Doutorado). FadUFPE – Recife.
- _____. Os crimes a fauna e a filosofia jurídica ambiental. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.
- SANTANA, Luciano Rocha & OLIVEIRA, Thiago Pires. Guarda Responsável e Dignidade dos Animais. In: *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 1, n. 1, (jan/dez. 2006). Salvador: Instituto de Abolicionismo Animal, 2006.
- SANTANA, Luciano Rocha e MARQUES, Marcone Rodrigues. Maus tratos e crueldade contra animais nos Centros de Controle de Zoonoses: aspectos jurídicos e legitimidade ativa do Ministério Público para propor Ação Civil Pública. In *BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, de 03 a 06 de junho de 2002: 10 anos da ECO-92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável. São Paulo: IMESP, 2002.
- SILVA, Luciana Caetano da. & BARETTA, Gilciane Allen. Algumas considerações sobre a crueldade contra os animais na Lei 9.605/98. In *PRADO, Luiz Régis. (coord.) Direito Penal Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Cerezo Mir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- SILVA NETO. Manoel Jorge e, *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela penal do meio ambiente: breves considerações atinentes à lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SWEDEN, Swedish Code of Statutes. *The Animal Welfare Act – The Animal Welfare Ordinance*. In *Ministry of Agriculture 2007*. Stockholm Sweden, October 2007.
- VIDA, Samuel. Sacrifício animal em rituais religiosos liberdade de culto versus direito animal (parte 1). In *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 2, n. 1, (jun. 2007). Salvador: Evolução, 2007.
- WEIHE, W. H., Regulation of Animal Experimentation. The International Experience: Switzerland. In *Acta Physiologica Scandinavica* 128, 1986 .

XVIII

EDUCAÇÃO E TRABALHO: DIREITOS FUNDAMENTAIS COMPLEMENTARES?

Vanessa Vieira Pessanha

Bacharel em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS). Bacharel e Licenciada em Letras Vernáculas pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestranda em Direito Privado e Econômico pela UFBA.

RESUMO: O presente trabalho objetiva demonstrar a relação direta de melhoria na qualidade de vida da sociedade brasileira com a efetivação do direito à educação e sua repercussão no direito ao trabalho. Para tanto, inicialmente o foco é o direito à educação, com as previsões constitucionais pertinentes e tópicos relevantes desse direito fundamental. Em seguida, o direito ao trabalho passa a ser o alvo dessa exposição, tratando-se da diferença em relação ao direito do trabalho, da importância do trabalho na história da humanidade e o trabalho enquanto valor assegurado pela Carta Magna de 1988. No momento subsequente, o enfoque propriamente dito do texto é apresentado, imiscuindo-se os direitos sociais em tela de maneira a demonstrar a relevância da educação na concretização do direito ao trabalho, finalizando com algumas considerações acerca do tema abordado.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the direct relationship between the improvement of the Brazilian society's quality of life connected

with the effectiveness of the right to education and its impact on the right to work. Thus, initially the focus is on the right to education, with its respective constitutional forecasts relevant and relevant topics about this essential right. Afterwards, the right to work becomes the target of it concerning the difference related to labour law, the importance of the work in the history of mankind and work as a value provided by the Federal Constitution of 1988. Finally, the main idea is presented, demonstrating the social rights associated with the relevance of education when talking about the right to work and being concluded with some considerations about the topic approached.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à educação; Direito ao trabalho; Direitos fundamentais; Efetivação; Melhoria social.

KEYWORDS: Right to education; Right to work; Essential Rights; Effectiveness; Social improvement.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito à educação – 3. Direito ao trabalho – 4. Educação e trabalho: direitos fundamentais complementares – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a realidade de descumprimento no que tange à efetivação de diversos direitos sociais, destacam-se os direitos à educação e ao trabalho no

quadro jurídico-social brasileiro. O presente trabalho enfoca o entrelaçamento dos direitos elencados, visando à demonstração da influência direta que geralmente exerce a educação na concretização do direito ao trabalho de maneira digna.

As questões de acesso à escola (e permanência), bem como o difícil ingresso no mercado de trabalho, são constante alvo de protestos, em virtude de essas dificuldades perpassarem áreas que deveriam gozar de um tratamento privilegiado, justamente por consistirem em aspectos de grande interesse em um Estado que se propõe social.

Alguns autores já enfrentaram o tema da profissionalização do empregado em produções acadêmicas, entretanto, quando se pontua a educação como um todo (desde a educação básica, passando não apenas pelos níveis, como também pelas modalidades de ensino), o assunto é pouco discutido, em que pese ser considerado de grande relevância dentro do contexto das comunidades humanas, especialmente nos países subdesenvolvidos – nos quais a efetivação de direitos sociais costuma ser bastante precária.

Inicialmente, será apresentado o direito à educação, com algumas peculiaridades e informações importantes acerca da sua configuração atual. Em seguida, o enfoque é modificado para o direito ao trabalho, com suas nuances na contemporaneidade. Logo após, far-se-á uma discussão que entrelaça ambos, enquanto direitos fundamentais pouco respeitados e que têm implicação direta nas relações de diversas naturezas que são verificadas no convívio social, já que a vida em sociedade é extremamente complexa e são inúmeros os fatores capazes de modificá-la. Por fim, algumas considerações finais são oferecidas, com o escopo de sintetizar as discussões, buscando refletir sobre o que se verifica hodiernamente e a possibilidade de mudança dessa situação não adequada à necessidade de uma sociedade plenamente desenvolvida e que preserve a dignidade humana.

Educação e trabalho: direitos fundamentais complementares? Para responder a essa pergunta, tratar-se-á, primeiramente, do direito social à educação.

2. DIREITO À EDUCAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trata da educação na Seção I (Da Educação) do Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto) do Título VIII (Da Ordem Social).

Silva (2004, p. 312) pontua que “as normas [...] elevam a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos”. Tal é a importância da educação na formação do indivíduo que passa a ser considerada um direito fundamental que deve ser provido pelo Estado.

Na CF/88 (BRASIL, 1988), consta a seguinte redação:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O art. 206 da CF/88, por sua vez, apresenta em seus incisos os princípios acolhidos pelo legislador constituinte acerca da educação, a exemplo da gratuidade do ensino público, valorização dos respectivos profissionais e liberdade.

Silva Neto (2006, p. 634) considera os arts. 205 e 206 “exemplos de cláusulas programáticas invariavelmente desrespeitadas”, asseverando que “o direito social à educação acentua a distância havida entre o projeto constitucional e a realidade física, na qual as políticas públicas na área educacional estão em franco descompasso às determinações constitucionais”.

De fato, o quadro do sistema educacional no Brasil difere – e muito – dos parâmetros estabelecidos pela Carta Magna de 1988.

O direito à educação em sua plenitude, promovendo uma análise crítica do assunto, pode ser considerado um direito social historicamente destinado a poucos. As conseqüências dessa afirmação são perceptíveis na atualidade por meio de muitos problemas sociais, dentre os quais é possível citar a miséria, a violência e o próprio desemprego.

A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha [...] quando declara que ela é um *direito de todos e dever do Estado* (SILVA, 2004, p. 817, grifo do autor).

Bezerra (2007, p. 166), por sua vez, oferece sua contribuição a respeito do processo educacional:

[...] a educação [é] um processo que consiste em ajudar o educando a atingir a sua plena formação de homem, o seu crescimento, o seu desenvolvimento, a sua maturidade, um melhor funcionamento e uma maior capacidade de enfrentar a vida, aclarando os seus horizontes nas imagens da incerteza e permitindo que ele atinja a maturidade espiritual para se auto-dirigir, numa verdadeira e plena liberdade [...].

O papel da educação no processo de formação do indivíduo é praticamente incontestado, contudo o respeito a esse direito fundamental não é verificado a contento, levando a severas discussões e a uma tentativa dos juristas de procurar categorias cada vez mais importantes para envolvê-lo, de maneira a preservar seu valor e buscar uma proteção intangível no que concerne ao seu núcleo essencial.

Para Bezerra (2007, p. 185), “a educação [...] é um direito humano, no sentido de que é inerente a todo ser humano como tal, e fundamental, da espécie, a um tempo social e cultural”.

É extremamente significativa a contribuição que Covre (1983, p. 195) apresenta para a compreensão do assunto em foco, afirmando que, sob uma perspectiva da lógica do pensamento dominante, a educação conta com duas facetas: direito social do cidadão e propiciadora de um fator do capital (melhoria da qualificação da mão-de-obra).

Para Covre (1983, p. 195), “do primeiro prisma [...], diz respeito ao universo do consumo de um ‘bem’, o cultural, e [...], aumentando as oportunidades de emprego, possibilita maior participação no consumo dos bens gerados pela sociedade tecnológica”. Informa, ainda, que a educação pode ser pensada como política social, diretamente relacionada à questão do pleno emprego, sendo útil, assim, ao processo de legitimação da idéia em destaque. Já no que diz respeito à segunda acepção, “está intimamente vinculada ao desenvolvimento que se fez com base na tecnologia, na criação e implementação dessa tecnologia e sua relação com maior produtividade” (COVRE, 1983, p. 195).

Note-se que a autora apresenta uma posição visivelmente crítica desse direito social, cada vez mais compatível com a realidade na qual se vive atualmente. Além disso, sua abordagem encaminha a educação para a perspectiva da discussão acerca do mundo do trabalho.

O direito à educação consiste em um dos direitos considerados de suma importância na sociedade moderna. Quando se pensa em prestação estatal, ele logo surge como um dos parâmetros para que se considere um governo como satisfatório ou não no atendimento às necessidades fundamentais do cidadão. Falar em educação trata-se, destarte, do desenvolvimento pleno da pessoa humana.

Reconhecida a relevância da educação para a formação do indivíduo e a conseqüente necessidade de proteção desse direito fundamental, passar-se-á à explanação sobre o direito ao trabalho.

3. DIREITO AO TRABALHO

Vale iniciar destacando a necessidade de uma análise com a devida parcimônia acerca de alguns discursos de legitimação do trabalho. Para Zerga (2007, p. 43-45), por exemplo, a centralidade do trabalho na vida humana e sua direta relação com a dignidade e o desenvolvimento da personalidade servem como pilares para a construção do ordenamento. O autor defende que o trabalho é um privilégio, pois,

enquanto a pessoa trabalha, transforma a natureza, a adapta às suas necessidades e pode chegar a compreender seu sentido – diferença essencial entre a atividade humana e animal. É um direito e um dever expressando, por um lado, a obrigação de servir socialmente e, por outro, a dignidade pessoal.

Como ponto inicial, é essencial ressaltar que não se nega a função primordial do trabalho dentro da sociedade; trata-se de algo que conduz, no decorrer da história, ao sucesso ou fracasso de muitas sociedades. Ocorre, todavia, que um discurso ingênuo, apenas direcionado à exposição do lado positivo do trabalho, não pretende ser adotado nesse artigo, haja vista a necessidade de reflexão que sempre deve permear a academia.

O trabalho, *a priori* associado tão somente àqueles que não contavam com a possibilidade de ter pessoas que o fizessem (escravidão), com o passar dos anos foi adquirindo outra conotação. É bem verdade que, inicialmente, essa mudança de paradigma busca legitimar a idéia de que aqueles que não detinham os meios de produção deveriam trabalhar porque essa foi a escolha da divindade para as suas vidas.

Na atualidade, entretanto, não cabe promover grandes elocuições maniqueístas acerca do tema. Efetivamente, de modo geral, exercer uma atividade laboral faz parte do cotidiano do ser humano e essa prática possibilita seu sustento e o de sua família – o que, por si só, traz a carga de dignidade bastante aludida pelos doutrinadores. No entanto, o que ocorre muitas vezes é o excesso nessa preleção, fazendo com que o labor ocupe tamanho espaço na vida do indivíduo que o impossibilite de desempenhar bem outros papéis sociais, a exemplo da cidadania em sua plenitude.

Apesar da necessidade de uma leitura crítica do quanto apresentado acima, pode-se afirmar que o direito ao trabalho cumpre uma relevante função dentro de uma economia capitalista. É o trabalho que impulsiona a economia, que promove a circulação de riquezas por meio da divisão (ainda que não igualitária) do capital entre aqueles que detêm os meios de produção e os que vendem sua força de trabalho, único bem do qual dispõem.

O direito ao trabalho é um direito fundamental agasalhado na CF/88 (art. 6º) e difere do direito do trabalho, ramo do Direito destinado a soluções de conflitos oriundos das relações de trabalho – nas palavras de Almeida (2005, p. 1), “a relação capital *versus* trabalho é o objeto central da jurisdição trabalhista”.

Delgado (2007, p. 87) oferece sua explicação para a formação do Direito do Trabalho:

O Direito do Trabalho surge da combinação de um conjunto de fatores, os quais podem ser classificados em três grupos específicos: fatores econômicos, fatores sociais, fatores políticos. Evidentemente que nenhum deles atua de modo isolado, já que não se compreendem sem o concurso de outros fatores convergentes. Muito menos têm eles caráter estritamente singular, já que comportam dimensões e reflexos diferenciados em sua própria configuração interna (não há como negar-se a dimensão e repercussão social e política, por exemplo, de qualquer fato fundamentalmente econômico).

A gênese do Direito do Trabalho, sem dúvida, é um fato complexo e de raízes históricas – como, em verdade, é o Direito como um todo, em virtude da sua natureza de regulação de fatos sociais e de ciência notadamente social.

Almeida (2005, p. 7) reforça a importância da existência do Direito do Trabalho para a sociedade:

Direito do Trabalho é um núcleo de resistência ao dito “capitalismo selvagem”, onde o lucro justifica tudo, inclusive a exploração sem limites da força de trabalho. Neste aspecto, o Direito do Trabalho torna-se um alvo porque, mitigada a sua aplicação, todo o sistema organizado fica enfraquecido.

Trazendo mais uma reflexão sobre o assunto, como lembra Palomeque (2001, p. 15-16), a razão de ser do Direito do Trabalho precisa ser vista de uma outra ótica. São conquistas históricas alcançadas a duras penas pelos trabalhadores, contudo precisam ser percebidas também como molduras exatas de migalhas que são oferecidas ao trabalhador como forma de conter o caos social e permitir, assim, a continuidade do sistema capitalista.

Almeida (2005, p. 9) afirma ainda que “constitui-se numa relevante ameaça à democracia o momento em que a cidadania do trabalhador e a mensuração de seu labor é (sic) desrespeitado diuturnamente. Só se pode falar em Estado Democrático quando se asseguram efetivamente normas protetivas ao trabalhador”. E é justamente esse o papel que cumpre o Direito do Trabalho: o de guardião do mínimo de dignidade para o trabalhador.

Sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, tão festejado e considerado como parâmetro máximo de restrição de direitos fundamentais (FREITAS, 2007, p. 175), “de fato, faltando as condições materiais mínimas, [...] a dignidade da pessoa humana não estará sendo respeitada” (MEIRELES, 2005, p. 223).

O trabalho consiste em uma figura tão intrincada que levou à criação de um ramo jurídico para promover um tratamento mais individualizado, devido à necessidade de uma regulação eficaz por conta da importância que exerce em toda a engrenagem social. A tensão *capital x trabalho*, bastante explorada pela

doutrina juslaboralista, funciona como um fator decisivo para a proteção do trabalho humano. O Estado percebeu empiricamente que a não existência de normas disciplinadoras das atividades laborais leva ao caos social, em função da sede por mais capital gerada pelo próprio capital.

Alguns princípios desse ramo jurídico – a exemplo da imperatividade das normas trabalhistas, da condição mais benéfica e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas – evidenciam o valor *trabalho* no contexto de uma sociedade, ajudando a dar o contorno de uma busca pelo equilíbrio da relação acima elencada, naturalmente tendente para o lado do capital (DELGADO, 2007). De acordo com Almeida (2005, p. 3), “garantir a mínima dignidade aos trabalhadores é o que informam todos os princípios peculiares da seara trabalhista”.

Darcanchy (2001, grifo do autor) manifesta-se acerca da formação do direito fundamental ao trabalho:

O trabalho, concebido na antigüidade clássica como um castigo, algo penoso representa em nossos dias um bem de valor imensurável. Assim, também, o direito ao trabalho, um dos valores sociais fundamentais trazidos pela Revolução Francesa, que sempre esteve axiologicamente associado ao dever de trabalhar como uma obrigação exigível à sociedade enquanto direito, e ao indivíduo enquanto dever.

O trabalho como algo exigível para completar a vida humana digna – uma das facetas apresentadas pela autora supracitada – configura exatamente a noção de direito ao trabalho, uma vez que tem embutido em si toda a carga semântica de fundamentalidade não só dessa atividade, como também (e principalmente) da possibilidade de gozo desse direito, por inúmeras vezes não observado no que tange a uma quantidade bastante expressiva de indivíduos.

De grande valor para o que vem sendo discutido até o momento é o posicionamento de Assis (2001, p. 4):

Do ponto de vista jurídico-constitucional, o direito ao trabalho remunerado nas democracias modernas é tão fundamental quanto o direito de propriedade. Ambos se relacionam com o próprio direito de sobrevivência, assim como ambos partilham a mesma qualidade de valor impessoal assegurado a todos, indistintamente. Sabemos que nem todos os homens são ou serão proprietários, assim como sabemos que nem todos os homens terão trabalho dignamente remunerado em todas as situações históricas concretas, mas as constituições democráticas modernas se fundam na possibilidade abstrata de que isso aconteça. E não poderia ser de outra forma: as constituições modernas expressam a vontade da soberania ampliada, e a soberania ampliada inclui proprietários e aqueles que só têm como meio de sobrevivência a venda da própria força de trabalho.

O autor acima mencionado destaca o caráter de direito fundamental do direito ao trabalho, demonstrando a sua relação de relevância na vida do ser humano ao

evidenciar a ligação direta com a sobrevivência, uma vez que os trabalhadores geralmente dispõem apenas da sua força de trabalho e é dela que precisam buscar recursos para a sua subsistência. Como bem lembra, a situação ideal de uma sociedade é aquela na qual seja possível que todos os cidadãos tenham um trabalho dignamente remunerado.

Assis (2001, p. 6) vai além em suas afirmações, buscando comprovar a fundamentalidade do direito ao trabalho:

Na realidade, o próprio conceito de igualdade, inerente à democracia, contém implícito o princípio do direito ao trabalho, na medida em que o processo histórico ampliou a cidadania para nela incluir os não proprietários, que dispõem apenas da aplicação e venda do produto de sua força de trabalho para sobreviver. Nesse sentido, o direito ao trabalho é uma subcategoria do direito de sobrevivência, inerente à cidadania, num nível superior ao do direito de propriedade, uma vez que este pode ser modificado e regulado para atender ao primeiro.

O direito ao trabalho efetivamente está ligado à igualdade. A isonomia material busca valorizar o tratamento diferenciado para aqueles que dele necessitam, justamente porque só assim se alcança a igualdade de fato – situação que pode ser aplicada àqueles que não detêm os meios de produção e, por essa razão, precisam de um labor para viver dignamente.

Ter direito ao trabalho é, em última análise, ter direito à sobrevivência digna. Sua importância é tamanha que, ao longo da história da humanidade (com a ampliação da idéia de cidadania a todos os indivíduos), ganhou maior visibilidade e importância que o direito à propriedade. O direito à propriedade era considerado absoluto, contudo esse entendimento foi modificado com a evolução da idéia de dignidade da pessoa humana como parâmetro fundamental para a vida em sociedade e, atualmente, trata-se de um direito bastante relativizado (em comparação à sua disciplina jurídica inicial), até mesmo em função do direito ao trabalho – ao qual, hodiernamente, é atribuído um valor social maior que ao primeiro.

De acordo com a CF/88, o trabalho consiste em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º). Almeida (2005, p. 4-5) explica esse fato:

A Constituição Federal é um marco instrumental de mudança de paradigma social porque adota valores que norteiam toda a interpretação das leis e imprime ao aplicador do direito uma nova tônica. Esta tônica é voltada para a satisfação dos interesses garantidos nos preceitos constitucionais, conferindo-lhes o valor axiológico e pragmático concretos, de modo a favorecer que os direitos se efetivem.

No art. 1º da Constituição de 1988 (CF/88) encontramos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos de construção da sociedade brasileira, concebida inserta no Estado Democrático de Direito. O trabalho

é compreendido como instrumento de realização e efetivação da justiça social, porque age distribuindo renda.

Além dessa menção tão significativa do trabalho desde o primeiro artigo da Lei maior brasileira, ele aparece também no Título *Da ordem econômica e financeira*, *in verbis*: “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: [...] VIII – busca do *pleno emprego* [...]” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

É interessante observar que a valorização do trabalho é apontada como um dos pilares da ordem econômica brasileira. De fato, o trabalho estabelece relação direta com a economia, contudo não é apenas essa ligação que é pontuada pelo legislador constituinte: a valorização é um forte indício de que se quis ir além, demonstrando a necessidade de focar o ser humano em si, indício que se confirma na leitura do artigo acima citado, quando menciona expressamente o imperativo de assegurar uma existência digna.

Um dos princípios elencados no art. 170 da CF/88 é a busca do pleno emprego, fato que corrobora a tese aqui advogada de que o trabalho digno é o foco pretendido pela Constituição para os cidadãos que se encontram sob a sua égide.

Para finalizar esse tópico, faz-se oportuna uma reflexão produzida por Almeida (2007, p. 2) acerca do trabalho:

O princípio constitucional da valorização do trabalho emerge como uma forma de proteção humanística ao trabalhador, tão desvalorizado em razão dos resultados econômicos de sua exploração. É preciso reestruturar todo o pensamento social acerca do trabalho, envolvendo a sociedade numa discussão ampla e irrestrita sobre o papel do trabalho no mundo contemporâneo, discutindo desafios e perspectivas, visando (sic) encontrar soluções para a atual crise pela qual o Direito do Trabalho passa.

Ter-se-á, agora, a discussão acerca da influência estabelecida pelo direito à educação (item 2) no direito ao trabalho.

4. DIREITO À EDUCAÇÃO E DIREITO AO TRABALHO: DIREITOS FUNDAMENTAIS COMPLEMENTARES

De acordo com a doutrina especializada, tanto o direito à educação como o direito ao trabalho são considerados direitos fundamentais, sobre os quais se discorrerá um pouco nesta oportunidade.

Os direitos fundamentais possuem quatro características essenciais, como explica Silva Neto (2006, p. 465):

O caráter histórico dos direitos fundamentais está representado pela circunstância de que a sua consolidação se dá por meio do passar do tempo, do percurso histórico.

São direitos que se situam fora do comércio jurídico, não podendo ser alienados.

Fundamentais que são, a ausência de exercício durante determinado lapso temporal não implica prescrição.

E, por fim, são irrenunciáveis, o que importa concluir que não é válida a manifestação de vontade do indivíduo tendente a consumir denúncia.

A imprescritibilidade e a irrenunciabilidade ganham destaque sob a ótica ora proposta, tendo em vista a não verificação de gozo dos direitos em tela (à educação e ao trabalho) de forma satisfatória por boa parte da população do Brasil. O não exercício desses direitos, portanto, não significa dizer que estão prescritos e os cidadãos não podem abdicar deles. Trata-se de direitos que compõem a esfera de complementação de uma vida digna à qual todos devem ter acesso.

Os direitos sociais representam uma conquista democrática e configuram um dos motivos pelos quais se convencionou chamar a Carta Magna vigente de “constituição cidadã”. Amplamente difundida é a previsão constitucional dos direitos sociais, no *caput* do art. 6º da Constituição Federal de 1998 (CF/88), *in verbis*: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Para Silva Neto (2006, p. 551, grifo nosso), os direitos sociais são “direitos fundamentais dirigidos contra o Estado a determinar a exigibilidade de prestações no que se refere a *educação*, saúde, *trabalho*, lazer, segurança e previdência social”. O autor afirma que “diferem [...] dos direitos e garantias individuais na medida em que impõem obrigação comissiva ao Estado, comando positivo representado por um mínimo em termos de realização do projeto social” (SILVA NETO, 2006, p. 551).

O supracitado autor elenca alguns direitos sociais, dentre os quais aparecem a educação e o trabalho, focos dessa produção acadêmica – o que demonstra a relevância de ambos dentro do sistema jurídico e até mesmo da compreensão da esfera inerente ao ser humano.

Silva (2004, p. 285) também apresenta sua contribuição acerca do conceito dos direitos sociais:

[...] como dimensão social dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta e indiretamente, enunciadas em normas

constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com exercício efetivo da liberdade.

Identificar os direitos sociais como uma tentativa de aplicação do princípio da isonomia consiste em uma perspectiva de grande valia no tratamento que se procura dar ao tema no presente trabalho, haja vista o enfoque humano que esses direitos adquirem, dando-lhes contornos de suma importância para a defesa de sua concretização.

De acordo com Meireles (2005, p. 90), “[...] as normas de direitos sociais surgem como direitos de segunda dimensão, eis que sucedem os clássicos direitos de liberdades, tidos como espécies normativas de primeira dimensão”.

Os direitos em tela fazem parte, destarte, dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, diretamente relacionados à perspectiva do homem enquanto ser integrante de uma comunidade (vida em sociedade).

Silva Neto (2006, p. 464) explica o surgimento dos direitos fundamentais de segunda geração:

A deflagração da Revolução Francesa, amparada no ideário de liberdade individual e política, determinou o surgimento dos direitos fundamentais de primeira geração, marcados pelo signo da ausência do estado das questões individuais: os direitos civis e políticos.

Contudo, o Estado que se atrelava à idéia do *laisser-faire laisser-passer*, omitindo-se, foi responsável pela agudização das desigualdades sociais.

Surgiram, assim, os direitos de segunda geração: os direitos sociais ou direitos à prestação, tais como o direito ao trabalho, à seguridade, à segurança, lazer, moradia.

Como é possível inferir da leitura do trecho acima, os direitos sociais surgem como uma forma de conter o abismo social que se formava com extrema rapidez durante o liberalismo econômico, trazendo a idéia de que o Estado deveria, sim, intervir em alguns momentos, sob pena de se formar um caos generalizado que inviabilizasse a vida em sociedade e a concretização da dignidade dos cidadãos.

De pronto, faz-se necessário superar a discussão acerca da eficácia imediata ou não desses direitos, afirmando que “[...] hoje, já não se pode mais acatar esta noção de norma programática. Há de se reconhecer a sua natureza de norma jurídica dotada de eficácia e aplicabilidade na medida de suas possibilidades” (MEIRELES, 2005, p. 92).

É interessante notar a ressalva da autora de que essa aplicação deverá ser na medida de suas possibilidades (limite fático), contudo essa não deve ser uma nova brecha para que continue a prática de descumprimento dos direitos sociais. Ultrapassada a discussão sobre a aplicabilidade imediata ou não desses direitos, não se deve oferecer vulto extremado a um novo argumento que surge no intuito de restringir o gozo de direitos de tamanha estima.

As relações de trabalho, notadamente, estão sujeitas a freqüentes afetações. Quando se pensa em direito ao trabalho, a raiz dos questionamentos cresce em abstração em virtude do caráter de direito subjetivo, contudo sua relação direta com outros institutos e as conseqüências no mundo fático podem ser consideradas de grande extensão e importância, diante da inegável dinâmica social. Quase que de maneira imediata, surgem ilações a respeito do papel que ocupam os trabalhadores na atividade produtiva e, por conseguinte, da inegável influência direta do cerceamento na fruição do direito à educação para a economia como um todo.

É nítida a proximidade do tema em debate com a economia, uma vez que o trabalhador consiste em uma figura que simboliza o desenvolvimento da maior parte das atividades produtivas.

Covre (1983, p. 195-196) apresenta o processo que considera como o de desenvolvimento das sociedades:

Capital externo e concomitante inovação tecnológica levam a uma maior produtividade, que, por sua vez, propicia maior acumulação e conseqüente investimento, que vêm possibilitar maior oferta de empregos e que, ao incorporar maior número de ‘cidadãos’ ao mercado, diminui o ‘círculo vicioso’ da pobreza, próprio dos países subdesenvolvidos.

Em que pese a lógica do raciocínio apresentada pela autora, na prática tudo ocorreu de maneira bem diferente. A seqüência de idéias de crescimento que forneceu faz parte da chamada *teoria do bolo*, uma teoria econômica segundo a qual o crescimento levaria, como resultado necessário e imediato, ao desenvolvimento (inclusive social), provocando a tão esperada mudança na situação socioeconômica do país. Ocorre, no entanto, que essa relação de causa e efeito não se consumou. Em verdade, houve o crescimento econômico, porém a riqueza passou a ficar cada vez mais concentrada na mão de poucos, o que, conseqüente, não levou ao desenvolvimento social – muito pelo contrário, aumentou o abismo que já se verificava historicamente.

No mesmo sentido, Almeida (2005, p. 3):

O significado mais importante do trabalho é a dignidade que confere ao ser humano, constituindo-se em equívoco vislumbrá-lo apenas em sua dimensão

econômica, desumanizada. Até na questão do desenvolvimento de um país, o fator mais relevante, dentro de uma lógica humanística, é a qualidade de vida dos cidadãos e não apenas percentuais de crescimento e localização topográfica em lista numérica de países mais pujantes economicamente.

É bem verdade que uma situação economicamente positiva pode trazer grandes benefícios, especialmente em uma economia globalizada como a atual, contudo não basta a riqueza, é necessário reparti-la de maneira a melhorar a qualidade de vida da população.

Embora a teoria econômica apresentada por Covre tenha sido superada com o passar dos anos, nesse ponto é claro o diálogo da autora com a *teoria da causação circular cumulativa* de Gunnar Myrdal – sendo a segunda ainda aceita e respeitada no mundo acadêmico.

De acordo com Myrdal (1968), a causação circular cumulativa pode ser positiva (países desenvolvidos) ou negativa (típica dos países subdesenvolvidos). O movimento de crescimento e desenvolvimento econômico, portanto, ocorre em sentido ascendente nos países ricos e descendente nos países pobres. Em outras palavras, a riqueza gera riqueza e, por sua vez, a pobreza tende a gerar cada vez mais pobreza.

É oportuno pontuar que a causação circular cumulativa negativa não muda sozinha, haja vista ser ela a fonte que alimenta os países desenvolvidos. Dialogando com o autor, Cardoso e Faletto (1969) explicam que, por si própria, essa situação não se modifica, uma vez que é interessante para os países desenvolvidos que tudo continue dessa forma para que eles possam seguir crescendo cada vez mais, em larga escala, às custas da riqueza que retiram dos países subdesenvolvidos. Eles sugerem que estes países unam forças para desenvolverem uma possibilidade de crescimento alternativo, sem a necessidade de uma revolução socialista (grande preocupação à época), de maneira a conseguir se livrar da dependência econômica em relação aos países desenvolvidos à qual costumam estar atrelados.

No entendimento de Myrdal (1968), reside justamente aí a necessidade da intervenção estatal para modificar essa situação negativa. Na visão do economista, o Estado deve atuar para promover uma mudança nesse quadro econômico. O Estado, por sua vez, pode atuar de diversas formas, figurando entre elas o investimento maciço em educação. Embora seja um investimento considerado de médio/longo prazo pelos pesquisadores, tem retorno praticamente garantido, como demonstra, de maneira irrefutável, a trajetória de alguns países (a exemplo do Japão e da Alemanha).

Pensando, nesse momento, sob a ótica de direitos constitucionalmente garan-

tidos e a sua efetivação, o princípio do não retrocesso social, ao invés de servir de simulacro jurídico para um programa de governo no panorama constitucional brasileiro, poderá representar exatamente o contrário: um mecanismo de amparo dos indivíduos em face do exercício do poder político e das cambiantes plataformas de governo (DERBLI, 2007, p. 291-292). Em suma, é possível fazer uso do princípio do não retrocesso social como uma espécie de defesa diante de tentativas de subtrair o que já foi conquistado, lembrando que o mesmo autor afirma em sua obra estar esse princípio constituído não só pela impossibilidade de retorno, como também pela necessidade de avanço, visto que a estagnação poderia ser, dentro de uma dinâmica social tão grande como a que se verifica, o mesmo que um retrocesso (DERBLI, 2007).

Bezerra (2007, p. 81, grifo do autor) reforça esse entendimento:

[...] o princípio [do não retrocesso social] quer é exatamente conceder, a esses direitos fundamentais essenciais, uma *eficácia mais reforçada do que aquela atribuída aos direitos de defesa em geral*, senão não teriam por que ser fundamentais. [...] o mínimo de existência condigna é parâmetro de manutenção do núcleo essencial de qualquer direito, isto é, permite-se a restrição a direitos, desde que não represente um retrocesso que leve à perda do *mínimo de existência condigna*, que configura, por seu turno, *um núcleo essencial*.

É fato que esses direitos ganham novas perspectivas e possibilidades de aplicação a depender do enfoque que se pretende dar e do referencial por meio do qual se vislumbra os problemas do cotidiano. Entretanto, faz-se imprescindível lembrar que os direitos à educação e ao trabalho, enquanto direitos sociais constitucionalmente protegidos, devem ser respeitados e efetivados tanto quanto possível (e sempre avançando), haja vista o evidente interesse social e os benefícios que podem ser verificados com essa medida.

Faz-se interessante ressaltar que um dos objetivos estabelecidos pelo legislador constituinte para a educação é a qualificação para o trabalho (arts. 205 e 214 da CF/88), fato que demonstra, até do ponto do vista legislativo, a importância do processo educacional para a concretização do direito ao trabalho.

É justamente por um prisma diferenciado que se busca analisar o enlace entre os direitos sociais em foco, com suas contribuições nas relações laborais e, conseqüentemente, na economia como um todo.

Há pesquisas demonstrando a sobra de empregos no mercado quando se trata de cargos de alta qualificação, ao passo que se verifica um “inchaço” quanto às vagas para as quais o nível de escolaridade do candidato é mínimo. Esse fato social representa um indicativo de que há algo errado na condução do processo

educacional ao qual está submetida a grande maioria da população brasileira. Vale destacar que a educação deve ser pensada como um direito do indivíduo e a educação básica é o complemento inicial da formação da pessoa, dentro desse parâmetro de sociedade desenvolvida que foi estabelecido ao longo dos anos.

A distribuição de renda também deve ser observada como um fator relevante na reflexão acerca do direito à educação e sua afetação no direito ao trabalho, por conta da possibilidade de melhor circulação da riqueza, descentralizando-a das mãos de uma minoria e melhorando a qualidade de vida de muitos. Com o povo recebendo salários melhores, mais dinheiro estará em circulação e, como consequência, o desenvolvimento será mais facilmente verificado. Esse seria um caminho que possivelmente aumentaria o grau de desenvolvimento econômico, social e cultural do país.

Vislumbra-se uma perspectiva de aproximação e influência direta do direito à educação como um instrumento de melhoria da situação socioeconômica brasileira, uma vez que, ao que tudo indica, um investimento eficaz na educação (em seus diversos níveis) pode ser uma das soluções para o problema do abismo social que se verifica no Brasil, especialmente no que tange à sua capacidade de incidência direta no fator empregabilidade, tão caro nas sociedades hodiernas.

Diante de tudo quanto exposto, percebe-se a implicação direta da educação na efetivação do direito ao trabalho, pois, uma vez oferecidas ao indivíduo ferramentas básicas para se desenvolver (no caso em tela, um mínimo de escolarização e com qualidade), é provável que se alcance um patamar mais justo de suprimento das carências sociais por meio da inserção desse indivíduo no mercado de trabalho, gerando uma maior distribuição de renda e, conseqüentemente, um incremento na circulação da riqueza – que, como num ciclo, caminha para um maior desenvolvimento.

Por fim, traz-se um trecho da obra de Bezerra (2007, p. 62) para a reflexão que se amolda perfeitamente à situação atual do Brasil, no que tange aos direitos fundamentais: “há a necessidade que ultrapassa o simples reconhecimento e inserção em textos legais, de direitos fundamentais, necessitando-se de mais solidez e fundamentação à dinâmica de reconhecer direitos e oferecer mecanismos de proteção aos mesmos”.

Mais que previsão constitucional, urge a efetivação dos direitos fundamentais à educação e ao trabalho, como forma de melhoria da realidade social brasileira.

Destarte, é possível afirmar que o direito à educação e o direito ao trabalho são direitos fundamentais complementares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apresentam-se, nesse momento, algumas considerações acerca do tema pouco visitado, por vezes polêmico e de tão grande importância para o efetivo desenvolvimento social digno.

Levando-se em consideração a imperiosa necessidade de que o Direito esteja vinculado a soluções de conflitos postos e a ciência como um todo vislumbre uma prática detentora de funcionalidade, é possível afirmar que, estando o direito à educação com sua materialização cada vez mais próxima do patamar de um Estado justo, solidário e cumpridor dos direitos sociais, caminhará também para uma significativa melhora a questão do direito ao trabalho, haja vista a inserção de ambos no mesmo panorama social, com implicações diretas da efetivação do primeiro no quadro econômico do país.

É utilizada como ponto de partida a idéia de que o direito ao trabalho representa não só um direito social constitucionalmente protegido, mas também uma representação jurídica de aspectos ideológicos e econômicos relevantes, tendo em vista o quão inoportuno é para o modelo capitalista ter pessoas que não estejam participando do cotidiano de circulação de riquezas, que não sejam consumidores em potencial dentro desse sistema.

Além disso, quando o foco é o trabalho, este deve ser considerado, desde sua acepção inicial, como palavra que carrega a carga semântica de dignidade. A educação, dessa forma, tem relação direta com o desenvolvimento humano e permite ao indivíduo ter acesso a postos de trabalho que não atentem contra a dignidade da pessoa humana, seja em sua execução, seja quanto às garantias mínimas do trabalhador.

O objetivo precípua consiste em sopesar a influência que a educação pode exercer na mudança do quadro socioeconômico atual de pobreza e exclusão de boa parte das pessoas que se encontram dentro da faixa da população com potencial para serem consideradas economicamente ativas, fator que gera inúmeras consequências jurídicas no convívio social.

Buscou-se, portanto, demonstrar a relação direta que se estabelece entre o trabalho e a educação, de modo a desenvolver um raciocínio teórico que possa ser materializado de maneira a estimular mudanças práticas no cenário brasileiro. O crescimento econômico é apenas o primeiro passo para o desenvolvimento; para que este ocorra de fato, é necessário não apenas aquele, mas também um investimento social significativo, o qual compreende um olhar mais humano e efetivo em relação ao sistema educacional em sua totalidade, possibilitando aos

cidadãos galgar novos espaços no mercado de trabalho, caminhando sempre para a concretização da dignidade da pessoa humana – em foco, nessa oportunidade, a do trabalhador brasileiro.

Havendo a efetivação dos direitos sociais – em especial o direito à educação e o direito ao trabalho –, ressalte-se, o lucro será de toda a sociedade, que, provavelmente, ganhará contornos mais justos e iguais (em tratamento dos indivíduos e em possibilidades de futuro).

Trata-se, como dito oportunamente, de um investimento, cujos frutos a serem colhidos promoverão uma melhoria na qualidade de vida de todos.

6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A essência da Justiça Trabalhista e o inciso I do artigo 114 da Constituição Federal de 1988: uma abordagem principiológica*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto873.rtf>. Acesso em 20 dez. 2007.
- ASSIS, José Carlos de. *Igualdade de Direito ao Trabalho*. 2001. Disponível em: <www.redem.buap.mx/word/2001assis.doc>. Acesso em: 20 dez. 2007.
- BEZERRA, Paulo César Santos. *Temas atuais de Direitos Fundamentais*. Ilhéus: EDITUS, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%20ao.htm>. Acesso em: 14 out. 2007.
- CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, Enzo. *Dependência e Desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica*. México: Siglo XXI, 1969.
- COVRE, Maria de Lourdes Manzini. *A fala dos homens: análise do pensamento tecnocrático (1964-1981)*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- DARCANHY, Mara Vidigal. Direito ao Trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2358>>. Acesso em: 22 dez. 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LUBISCO, Nídia M. L.; VIEIRA, Sônia Chagas. *Manual de estilo acadêmico: monografias, dissertações e teses*. 2. ed. Salvador: Edufba, 2003.

MEIRELES, Ana Cristina. *As normas programáticas de direitos sociais e o direito subjetivo*. Dissertação de Mestrado/UFBa, 2005.

MYRDAL, Gunnar. *Teoria econômica e regiões subdesenvolvidas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1968.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. *Direito do trabalho e ideologia*. Trad. Antônio Moreira. Coimbra: Almedina, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZERGA, Luz Pacheco. *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Cizur Menor (Navarra): Thomson/Civitas, 2007.

Artigos de Convidados

Fermin Roland Schramm
Walber de Moura Agra

XIX

A BIOÉTICA DA PROTEÇÃO PODE SER UMA FERRAMENTA VÁLIDA PARA RESOLVER OS PROBLEMAS MORAIS DOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO?

Fermin Roland Schramm

(ENSP/FIOCRUZ)

RESUMO: A bioética da proteção é uma proposta formulada inicialmente por pesquisadores latino-americanos, que torna explícitos conteúdos que perpassam a ética desde seus primórdios e que se referem aos problemas morais envolvidos pelas práticas que dizem respeito ao desamparo humano. Distingue-se uma bioética da proteção *stricto sensu* e uma bioética da proteção *lato sensu*, de acordo com a menor ou maior amplitude da proteção, contextualizando-a no paradigma complexo oikos-zoé-ethos-bíos-nomos-polis-oikonomia-ethiké, que permite inscrever as discussões bioéticas atuais sobre os efeitos de riscos e danos da globalização. Distinguem-se também três tipos de vulnerabilidade: vulnerabilidade primária, entendida como condição ontológica de qualquer ser vivo; suscetibilidade ou vulnerabilidade secundária; vulnerabilidade propriamente dita.

RESUMEN: La bioética de la protección es una propuesta formulada inicialmente por investigadores latinoamericanos, que torna explícitos contenidos que atraviesan la ética desde sus primordios y que se refieren a los problemas

morales involucrados por las prácticas que se refieren al desamparo humano. Se distingue una bioética de la protección *stricto sensu* y una bioética de la protección *lato sensu*, de acuerdo con la menor o mayor amplitud de la protección, contextualizándola en el paradigma complejo oikos-zoé-ethos-bíos-nomos-polis-oikonomia-ethiké, que permite inscribir las discusiones bioéticas del presente sobre los efectos de riesgos y daños de la globalización. Se distinguen también tres tipos de vulnerabilidad: vulnerabilidad primaria, comprendida como condición ontológica de cualquiera ser vivo; susceptibilidad o vulnerabilidad secundaria; vulnerabilidad propiamente dicha.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética da proteção *stricto sensu*; bioética da proteção *lato sensu*; globalização; vulnerabilidade; suscetibilidade; vulneração.

PALABRAS LLAVE: bioética de la protección *stricto sensu*; bioética de la protección *lato sensu*; globalización; vulnerabilidad; susceptibilidad; vulneración.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sentido e contexto da bioética da proteção – 3. Como podemos entender a bioética da proteção hoje? – 4. Considerações autocríticas finais – 5. Extensão do campo da bioética da proteção no contexto da globalização.

1. INTRODUÇÃO

A *bioética da proteção* é uma proposta recente no campo da bioética, formulada inicialmente por pesquisadores latino-americanos ¹, que torna explícitos conteúdos que perpassam a ética desde seus albores e que se referem aos problemas morais envolvidos pelas práticas que dizem respeito à vulneração humana. É recente porque surgiu a partir da aplicação do corpo teórico/prático da bioética tradicional, tentando transformá-lo e adaptá-lo aos conflitos em saúde pública na América Latina, considerada como região do mundo que, embora tenha problemas próprios, compartilha os demais problemas que se referem à humanidade inteira e ao planeta como um todo (como a exclusão social e a destruição ambiental). Em particular, pode ser aplicada à situação do mundo globalizado na medida em que este está, cada vez mais, afetado por uma sinergia “catastrófica” de causas e efeitos como bem sintetizou Jean-Pierre Dupuy:

“Vivemos, daqui em diante, na sombra trazida por catástrofes futuras que, postas em sistema, provocarão, possivelmente, o desaparecimento de [nossa] espécie. Nossa responsabilidade é enorme, pois somos a única causa daquilo que se passa conosco. Mas [ao] nos persuadirmos que o bem-estar (salut) do mundo está em nossas mãos e que a humanidade deve a si mesma a obrigação de ser sua própria salvação arriscamos de precipitar cada vez mais nesta corrida para frente, neste grande movimento pânico com que se parece, cada dia mais, a história mundial.” ²

Existem, evidentemente, condições mais específicas da assim chamada parte “em desenvolvimento” (ou subdesenvolvida) do mundo, como aquela referente à “pobreza extrema”, que pode tornar as pessoas reféns e vítimas da violação de outras liberdades necessárias para poder realizar seus projetos de vida razoáveis e legítimos, ou seja, privá-las da “capacidade” (*capability*) para ter uma vida digna. ³ Assim, a bioética da proteção tem seu foco principal nos indivíduos e populações de afetados, vulnerados e excluídos do processo de globalização em curso. Mas existem também outros problemas “globais”, como parecem mostrar as práticas predatórias que afetam o planeta como um todo e a humanidade como espécie.

Com outras palavras, para podermos enfrentar os conflitos morais resultantes das várias formas de desamparo humano na era da globalização devemos não só pensar globalmente e agir localmente (de acordo com um lema caro aos militantes ecologistas), mas também saber pensar nos problemas locais e agir com sabedoria

1. Schramm, FR & Kottow, M. 2001. Principios bioéticos en salud pública: limitaciones y propuestas, *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 17(4):949-956.
2. Dupuy, J-P. 2005. *Petite métaphysique des tsunamis*. Paris, Seuil, p. 9.
3. Sen, A. 2000. *Desenvolvimento com liberdade*. São Paulo, Companhia das Letras.

tendo em vista uma estratégia global de sobrevivência (como pretendia o oncologista e bioeticista V.R. Potter⁴). Assim sendo, pretendo defender a pertinência e legitimidade de uma *bioética da proteção* entendida como uma corrente da bioética mundial a ser levada em consideração e que esteja, ao mesmo tempo, adaptada às contingências latino-americanas e atenta aos problemas globais nos quais se inscrevem também nossos problemas locais.

2. SENTIDO E CONTEXTO DA BIOÉTICA DA PROTEÇÃO

A expressão *bioética da proteção* contém dois conceitos: (1) “bioética”, com o significado genérico de “ética da vida”, e (2) “proteção”, que indica uma prática consistente em dar amparo a quem necessita e que se refere à – ou constitui a – função principal do *ethos*: dar amparo – ou proteger – os vulnerados. Mas o conceito de bioética pode ter um significado mais restrito, pois é, literalmente, a “ética aplicada” ao *bíos*, à vida humana naquilo que ela tem de específico: a dimensão moral, isto é, a competência em saber distinguir entre o bem e o mal – de acordo com alguma escala de valores compartilháveis e que constituiria – nas palavras de Rita Levi Montalcini – “o mais alto grau da evolução darwiniana”.⁵

Os dois conceitos estão, por um lado, intimamente ligados, mas, por outro, também distintos. “Ligados” porque, com a persistência patente de grupos cada vez mais consistentes de humanos desamparados – ou vulnerados – excluídos da globalização, e a emergência das questões ambientais percebidas em termos “catastróficos”, a bioética parece instada a assumir – de acordo com sua natureza ou função prática⁶ – tais questões e problemas como uma de suas lúdicas preocupações e a pesquisar soluções normativas e pragmáticas para tentar resolvê-las da maneira mais efetiva e justa (ou equitativa) possível. De fato, é esta função “prática” que permite aproximar o conceito de *bioética* daquele de *proteção*, visto que o sentido de “proteger” está contido no próprio significado da palavra *ethos* e que a principal função do *ethos* é a de dar amparo aos suscetíveis e vulnerados, e poder estabelecer, assim, legítimas normas para uma convivência decente, desde sua origem.⁷ Portanto, a “bioética” pode ser pensada como meio (ou ferramenta) para “proteger” seres e entes vivos contra ameaças que podem afetá-los ou até transformá-los de forma substantiva no sentido de que podem prejudicar, de

4. Potter, VR. 1975. Humility with responsibility – a bioethics for oncologists: presidential address, *Cancer Research*, 35: 2297-2306.
5. Montalcini, RL. 2005. Rita Levi Montalcini, neuróloga. <http://palavrastodaspalavras.wadpress.com> (acessado em 07/02/2008)
6. Singer, P. 1994. *Ética prática*. São Paulo: Martins Fontes.
7. Schramm, FR & Kottow, M. 2001. Op. Cit.

maneira irreversível, sua existência (como já mostraram os efeitos de Hiroshima, Nagasaki e, mais recentemente, Chernobyl).

Mas os termos *bioética* e *proteção* devem, também, ser “distintos”, visto que apesar dos vínculos que possamos estabelecer entre eles (e que podem eventualmente corresponder a “estados de coisas” que de fato acontecem fenomenicamente), não podemos confundi-los conceitualmente, e isso para evitar decisões erradas. De fato, o campo semântico de cada conceito não é idêntico ao outro; isto é, os dois conceitos não são sobreponíveis nem podemos subsumir um ao outro (ou seja, não têm a mesma extensão lógica), pois nem toda *bioética* é uma *bioética da proteção*, e nem toda maneira de proteger é uma tarefa legítima da *bioética*: existem aspectos da vida importantes e pertinentes para a bioética (como, por exemplo, o exercício da autonomia pessoal) que não podem ser identificados com algum tipo de proteção – que negaria a própria autonomia transformando-a em paternalismo – assim como existem meios de proteção que podem ser questionados do ponto de vista ético (como a medicalização dos comportamentos que não prejudiquem terceiros e que constitui uma forma de biopoder questionável quando entre na esfera íntima das pessoas). Parece, portanto, indispensável evitar que a *bioética da proteção* se torne um *passe-partout* para qualquer problema moral que surge no Mundo Vital, ou seja, devemos evitar que a bioética da proteção se torne uma espécie de solução mágica, supostamente capaz de solucionar qualquer conflito ético no âmbito das práticas humanas que afetam de maneira significativa e irreversível o Mundo Vital, mas que, na prática, são ineficazes em situações caracterizadas pela alta diferenciação funcional, necessária às sociedades complexas atuais para estas poderem funcionar. Se não fizermos esta delimitação do campo de aplicação da bioética da proteção, esta poderia revelar-se mais uma fonte de frustração do que uma autêntica ferramenta de inteligibilidade do real (que “não presta” como dizia o psicanalista Jacques Lacan) e de possível – e legítima – solução de conflitos morais no âmbito de nossas práticas que envolvem seres vivos (sejam eles nossos semelhantes – próximos ou distantes – ou outros seres vivos, ou o ambiente natural entendido como sistema dos sistemas vivos).

Assim sendo, a expressão *bioética da proteção* denota uma “realidade” complexa, tanto do ponto de vista dos problemas reais que deve enfrentar como daquele das ferramentas conceituais e pragmáticas das quais deve lançar mão para tentar entender e resolver os problemas morais em pauta. A expressão é de fato, uma *expressão-problema*, no duplo sentido de apontar problemas e de ser, por sua vez, problemática devido às suas tensões internas entre concepções valorativas diversas – e muitas vezes incomensuráveis – e ao conseqüente risco de considerá-la como uma espécie de “chave mestra” (ou *passe-partout*), quando

de fato não é, nem pode ser, visto que não pode ser confundida com mais um dispositivo paternalista e/ou autoritário.

3. COMO PODEMOS ENTENDER A BIOÉTICA DA PROTEÇÃO HOJE?

Começarei por algumas considerações filológicas. A palavra “bioética” é composta pelo prefixo *bíos* e a palavra *ethiké*, ambos de origem grega. O prefixo *bíos* tem – pelo menos desde Aristóteles – o significado de “vida prática humana” entendida como vida moral e cidadã, por oposição à vida meramente “orgânica” indicada pela palavra *zoé*. Por sua vez, *ética* vem de *ethos*, tradicionalmente concebido como sinônimo de moral vigente, ou seja, como “costume” (aplicado aos hábitos aceitos no imaginário social vigente) e/ou como “caráter” (aplicado ao cidadão tomado individualmente e vinculado as suas “virtudes” e “vícios”). Mas esta sinonímia entre *ética* e moral pode revelar-se incorreta, obrigando-nos a distinguir os dois termos, pois *ética* tem o sentido técnico geral de “discurso sobre o *ethos*” ou de “discurso de segunda ordem” sobre o *ethos*, ou, ainda – nos termos propostos pelo filósofo argentino Ricardo Maliandi – de “tematização do *ethos*”⁸.

Historicamente, o termo *ethos* é mais antigo que o termo *ethiké*, pois o primeiro já está atestado em época homérica com o significado de “morada”, “covil”, “guarda” com função, portanto, “protetora”, inicialmente reservada aos animais para defendê-los contra seus eventuais predadores e, em seguida, aplicada aos humanos com sentido semelhante⁹, tendo, assim, uma proximidade semântica com a palavra *oikos*, que tem os sentidos de “casa”, “ambiente” e “morada”.

Os antecedentes da *bioética da proteção* parecem, portanto, confundir-se com a emergência da própria *ética* no universo imaginário-simbólico grego antigo no qual surge a filosofia, sempre acompanhada de algum nível de reflexão. Isto talvez explique porque muitos pensem na bioética como a uma “ética da vida”, estabelecendo – pelo menos intuitivamente – um nexos semântico entre *ethos* (“guarda”) e *oikos* (“casa”), por um lado, e a vida (*zoé*, *bíos*), por outro.

Mas, visto que a *ética* tem sempre alguma forma de pretensão normativa, ela se aproxima semanticamente também da palavra *nomos* (“regra”, “norma”), de tal forma que há também uma proximidade semântica entre *ética* e *oikonomia* (“regras que regem a casa”). Sendo assim, temos um conjunto de termos e conceitos

8. Maliandi, R. 2004. *Ética: conceptos y problemas*. Buenos Aires, Editorial Biblos, pp. 17-23.

9. Schramm, FR. & Kottow, M. 2001. Op. Cit.

que estão relacionados e que formam a série *ethos–oikós-ethiké-oikonomia*, que não é nada mais que o campo semântico ao qual se refere a atual problemática ecológica e que se ocupa e preocupa no âmbito das transformações do Mundo Vital (*Lebenswelt*) feitas pela práxis humana.

Entretanto, há algo a mais, pois, embora Aristóteles fizesse a distinção entre *biós* e *zoé*, entre “vida prática humana” e “vida orgânica”, ele nunca separou totalmente os dois termos (contrariamente a seu mestre Platão). Com efeito, na *Política* (1278b) afirmara que “*se não há um excesso de dificuldade quanto ao modo de viver [biós] (...) os homens se apegam à vida [zoé] [e podem unir-se e manter] a comunidade política até mesmo tendo em vista o mero fato de viver [zen]*”. Desta forma, temos agora a série conceitual completa *oikos-zoé-ethos-bios-nomos-oikonomia-ethiké*, com a qual se pode indicar um campo problemático que reaparece, explicitamente, em nossa contemporaneidade “catastrófica” e que a *bioética da proteção* deve assumir como uma de suas tarefas específicas do pensar: a problemática da sobrevivência do Mundo Vital e a qualidade de vida de seus integrantes atuais e futuros. E que o senso comum, embora talvez só intuitiva e parcialmente, indica ao dizer que a *bioética é a ética da vida*.

Outra variante deste senso comum consiste em pensar a “bioética da vida” a partir do subconjunto “bioética de minha vida”, ou seja, introduzindo um sentido individual ou “individualístico” no campo. Este componente individual é visto hoje com desconfiança, e isso com certa razão, já que uma ética totalmente centrada no indivíduo, apesar de poder existir (como no foucaultiano “cuidar de si”), não faz a rigor sentido, pois só existe ética propriamente dita se for referida, ou inscrita, em uma estrutura do tipo *eu – outro* ou *eu – tu*. Dito com outras palavras, do ponto de vista ético, o eu solipsístico não faz propriamente sentido, visto que o eu é sempre “ele mesmo [um] Outro [que se conhece] como Outro.”¹⁰

Entretanto, não se pode esquecer que o *individualismo* é, dialeticamente, uma das conquistas do humanismo ocidental (com raízes no pensamento cristão) e que faz parte da concepção moderna de cidadania. Ademais, o individualismo é produto histórico de uma pluralidade de lógicas em interação: a lógica econômica do *management* capitalista (termo com o qual o filósofo italiano Giorgio Agamben traduz, atualizando-o, o termo grego *oikonomia*)¹¹ que gera a sociedade de consumidores individuais (embora talvez movidos pelo desejo “mimético” ou “identidade dos desejos”¹²); a lógica do individualismo democrático (que outorga

10. Gorz, A. 2008. *Carta a D. História de um amor*. São Paulo: Annablume/Cosac Naify, pp. 46, 45.

11. Agamben, G. 2006. *Che cos'è un dispositivo?* Roma: Nottetempo.

12. Girard, R. 1996. *Quand ces choses commenceront*. Evreux: Arléa, pp. 38-48.

ao indivíduo uma série de direitos e deveres, ou responsabilidades); a dinâmica jurídica dos direitos individuais e a lógica societária referente às transformações da família e da intimidade.¹³

Assim sendo, ambas as interpretações (“ética da vida”, “ética de minha vida”) não são inteiramente erradas do ponto de vista da problemática bioética atual, pois esta pode referir-se tanto às preocupações autênticas e legítimas de cada humano com seu sofrimento e sua finitude – ou mortalidade e sobrevivência pessoal – como à qualidade de vida de todos os outros seres vivos – que podem ser humanos ou não – e à qualidade das interações humanas com o ambiente natural.

Entretanto, conceber a bioética, intuitivamente, como “ética da vida” pode ser considerado insuficiente quando nos referimos à dimensão crítica – ou propriamente técnica – da ética aplicada à moralidade das conseqüências das ações humanas sobre o mundo da vida em geral e da vida humana em particular. Ela é criticável, em particular, se pensarmos na dimensão complexa do fenômeno “vida” (indicado tanto pelo termo *bíos* como pelo termo *zoé*), mas, também, se procurarmos os meios mais adequados para avaliar nossas práticas que envolvem os fenômenos vitais, pois, neste caso, precisamos de ferramentas racionais capazes de avaliar criticamente nossa prática transformadora do Mundo Vital. Este é certamente o caso das implicações das políticas biotecnocientíficas que afetam, direta ou indiretamente, os indivíduos humanos, a sociedade, a humanidade, a cultura, as instituições e a própria natureza como um todo¹⁴.

Para dar conta desta problemática complexa e global, a bioética da proteção pode ser pensada de duas maneiras complementares: *estrito senso* e *lato senso*. No sentido estrito, a bioética da proteção visa dar amparo aos sujeitos e populações que não possuem competência suficiente – ou capacitação – para realizarem seus projetos de vida razoáveis e justos, ou seja, capazes de propiciar uma vida “digna”, no sentido do que é preconizado, por exemplo, pela “cultura dos direitos humanos” como sendo moralmente correto e necessário para o convívio humano capaz de desfazer a sinergia catastrófica indicada por Dupuy. No sentido *lato*, e partindo da premissa de que existem interesses coletivos e “ecológicos” que não podem ser subsumidos a interesses de indivíduos ou de grupos humanos particulares, a bioética da proteção se ocupa das condições necessárias à continuação da própria *antropogênese*, ou seja, da sobrevivência da espécie humana (ainda que esta seja transformada graças à biotecnociência para pode se adaptar às novas condições de vida criadas pelos próprios efeitos catastróficos).

13. Corcuff, P., Ion, J. & Singly, F. 2005. *Politiques de l'individualisme*. Paris : Textuel.

14. Hottois, G. 2004. *Qu'est-ce que la bioéthique?* Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, pp. 7-8.

Se juntarmos os dois sentidos – *stricto sensu* e *lato sensu* – a *bioética da proteção* pode ser entendida, sinteticamente, como a parte da *ética aplicada constituída por ferramentas teóricas e práticas que visam entender, descrever e resolver conflitos de interesses entre quem tem os meios que o “capacitem” (ou tornem competente) para realizar sua vida e quem, ao contrário, não os tem;* mas estabelecendo uma prioridade léxica do sentido “estrito” sobre o sentido “lato”, ou seja, dando preferência a quem não os tem, pois só assim pode-se dar concretude ao princípio de justiça, entendido como equidade, isto é, como meio para atingir a igualdade, requerida pelo próprio princípio de justiça. Por isso, os interesses conflitantes redundam em outro tipo de conflitos, chamados conflitos morais, e que só podem ser resolvidos “dando suporte” aos afetados (*protegendo-os*) para que estes possam desenvolver suas potencialidades e não precisar mais de ser protegidos. De fato, os grupos particularmente vulneráveis, ou literalmente *vulnerados* (ou afetados), não são capazes – por alguma razão independente de suas vontades – de se defenderem sozinhos, devido às condições existenciais desfavoráveis ou, dito de outra forma, devido ao abandono das instituições vigentes que não lhes oferecem o suporte necessário para enfrentar sua condição de afetados e tentar sair dela.

Neste sentido, a *bioética da proteção stricto sensu* se aplica preferencialmente aos indivíduos e às populações que, embora afetados negativamente ou suscetíveis de serem concretamente afetados, conseguem enfrentar sua condição existencial de afetados com seus próprios meios ou com os meios oferecidos pelas instituições vigentes e atuantes. Caso contrário, a proteção – considerada condição necessária para que a pessoa vulnerada saia de sua condição de vulneração e desenvolva sua competência para ter uma vida pelo menos decente – poderia ser confundida com alguma forma de “paternalismo”. Isto porque “proteger” visa dar o suporte necessário para que o próprio indivíduo potencialize suas capacidades e assim possa fazer suas escolhas de forma competente, ao passo que o “paternalismo” pode – em nome do (suposto) bem estar do outro – infantilizá-lo e sufocá-lo, impedindo sua capacitação em viver uma vida decente e livre, dependente de suas escolhas autônomas e de acordo com as regras de convivência aceitas pelo imaginário social. Em suma, proteger significa oferecer as condições de vida que cada qual julgue necessárias para se capacitar na tomada de suas próprias decisões enquanto ser racional, razoável e justo. Se não for assim, a *bioética da proteção* contradiziria um dos valores básicos das sociedades seculares e democráticas modernas, que é o direito ao exercício da *autonomia* pessoal e, em alguns casos, o dever de exercê-la, tornando-se, desta forma, responsável.

Com outras palavras, a *bioética da proteção* pode ser vista como a ferramenta que só se ocupa do “negativo” implicado pela *práxis* humana, tentando detectá-lo,

examiná-lo e avaliá-lo de acordo com algum parâmetro moral que possa ser compartilhado por agentes racionais, razoáveis e justos, e que estejam dispostos a negociar seus pontos de vista respectivos; ou que compartilhem alguma cosmovisão (*Weltanschauung*) como no caso das comunidades formadas por amigos morais.

Mas existe também um objeto da bioética referente aos efeitos positivos de nossas práticas e que poderia, eventualmente, ser chamada de “bioética do bem”. Neste caso, parece intuitivamente evidente que os afetados não precisam de nenhuma proteção, por não serem desprotegidos contra o negativo. Logo, uma bioética da proteção entendida como “bioética do bem” deveria pelo menos ser justificada melhor para não ser estigmatizada – e com razão – como outra forma de paternalismo. A bioética da proteção estrito senso não se aplica tampouco a quem, embora afetado negativamente ou suscetível de sê-lo, consegue fazer frente ao mal/negativo com seus próprios meios ou graças aos meios oferecidos pelas instituições vigentes e atuantes. Caso contrário redundaria, novamente, em paternalismo.

De fato, podem existir conflitos entre as duas concepções da bioética da proteção (*stricto sensu* e *lato sensu*) e a primeira, sem as ponderações da segunda, pode implicar uma sociedade meramente assistencial, encarnada por um Estado Paternalista incapaz de potencializar as “capacidades” de cada um de seus cidadãos e mantendo-os em condição de infantilização. E a segunda caracterizada por um Estado Autoritário incapaz de dar espaço à livre expressão das potencialidades de seus indivíduos. Mas esta é uma questão a ser ponderada e, provavelmente, pode ser pensada melhor se considerarmos a possibilidade, oferecida pela ética discursiva, de resolvermos nossos conflitos com os outros e o mundo pelo confronto entre argumentos cogentes, desde que os agentes e os pacientes (ou afetados) estejam num patamar comparável para poder argumentar e estabelecer um contrato social entre agentes em princípio iguais.

4. EXTENSÃO DO CAMPO DA BIOÉTICA DA PROTEÇÃO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

A *bioética da proteção* se aplica pertinentemente a qualquer paciente moral que não possa se defender sozinho ou agir autonomamente por alguma razão independente de sua vontade e responsabilidade. Esta é a definição estrita da bioética da proteção, enunciada, inicialmente, para enfrentar os conflitos morais que surgem em saúde pública nos países em desenvolvimento ¹⁵.

15. Schramm, FR. & Kottow, M. 2001. Op. Cit.

Mas ela tem alguns antecedentes institucionais, dentre os quais se destacam os códigos e as diretrizes internacionais como o Código de Nuremberg (1947) e as várias versões da Declaração de Helsinque (1964-2000), que regulamentam a pesquisa biomédica depois dos abusos cometidos por cientistas e médicos contra sujeitos e populações tanto em países com regime autoritário como em países autodenominados democráticos ao longo de Século XX. Mas é somente com o Relatório Belmont (1979) que a palavra “proteção” aparece explicitamente e com destaque em bioética, visto que o relatório inclui explicitamente o termo, inclusive em sua autodenominação como grupo institucional.¹⁶

Entretanto – como já vimos – pode-se também pensar em uma concepção extensa (ou *lato senso*) da *bioética da proteção*, que é uma maneira de dar sentido à concepção de bioética entendida como “ética da vida”, expandindo a extensão do campo da consideração moral a todos os seres pertencentes ao Mundo Vital. Isso se aplica certamente quando consideramos pertinente o fato de nossos atos terem conseqüências negativas sobre todos os seres *sencientes* (que podem sofrer de maneira injustificada e evitável). Este é o caso da *bioética animal*, preocupada com o bem-estar animal. Mas pode ser o caso, também, de uma *bioética global* (ou *ecoética*) que considerasse pertinente assumir a proteção de um ecossistema ou do planeta, assumindo, portanto, questões como a destruição e poluição ambientais como objeto legítimo de suas preocupações; o esgotamento irracional dos recursos não renováveis; a qualidade do ar e da água, dentre outros efeitos “catastróficos”.

De fato – e de acordo com o Conselho Internacional para a Ciência – o mundo terá cada vez mais catástrofes mortíferas ditas “naturais”, ligadas ao aquecimento climático; ademais, as emissões de gases poluentes e o efeito estufa, o consumo de recursos finitos e não renováveis e da água, delineiam um quadro bastante sombrio para um futuro não muito longínquo, afetando negativamente em princípio a todos os que existirão¹⁷.

Isso no que se refere ao mundo “globalizado”, visto que os problemas que podemos chamar de *ambientais* ou *ecológicos* dizem respeito à nossa “casa comum” ou “morada” que os gregos indicavam – como já vimos – pelos termos *oikos* e *ethos*, sendo que, para eles, os dois termos tinham, conjuntamente, um sentido

16. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 1979. *The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. Washington, DC, U.S Government Printing Office.

17. Latouche, Serge. Vers la décroissance. Ecofascisme ou écodémocratie. *Le Monde Diplomatique*, novembro 2005, 52, 620 : 1, 26-27.

muito mais amplo daquele que costumamos atribuir-lhe hoje, pois indicavam tanto a “morada dos seres vivos” como o “modo ou forma de vida” humana em geral¹⁸. Com isso, estabelecia-se, pela primeira vez, uma proximidade semântica muito estreita entre aquilo que nos denominamos *ambiente e ética*, antecipando o que aqui é denominado de *bioética da proteção lato senso*.

Na verdade, tanto os filósofos gregos como a maioria dos filósofos posteriores esqueceram este sentido primitivo, pelo menos até o nascimento da consciência ecológica da qual emergirá a bioética com o cancerologista VR Potter em 1970, quando ele criou o neologismo *bioethics* para indicar uma “ciência da sobrevivência”, isto é, uma forma de *saber* que deveria ser também uma *sabedoria* capaz de assegurar a preservação da biosfera, razão pela qual seria necessário desenvolver uma “bioética global” que tratasse da moralidade das relações dos humanos com o ambiente natural. Para tanto, Potter cunhara a metáfora da “ponte entre o saber científico e o saber humanístico” e atribuirá à emergente bioética a tarefa de estabelecer tal “ponte”¹⁹.

5. CONSIDERAÇÕES AUTOCRÍTICAS FINAIS

Sobre a bioética da proteção existe uma série de questões críticas pertinentes. Uma primeira crítica que surge com esta versão de bioética diz respeito à relação possível entre “proteger” alguém e a sua competência em “se proteger” sozinho, que é nada mais que o problema das liberdades e do exercício da autonomia individual dentro de uma comunidade ou sociedade determinada, regida por normas de convivência que evitem a hobbesiana guerra de todos contra todos e que renunciem a uma parte de sua liberdade em troca da proteção pelo Estado. A questão é ao mesmo tempo, teórica e prática. “Teórica” porque diz respeito à relação lógica que podemos estabelecer entre “proteção” e “autonomia” e à ponderação necessária quando tais categorias entram em conflito, visto que os dois conceitos são logicamente excludentes. O problema “prático” se refere ao seu campo de aplicação; em particular, se refere à pergunta se a *bioética da proteção* deva ser reservada aos casos evidentes de seres concretamente afetados (“vulnerados”) ou se pode ser aplicada também a seres suscetíveis e até aos seres genericamente vulneráveis (que somos todos pelo simples fato de sermos mortais e podermos ser afetados). Pensamos que esta seja uma questão pertinente quando se queira de alguma forma estabelecer níveis de vulnerabilidade, em suma quantificar (de alguma forma) o desamparo.

18. Aranguren, José Luis L. 1997. *Ética*. Madrid, Biblioteca Nueva, pp. 19-29.

19. Potter, VR. 1971. *Bioethics: bridge to the future*. Englewood Cliffs, Prentice Hall.

Historicamente, um princípio moral de proteção está implícito nas obrigações do Estado que deve proteger seus cidadãos contra calamidades, guerras, etc., chamado também de Estado Mínimo. Mas que poderia muito bem ser chamado também de Estado Protetor no sentido desenvolvido aqui, pois parece intuitivamente compreensível que todos os cidadãos não conseguem em princípio se proteger sozinhos contra tudo e todos, podendo tornar-se suscetíveis e até vulnerados em determinadas circunstâncias. Em outros termos, neste caso devemos distinguir a mera “vulnerabilidade” – que é uma condição ontológica de qualquer ser vivo e, portanto, uma característica universal de qualquer ser vivo enquanto tal – da “susceptibilidade” – ou “vulnerabilidade secundária” (por oposição à “vulnerabilidade primária”) – e, sobretudo, da vulneração propriamente dita.²⁰ Ademais, os “suscetíveis” podem tornar-se “vulnerados”, ou seja, diretamente afetados, estando na condição existencial de não poderem exercer suas “capacidades” (*capabilities*) para terem uma vida digna e de qualidade. Portanto, dever-se-ia distinguir graus de proteção de acordo com a condição existencial de acordo com os conceitos próximos, mas distintos, de “vulnerabilidade”, “susceptibilidade” e “vulneração” – o que pode ser objeto de discussões infundáveis sobre como quantificar e qualificar tais estados existenciais; em suma: sobre como pensar uma análise ao mesmo tempo qualitativa e quantitativa.

Outra questão pertinente é saber quem são de fato os susceptíveis ou vulnerados, pois, como aponta Amartya Sen²¹, ainda predomina a definição de uma pessoa a partir de seu pertencimento geográfico ou cultura em que está inscrito (como bem mostram as recentes políticas restritivas de imigração tanto na Europa como nos Estados Unidos). Neste caso cabe perguntar: qual proteção e para quem? Contra quê ou quem? As decisões são difíceis, pois os riscos de paternalismo e autoritarismo são grandes e, sobretudo, porque se deverá ter em conta as diferenças sustentáveis e suportáveis pelo sistema e a pluralidade moral vigente nas sociedades complexas contemporâneas. A pergunta que surge é então: como fazer para focalizar os indivíduos vulnerados e lhes fornecer a proteção necessária para desenvolver suas potencialidades e sair da condição de vulneração e, ao mesmo tempo, respeitar a diversidade de culturas, as visões de mundo, hábitos e moralidades diferentes e que fazem parte da vida em comum, complexificando-a e enriquecendo-a, como bem mostram países como o Brasil, graças à sua prática bem-vinda de “antropofagia cultural”²²?

20. Kottow, M. 2003. The vulnerable and the susceptible. *Bioethics*, 17(5): 460-471.

21. Sen, A. *Identidade e violência, a ilusão do destino*. Lisboa: Tinta-da-China, 2007.

22. Schramm, FR. 2005. Research and Application of Stem Cell Techniques: Practice and Social Perception in Brasil. In: Bender, W.; Hauskeller, C. & Manzei, A. (Eds.). *Grenzüberschreitungen/Crossing Borders*. Münster: Agenda Verlag, pp. 275-290.

Concluindo, a bioética da proteção, assim como a entendemos aqui, parece levantar mais problemas do que resolver. Pode ser que seja assim, mas pode-se sustentar também que, ao tentar levantar tais problemas e abordá-los de forma crítica, a bioética da proteção parece indicar pistas para pensar a moralidade do agir humano de forma tal a poder responder à exigência moral humana de evitar sua autodestruição “catastrófica – inclusive nos protegendo contra nos mesmos”²³. De fato, ao se descentrar criticamente com relação ao antropocentrismo – mas sem recalá-lo –, a bioética aponta as condições para repensar uma “outra” antropogênese, situada corretamente no paradigma *oikos-zoé-ethos-bíos-nomos-polis-oikonómia-ethiké*. Paradigma que é – ou pretende ser – simultaneamente local e global, mas, sobretudo, evolutivo no sentido de aprimorar a “segunda natureza” humana, que inclui certamente a competência moral do indivíduo em ação, cidadão de seus lugares e do mundo.

23. Dupuy, JP. 2005. *Op. Cit.* Paris, Seuil.

XX

HABERMAS E A LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Walber de Moura Agra

Mestre pela UFPE, Doutor pela UFPE/Università degli Studi di Firenze; Visiting Research Scholar of Cardozo Law School. Professor Universitário da SCES e da Universidade Católica de Pernambuco; Professor Visitante da Università degli Studi di Lecce; Membro do Conselho Científico do Doutorado da Universidade de Lecce; Diretor do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Pós-Doutorando pela Université Montesquieu Bordeaux IV; Procurador do Estado da Pernambuco. Advogado.

RESUMO: Trata-se de uma análise da teoria da razão comunicativa de Jürgen Habermas e como este autor tenta explicar a legitimidade da jurisdição constitucional. Os contornos essenciais dessa teoria fora exposta por Habermas no seu livro “Fato e Norma” em que tenta aumentar o grau de assentimento da população com relação às normas jurídicas que quase sempre ultrapassam os limites delineados na teoria clássica da separação de poderes. Sua idéia é estabelecer uma jurisdição constitucional com base em uma democracia participativa, em que as decisões judiciais sejam tomadas com base em postulados racionais, escolhidos pela maioria da população depois de muitas discussões nos espaços públicos da sociedade. Seria a razoabilidade do agir comunicativo suplantando a discricionariedade judicial.

RÉSUMÉ: S’agit d’une analyse de la théorie de la raison discursive de Jürgen Habermas

et comme cet auteur essaye d’expliquer la légitimité de la juridiction constitutionnelle. Les contours essentiels de cette théorie sont exposés par Habermas dans leur livre “Costume et Norme” où il essaye d’augmenter le degré de légitimité de la population concernant les normes juridiques que presque ils toujours dépassent les limites délinées dans la théorie classique de la séparation de pouvoirs. Son idée est établir une juridiction constitutionnelle sur base d’une démocratie participative, où les décisions judiciaires soient prises sur base de postulats rationnels choisis par à la majorité de la population, après beaucoup de discussions dans les espaces publics de la société. Serait la raison de l’action discursive en dépassant la discrétionnaire judiciaire.

PALAVRAS-CHAVES: Legitimidade; Razão Comunicativa; Espaço Público.

SUMÁRIO: 1. A Questão da Legitimidade em Jürgen Habermas: 1.1. Noção de Razão Comunicativa – 2. A Concepção de Direito em Habermas – 3. Necessidade de Criação de um Espaço Público – 4. Crítica à Teoria Sistêmica – 5. A Diferença de Concepção da Legitimidade pelo Procedimento

em Habermas e Weber – 6. A Legitimidade da Jurisdição Constitucional em Habermas – 7. Bibliografia.

1. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE EM JÜRGEN HABERMAS

Para Habermas a jurisdição constitucional, que se baseia no ordenamento jurídico, tem como orientação princípios de natureza ética e moral, com a intenção de impedir o estabelecimento de ordenamentos jurídicos como o nazista e o fascista que praticamente aboliram os direitos fundamentais. Com esse objetivo ele propõe uma re-moralização do Direito, cujas normas jurídicas teriam como vetores parâmetros éticos que sinalizariam o contorno geral do seu conteúdo. Os argumentos morais seriam inseridos dentro do ordenamento por intermédio dos princípios jurídicos.¹

1.1. Noção de Razão Comunicativa

A razão comunicativa pode ser situada como representante da filosofia pós-positivista, na sua tentativa de superação da filosofia analítica kelseniana, fundamentada na razão no âmbito do discurso prático. A filosofia analítica kelseniana pode ser definida como a filosofia cujo método fundamental é a análise, com o escopo de resolver qualquer raciocínio mediante silogismos, que constituem suas premissas evidentes, buscando as provas necessárias no próprio silogismo.² Por sua vez, os silogismos são pressupostos que através de raciocínio dedutivo desencadeiam outros pressupostos de forma inexorável.³

A base da filosofia jurídica de Habermas reside na comunicação humana, especificamente no conceito de razão comunicativa. Em uma sociedade multicultural onde os homens vivem hodiernamente, os processos de comunicação são de capital importância, tanto para a estabilidade social como para a solução dos litígios.

1. HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme. Contributi a una Teoria Discorsiva Del Diritto e Della Democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Edizione Guerini e Associati, 1996. P. 313.
2. Nicola Abbagnano assim define Filosofia Analítica: “Em geral, uma disciplina ou uma parte de disciplina cujo método fundamental é a análise. Aristóteles chamou de análise a parte da lógica que visa resolver qualquer raciocínio na figuras fundamentais dos silogismos (Primeiros analíticos) e qualquer prova nos próprios silogismos e nos primeiros princípios, que constituem suas premissas evidentes (Segundos analíticos)”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 54
3. Nicola Abbagnano também define silogismo: “Essa palavra que na origem significava cálculo e era empregada por Platão para o raciocínio em geral, foi adotada por Aristóteles para indicar o tipo perfeito do raciocínio dedutivo, definido como um discurso em que, postas algumas coisas, outras se seguem necessariamente”. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 896.

A essência desse conceito é o deslocamento da racionalidade e da legitimidade do sujeito para o procedimento da produção normativa, garantindo a previsibilidade do processo comunicativo. Enquanto, no positivismo jurídico a racionalidade está centrada no juiz, na razão comunicativa a racionalidade está centrada no processo argumentativo, por meio do debate entre os argumentos que alicerçam as estruturas normativas.

Os argumentos estabelecem racionalidade às decisões judiciais, assegurando a previsibilidade do procedimento, eliminando a surpresa da escolha de um argumento que não fora por ele previsto. A argumentação forma uma ilusória justificação para as decisões judiciais, com se fosse o seu principal esteio, esquecendo que muitas vezes são as decisões que justificam a argumentação escolhida.

A razão comunicativa difere do fundamento da razão centrada no sujeito, que é caudatária do movimento racionalista, configurando-se como a ferramenta imprescindível da modernidade. A razão centrada no sujeito permitiu a emancipação do pensamento crítico, sem as amarras da doutrina teocrática da Igreja, incentivou o humanismo, colocando o homem como centro dos acontecimentos. Ela tem como sua principal característica a auto-referência no ser cognoscente, a despeito da relação com o objeto cognoscível.

A razão comunicativa não tem o propósito de sepultar os avanços do movimento racionalista, muito pelo contrário, ela visa permitir um avanço nos seus postulados, mantendo o mesmo potencial crítico. Ambos são movimentos racionalistas, o primeiro, com a razão desenvolvida a partir do procedimento do processo comunicativo e o segundo, com a razão centrada no sujeito.

A teoria de Habermas parte de um processo comunicativo, em uma relação interpessoal, na qual se estabelecem avaliações do próprio sujeito e do *alter* no processo comunicativo. A sua característica preponderante é a substância procedimental, em que a previsibilidade e racionalidade da comunicação são garantidas por certas regras, anteriormente estabelecidas. Esses princípios que orientarão o processo comunicativo devem ser princípios gerais de racionalidade e valores éticos, a partir dos quais estes orientam a estrutura dos argumentos empregados.

O discurso utilizado no processo de comunicação não pode ser aleatório, mas um discurso racional, pautado por parâmetros pré-fixados. Explica Habermas: “E “discurso racional” é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na

medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente”.⁴

A validade das decisões judiciais tem que estar calcada na fundamentação do argumento que consiga o maior assentimento da sociedade civil. Todavia, para que esse argumento possa auferir uma densa legitimidade é necessário que ele possa ser discutido por amplos setores da sociedade, possibilitando a crítica para a sua melhoria.

2. A CONCEPÇÃO DE DIREITO EM HABERMAS

Habermas busca a superação da concepção de Direito clássico, que tem como característica a legalidade, a positividade e o formalismo. Legalista na medida em que o padrão normativo determinante é a lei, por sua vez representante da soberania popular. Positividade no sentido de que as normas devem ser escritas para possibilitarem um maior grau de segurança jurídica. E formalismo que se fortalece com a sistematização do ordenamento jurídico, em que a criação e aplicação das leis estão vinculadas a procedimentos de conteúdo eminentemente formal.

Para Max Weber, que foi uma dos formuladores da concepção clássica do Direito, as características fundamentais do ordenamento jurídico ocidental moderno de administração da justiça são: a criação normativa de forma racional e a natureza sistêmica do Direito, o que garante ao fenômeno jurídico um crescente particularismo.⁵

O Direito clássico nasce com o Estado secular, sepultando o Estado Absolutista, onde as leis teocráticas, baseadas na vontade divina, cedem lugar às leis baseadas na vontade humana.⁶ A normatividade de suas leis é amparada na possibilidade de implementação de uma sanção, defluindo como uma de suas características principais a objetividade, atingindo a todos os cidadãos que estejam na mesma situação jurídica.

4. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. V. I. Trad. Flávio Beno Siebenichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. P.142.

5. WEBER, Max. *Economia e Società. Sociologia Del Diritto*. III. Trad: Giorgio Giordano. Milano: Edizione di Comunita, 1995. P. 186.

6. Doutrina o culto professor Nelson Saldanha: “ O processo de secularização corresponde a uma gradual transformação ocorrida em determinadas sociedades, transitando de um padrão predominantemente religioso para formas preferentemente “leigas” (ou racionais) de vida. Tal processo ocorreu exemplarmente na Grécia do século V A. C. e no ocidente do século XVIII, com antecipações que radicam no Humanismo renascentista”. SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à Metodologia. Secularização e Crise no Pensamento Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. P. 57.

A superação dessa concepção de Direito clássico baseia-se no estabelecimento de procedimentos racionais que norteiam o *medium* comunicativo para a obtenção do consenso, que será efetuado com a participação efetiva da sociedade. A função dos parâmetros jurídico-morais é indicar um consenso todas as vezes que ele não puder ser realizado pelo âmbito comunicativo.

O Direito moderno, para Habermas, se caracteriza pelas exigências concomitantes de positivação e de fundamentação argumentativas, baseadas em parâmetros éticos morais. No que se difere dos positivistas tradicionais que sustentam poder ser a legitimidade obtida apenas pelo procedimento, destituída de qualquer tipo de conteúdo material.

A institucionalização das decisões judiciais é realizada de uma dupla forma: obedecendo ao procedimento que fora previamente estipulado, quando cada ato acarretará uma consequência prevista no ordenamento, e que a decisão proferida seja sustentada pelo critério fornecido pelo melhor argumento, com a abertura de um canal para os preceitos morais.

A legitimação do Direito é obtida por meio de procedimentos, que se desenrolam através de uma seqüência de atos jurídicos, cuja decisão será tomada com base no argumento mais robusto, imbuída de preceitos morais. Assim, dessa forma, a legitimação procedimental do Direito fundamenta-se em princípios morais. A única coerção admitida durante o procedimento judicial é a força exercida pelo melhor argumento, em uma relação de complementaridade entre o Direito e a moral.

Nesse processo há uma interseção de três fatores que atuam simultaneamente: o jurídico, o político e o moral. O jurídico que influencia o procedimento do processo de decisão; o político que estrutura o espaço público e o moral que oferece um alicerce de fundamentação para as estruturas normativas.

A influência de vetores ético-morais na seara do Direito é também defendida por Dworkin.⁷ Segundo o qual o direito e a moral são os alicerces para as decisões da jurisdição constitucional. Ele assevera que os princípios morais são elementos intrínsecos às normas jurídicas, mesmo que não tenham sido por eles acolhidas, devendo ser concebidas de modo implícito, configurando-se como condição imprescindível para as decisões judiciais. (citar Dworkin).

O espaço público é o elo de ligação entre a política e o Direito, onde os cidadãos respaldariam o melhor argumento para que este pudesse alicerçar a decisão. A

7. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 7.

ligação entre os princípios morais e a política originá-se no fato de que esta recebe daquela os argumentos que permitiriam estabelecer determinados consensos na sociedade. Segundo Stanley Kleinberg, os argumentos morais são uma importante saída para se tentar resolver controvérsias políticas de forma racional.⁸

Na concepção moderna de Direito de Habermas assume relevante significado o conceito de direito subjetivo. Eles são espaços privativos de atuação dos cidadãos, onde eles podem exercer livremente sua vontade, sendo constituídos para garantir igual liberdade à comunidade de sujeitos de direito. Na circunscrição desse espaço não cabe atuação dos entes estatais no sentido de cercear os direitos subjetivos, mas apenas no sentido de limitar a sua atuação.

Os direitos subjetivos, para serem concretizados de forma plena, necessitam ser definidos através de uma idéia de reciprocidade, na qual cada cidadão é co-responsável pelo exercício do direito de outrem, de forma que exista uma responsabilidade difusa por todo o ordenamento jurídico. Apenas em uma sociedade livre, onde os cidadãos possam discutir os seus interesses no espaço público, por meio de argumentos racionais, é que os direitos subjetivos podem ser realizados, devido à co-responsabilidade que existirá dentro das relações.

Diante da liberdade de ação que permeia os direitos subjetivos, dentro do espaço de atuação previamente estipulado pelas disposições normativas, os cidadãos se comportam como responsáveis pela elaboração do ordenamento jurídico, em uma co-autoria concretizada pela livre atuação na elaboração argumentativa no espaço público. Portanto, para Habermas, os direitos subjetivos são responsáveis pela reciprocidade de direitos e deveres dos cidadãos e pela co-autoria do ordenamento jurídico.

Outra concepção, que assume especial relevo para a teoria habermasiana, diz respeito ao caráter instrumental do Direito, decorrente dos direitos subjetivos dos cidadãos, em que há uma atuação pautada no interesse singular. O particularismo na ação de cada cidadão é arrimado na seara do espaço subjetivo ofertado, permitindo um amplo espaço para a estruturação da teoria discursiva do Direito.

A teoria habermasiana somente pode ser construída em um Estado Democrático Social de Direito. Democrático, no sentido de que as decisões devem ser tomadas de forma coletiva, assegurando uma ampla participação popular; Direito, porque o parâmetro legal deve ser o alicerce da sociedade, pairando acima das vontades

8. KLEINBERG, Stanley S. *The Necessity and Limitations of Rational Argument*. Massachusetts: Blackwell, 1991. P. 35.

individuais e de grupos econômicos; Social para atender as necessidades dos hipossuficientes existentes na sociedade.

Outra condição para o florescimento da teoria discursiva é a existência de uma cultura em que os cidadãos se sintam obrigados a participar das decisões políticas, sendo responsáveis individualmente pela gerência da coisa pública. Estas duas condições devem ser pautadas em fundamentos éticos que ajudem a previsibilidade dos fundamentos racionais, orientadores da teoria discursiva.

Elemento imprescindível para a teoria discursiva são os direitos fundamentais, funcionando como pressupostos para o debate no espaço público. Não são concebidos apenas do ponto de vista liberal burguês, mas entendidos como condições, procedimentos, para o processo democrático de escolha das decisões judiciais. Princípios como a liberdade de consciência, liberdade de expressão, vedação à censura e à licença, entre outros, são pressupostos substanciais para a participação dos cidadãos no espaço público. A teoria do espaço público também é defendida por outros autores, como Cass Sunstein.⁹

Os direitos fundamentais, dentro da ótica do agir comunicativo, passam a ser vistos como requisitos procedimentais para a interação comunicativa, sem a contingência de apresentar uma validade metafísica, consonante com a lição de Norberto Bobbio de que não há mais necessidade de se buscar fundamentação metafísica para os direitos fundamentais.¹⁰

Os direitos fundamentais também funcionam como limites ao regime democrático, que não podem ser tolhidos, mesmo que legitimados pela vontade popular. Desempenham, dessa forma, uma dupla função, sendo ao mesmo tempo requisito e limite para a democracia.

Habermas não pode ser entendido como um adepto da escola liberal clássica, para ele os direitos fundamentais, relacionados à autonomia privada, devem ser entendidos como supedâneos da autonomia política dos cidadãos, com o escopo de aprimoramento do regime democrático. Os direitos políticos dos cidadãos somente podem ser desenvolvidos se forem amparados nos direitos fundamentais

9. SUNSTEIN, Cass. R. *Republic. Com.* New Jersey: Princeton University, 2002. P. 27.

10. “Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema cuja solução já não devemos nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 16ª Tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. P.26.

da autonomia privada, que asseguram a liberdade imprescindível para a participação no processo democrático, acrescido de determinadas condições materiais que devem ser ofertadas a todos os cidadãos, inclusive configurando-se como requisito efetivo da autonomia política dos cidadãos.

3. NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM ESPAÇO PÚBLICO

Com o efeito do desenvolvimento da razão comunicativa, o conceito de democracia passa a ser estruturado juntamente com o conceito de espaço público, partindo do pressuposto de que em sociedades altamente complexas como são as sociedades pós-modernas, há a necessidade de se estabelecer um *locus* onde as discussões devem ser travadas.

Em contraposição à democracia liberal, Habermas elabora a democracia discursiva, em que para as decisões serem tomadas, não necessita de uma assembléia de cidadãos, mas é imprescindível que todos tenham acesso ao espaço público e possam participar do debate acerca das decisões. A democracia deixa de ser visualizada exclusivamente como democracia representativa, necessitando que as pretensões normativas passem por intensos debates públicos.

Para isso é necessária a construção de um espaço público, onde as decisões judiciais possam ser esclarecidas e discutidas. A importância da razão comunicativa de Habermas é regulamentar os mecanismos que possibilitem o funcionamento adequado desse espaço público, universalizando a participação de todos.

A razão comunicativa atua no sentido de fortalecer o espaço público, onde as atividades dos entes estatais são legitimadas por intermédio de argumentos e contra-argumentos. Através da abertura desse espaço de discussão, cada atividade estatal tem que ser legitimada por argumentos racionais.

O *telos* do espaço público é institucionalizar a legitimação do direito, a partir da construção de um acordo, ou consenso, que ampare as proposituras normativas. Pelo caráter pós-moderno da razão comunicativa, o acordo estará amparado no argumento que obtiver o maior consenso no espaço público, devendo obrigatoriamente estar imbuído de fundamentos ético-racionais, que obedeçam ao procedimento previamente determinado. Para se saber se o acordo obtido é racional ou não, deve-se verificar o procedimento adotado, pois é esse o que vai validar a estrutura normativa.

A função das estruturas normativas e dos parâmetros ético-racionais é garantir a realização do consenso, todas as vezes que ele não puder ser realizado pelo processo comunicativo.

O espaço público deve ser o grande legitimador das decisões judiciais. Assim, quanto maior for a simetria entre o espaço público e o Poder Judiciário, maior será o consenso extraído de suas decisões. Ele deve ser a ligação entre a vontade produzida pelos atores sociais e as instâncias estruturadoras das decisões judiciais.

O ordenamento jurídico tem a função de, além de normatizar as expectativas procedimentais do espaço público, regulamentar, de forma mais democrática possível, o acesso da população aos debates acerca das decisões judiciais. A discussão deve possibilitar a interação entre o espaço público e os órgãos estatais. A definição de como os debates são realizados é feita por procedimentos que serão previamente definidos.

O espaço público deve possibilitar aos cidadãos iguais chances de influenciar na tomada das decisões. E essa participação democrática inclusive é um limite às próprias decisões da maioria, que terão que respeitar a participação de todos no processo de tomada de escolha, ou seja, o limite para as deliberações é a manutenção do procedimento democrático.

A implementação da racionalidade nos procedimentos jurídicos tende a criar um espaço para uma democracia procedimental, onde as discussões acerca do melhor argumento a ser empregado ocorra no espaço público, com a possibilidade de participação de todos os interessados. É estabelecido que o pressuposto para a utilização do argumento usado na decisão seja aquele que obtiver maior densidade de aceitação. Portanto, os argumentos empregados nos debates públicos devem se revestir da maior razoabilidade possível, para que obtenham consenso no espaço público.

Os debates realizados no espaço público devem ser proferidas em linguagem clara para possibilitar o seu conhecimento pela maior parte possível da população. A utilização de linguagem técnica deve ser a mais imprescindível possível, com a finalidade de se evitar o formalismo que tanto assola a cultura jurídica. Do choque de argumento e contra-argumentos havido no debate é que advém a legitimidade das decisões judiciais.

A maior eficácia do ordenamento jurídico será obtida quando a população deixar sua posição de expectador passivo e inerte, para tornar-se sujeito de direito, agente ativo na construção da decisão judicial. Quanto maior for a participação da sociedade no debate dos principais temas postos à apreciação judicial, maior será a eficácia concreta do ordenamento jurídico.

O espaço público proporciona que o ordenamento jurídico possa ser emanado da vontade discursiva de seus cidadãos, fazendo com que ele possa apresentar um

maior teor de legitimidade, haja vista ter sido construído mediante um processo de normogênese, previamente estabelecido, calcado nos direitos fundamentais e na soberania popular. A legitimidade para Habermas advém de um processo comunicativo que é concretizado no espaço público.

Se o processo legislativo não estiver calcado nos direitos fundamentais e na soberania popular, dois limites na elaboração do ordenamento jurídico, a legitimidade do ordenamento estará obnubilada. A legalidade, proporcionada pelo processo legislativo, é reflexo da opinião discursiva dos membros da comunidade, somada à vontade dos membros da coletividade.

Como pressuposto do espaço público, podemos mencionar o princípio da igualdade comunicativa, em que cada cidadão tenha a mesma oportunidade de participar do processo discursivo, possibilitando que o argumento que obtenha o maior grau de consenso possa ser utilizado.

A fragilização do espaço público, pode ocorrer de vários modos. Um deles é a tecnização do discurso, com o rebuscamento da linguagem, através do uso de vários termos técnicos, que impedem à maioria da população compreender a discussão em setores imperiosos da vida nacional, como por exemplo, as discussões sobre economia. Emprega-se um tecnicismo exagerado para colocar fora do debate público as questões essenciais, com o argumento de que seriam assuntos eminentemente técnicos.

O fator teleológico para a construção da teoria do espaço público foi servir com instrumento de legitimação para as decisões judiciais, principalmente àquelas inerentes à jurisdição constitucional, em que o Poder Judiciário tem que intervir em vários seguimentos da sociedade para garantir direitos às prerrogativas constitucionais.

4. CRÍTICA À TEORIA SISTÊMICA

A crítica feita por Habermas à teoria sistêmica reside no fato de que ela gera uma autonomização do ordenamento jurídico, que produz um alheamento das reais condições existentes na sociedade.

A finalidade da razão comunicativa é buscar o entendimento, mediante parâmetros que orientem a comunicação, contrapondo-se à teoria dos sistemas que busca o alcance de determinados fins, por intermédio de um código comunicativo próprio, altamente técnico, que poucos são aqueles que podem compreendê-lo. A crítica habermasiana à teoria sistêmica reside no fato de que ela reduz a complexidade da seara fática, produzindo uma desconexão com a realidade.

Os subsistemas sociais mantêm uma constante interação com o meio ambiente e com outros subsistemas, por meio de constantes processos de intercâmbio. Ocorre que para preservar a integridade sistêmica, as informações que adentram no subsistema têm que ser transformadas em categorias abstratas para que sejam inteligíveis pelas suas estruturas. Destarte, há uma redução da complexidade das informações coletadas, já que elas, obrigatoriamente, têm que se adequar à linguagem vigorante no sistema, fazendo parte de um dos seus elementos.¹¹

Segundo Habermas, a teoria sistêmica produz uma “colonização do mundo da vida”, pois as informações que adentram no subsistema jurídico são destituídas de conteúdo, contribuindo de forma direta para alienar os cidadãos. As conseqüências ocasionadas são drásticas para a democracia, haja vista que a legitimação provém da auto-programação do poder, realizada pelo aparelho burocrático, partindo de uma concepção de completude do sistema, *autopoiesis*.

A teoria dos sistemas de Luhmann parte do pressuposto de que as estruturas internas reduzem a diferença entre o sistema e o meio ambiente, operando uma seletividade nas informações provenientes do exterior. Essas estruturas são essenciais para a auto-referência do sistema, mesmo que comprometa os canais de ligação com a sociedade. Para a teoria luhmanniana, a complexidade apenas provoca uma evolução sócio-cultural quando provoca uma modificação na estrutura da sociedade, no que compromete a auto-referência.¹²

A programação do universo jurídico passa a ser feita por elementos diferentes dos elementos que moldam o mundo da vida, o que acarreta um *gap*, com a perda de eficácia concretiva das normas jurídicas. Como a estrutura do ordenamento jurídico e o mundo da vida são diferentes, o cidadão comum não pode entender o funcionamento da seara normativa, o que acarreta uma perda de legitimidade na sua aplicação, provocando um distanciamento da população, conseqüência da sua alienação.

Como conseqüência desse pensamento, em que há uma autonomia do fenômeno jurídico, em dissonância com a legitimação popular ou com qualquer tipo

11. “Como todo sistema, o procedimento reduz a complexidade do mundo circundante selecionando determinadas alternativas de conduta em detrimento de outras que não são interiorizadas e que não podem ser arguidas, não importando em que medida tenham a ver com a realidade dos fatos. De nada adianta argumentar que determinada prova dos autos foi forjada se não se puder fazê-lo através das regras pré-fixadas na estrutura do próprio procedimento, tais como a apresentação de provas em contrário, dentro da forma prescrita em tempo hábil etc. Se isso não for possível, a parte prejudicada vê-se constrangida a aceitar a decisão como legítima, embora permaneça convencida de que foi ludibriada”. ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2003. P. 64.

12. BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Semântica e Comunicazione. L'evoluzione delle idee nella prospettiva sociológica di Niklas Luhmann*. Bologna: Clueb, 1987. P.41.

de legitimidade haurida da sociedade, estruturam-se determinados órgãos que passam a exercer o poder sem qualquer tipo de controle por parte da sociedade. O substrato de sua legitimação é baseado em um escalonamento normativo, ausente interpenetrações por parte da seara fática. Como por exemplo, as agências reguladoras ou a previsão de autonomia para o Banco Central cujos diretores têm uma considerável gama de poder, sem contar com a aquiescência da população.

Reproduzindo-se de forma interna, a teoria sistêmica não necessita de legitimidade para justificar as suas decisões, não havendo necessidade de argumentá-las. Esclarece Cláudio Pereira de Souza Neto: “Presente nos ideais cientificistas que caracterizam, em parte, o pensamento iluminista, a razão centrada no sujeito levou a tecnificação e a autonomização sistêmica das esferas do estado e do mercado. Com tal processo de autonomização, esses subsistemas passaram a exercer uma coordenação automática da vida do homem concreto, que está no mundo vivido, dispensando-se da necessidade de justificar discursivamente suas ações”.¹³

Para Habermas a linguagem do subsistema jurídico tem que estar respaldada no mundo da vida, onde as instituições basilares da sociedade são racionalizadas por meio de “um médio de linguagem”, que é a forma de obtenção de um consenso mais estável. Todavia, o processo de intercâmbio entre o subsistema jurídico e o meio ambiente precisa ser estabelecido, mediante padrões de racionalidade, assegurando a interação comunicativa.

A teoria habermasiana divide em duas ordens as instituições sociais: de primeira e de segunda ordem. De primeira ordem são aquelas que pertencem à seara fática, à seqüência natural do desenrolar dos fatos naturais. De segunda ordem são aquelas que não fazem parte intrinsecamente da ordem da vida, pois as relações sociais de primeira ordem lhe são independentes.

O Direito é considerado como uma instituição de segunda ordem porque é externo à seara fática, desenvolvendo-se não por uma seqüência natural de fatos, mas por meio de disposições normativas implementadas pelo homem. Assevera Luiz Moreira: “Mas por que o Direito é uma instituição de segunda ordem? Porque as diversas vivências sociais originárias brotam de um eticidade tradicional, de um universo de compreensão que, como tal, é compartilhado, de um horizonte de sentido comum, e não a partir dos termos de uma manifestação social juridicizante. Pois, nesse sentido, o Direito é uma instituição artificial que ocupa uma

13. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 291.

posição externa em relação à vida e ao modo como esta se reproduz em termos societários”¹⁴.

A principal crítica à teoria sistêmica, que prega o isolacionismo do ordenamento jurídico, é que ela tende a automatizar o direito, tornando-o um sistema que se auto-reproduz sem a necessidade de elementos da seara fática. Um sistema jurídico, que se fecha às influências da sociedade, perde suas referências com a realidade, tendendo a perder sua eficácia, pois, de forma inelutável, a normalidade prevalece em detrimento de uma normatividade distorcida.

Da mesma forma, a auto-reprodução do ordenamento, isolado dos elementos externos, não contribui para arrefecer o problema da ausência de legitimidade das normas jurídicas, antes o agrava, já que passa a ser um questão sociológica insignificante para o sistema. E ainda é um incentivo para o incremento de uma administração burocratizante, que passa a dispor de uma teoria para a sua auto-reprodução, sem a necessidade de legitimação dos seus procedimentos. O grande objetivo da teoria sistêmica, que seria a redução da complexidade do meio ambiente que circunda o Direito, provoca uma consequência extremamente danosa: o deslocamento do eixo de legitimidade da soberania popular para uma legitimidade procedimental, calcada apenas em elementos intra-sistêmicos.

O processo de automatização das decisões judiciais da jurisdição constitucional, amparado apenas nos procedimentos descritos no sistema, leva à falência o espaço público que deveria legitimá-las, impedindo o fortalecimento da democracia e a participação dos cidadãos no processo de decisão.

5. A DIFERENÇA DE CONCEPÇÃO DA LEGITIMIDADE PELO PROCEDIMENTO EM HABERMAS E WEBER

O referencial na concepção de legitimidade entre Habermas e Weber é que ambos defendem a possibilidade de sua fundamentação residir no procedimento. A principal diferença entre eles consiste em se saber se a racionalidade auferida pelo procedimento legítimo do ordenamento jurídico, configura-se autônomo ou não, em relação à moral.

Para Weber, a racionalidade auferida pelo procedimento, que legitima o ordenamento jurídico, é autônoma em relação à moral, ilação que deflui ser a legalidade legitimada a partir de si mesma. A condição de validação do universo

14. MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2º ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 50.

jurídico, para Weber, reside apenas em seu aspecto formal, sem nenhum parâmetro material, desde que fossem sejam seguidos os requisitos processuais, delineados pelo processo de normogênese.

Segundo Habermas, Weber legitima o ordenamento jurídico através do poder político, exercido segundo as regras do Estado de Direito, regido *per leges e sub leges*, corroborando um conceito positivista do Direito, segundo o qual os mandamentos legais são impostos pelo legislador, de acordo com um procedimento legal previamente estabelecido.¹⁵

A racionalização formal para Weber ocorre de três modos. O primeiro por intermédio do escalonamento normativo kelseniano, cuja norma inferior é validada pela norma superior, ocupando a Constituição a posição estruturante de todo o ordenamento jurídico, que garante o seu caráter sistêmico. O segundo, se dá devido à característica das leis que são genéricas e abstratas, garantindo uniformidade jurídica para a solução dos casos apresentados, sem serem formuladas para casos específicos ou especiais. E terceiro, é que a atuação dos órgãos administrativos e judiciais ocorre de forma vinculada ao que fora determinado por prescrições normativas, de acordo com o princípio da legalidade, com a finalidade de assegurar uma aplicação metódica e calculável que se concretiza mediante leis.¹⁶

Ele considera que a influência da moral nas cominações normativas pode acarretar a debilidade da racionalidade jurídica, contribuindo para a fragilização de sua legitimidade e destruição da sua racionalidade formal. A moral, segundo a concepção weberiana, é formada por valores subjetivos, que variam segundo os diversos interesses sociais, advindo daí sua irracionalidade. O Direito racionalmente sistematizado seria neutro em relação à moral. À medida que a moral influencia as cominações normativas, cristalizando a “des-diferenciação” entre o direito e a moral, estabelece-se a destruição paulatina da racionalidade jurídica.

Para Weber, o Direito é formalmente irracional quando no processo legislativo e na jurisdição são empregados tanto elementos que não podem ser controlados de forma racional e materialmente irracional, como quando as decisões têm por base valorações concretas do caso particular, seja de natureza ética, afetiva ou política. De forma contrária, o Direito é formalmente racional quando, sob o plano jurídico e processual, considera exclusivamente as características gerais unívocas dos casos concretos. Para conceituar o Direito materialmente racional, ele parte dos principais pressupostos: a) que cada decisão jurídica concreta é a aplicação de

15. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. P. 14.

16. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. P. 18-19.

um princípio abstrato a um caso concreto; b) que para cada caso concreto deva ser possível, através da lógica jurídica, utilizar um dos princípios abstratos em vigor; c) que o direito objetivo possa formar um sistema dos princípios jurídicos.¹⁷

Explica Habermas o posicionamento de Weber: “Segundo Weber, o direito dispõe de uma racionalidade própria, independente da moral. A seus olhos a des-diferenciação entre o direito e moral significa, até mesmo, colocar em perigo a racionalidade do direito e, com isto, o fundamento de legitimidade do poder político legal. Weber diagnosticava uma tal moralização fatal do direito, em desenvolvimentos contemporâneos, que ele descreve como sendo uma materialização do direito formal burguês”.¹⁸

A crítica que Habermas endereça a Weber é que este omite as qualidades ético-morais do procedimento, reduzindo-o à sua esfera cognitivo-instrumental. Para o primeiro, as normas não podem ser neutras de conteúdo valorativo, seguindo a lógica finalística, mas devem ser imbuídas de vetores ético-rationais.¹⁹ Para Weber, a racionalidade jurídica não está calcada em bases ético-rationais, mas baseada conforme os fins almejados, reduzindo a racionalidade a sua função estratégica. Habermas defende que a racionalização não deveria ser segundo fins, mas sim, segundo valores.

Habermas defende que a imperiosidade de se vincular preceitos morais às disposições normativas se deveu ao vazio ontológico, verificado após a Segunda Guerra Mundial, cujos horrores cometidos chocaram a todos, independente de sua coloração partidária, mostrando como os avanços da racionalidade podem ser relegados ao ocaso. A principal causa para esse acontecimento residiu na formação de um conceito de racionalidade apenas formal e não material, destituído de qualquer tipo de conteúdo que pudesse guiar a estrutura comportamental.

17. WEBER, Max. *Economia e Societã. Sociologia Del Diritto*. III. Trad: Giorgio Giordano. Milano: Edizione di Comunita, 1995. P. 16-17.

18. HABERMAS, Jurgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992. P. 14.

19. Esclarece Luiz Moreira, diferenciando os conceitos de legitimidade pelo procedimento de Habermas e Luhmann: “A interpretação dada por Weber às qualidades formais do Direito propicia o esquecimento de suas qualidades prático-morais, trazidas ao Direito pela exigência de uma legitimação racional introduzida pelo princípio da fundamentação, reduzindo o Direito à sua dimensão cognitivo-instrumental. Para Habermas, Weber considera a trajetória moderna do Direito como uma configuração neutra das esferas de ação, descritas através da lógica meio-fim, caracterizada em última instância por uma ação estratégica. Diferentemente da esfera da ética e da esfera racional da vida, segundo Habermas, Weber interpreta o Direito como uma instância que tornou secundário o aspecto prático-moral e se especializou em ações do tipo instrumental estratégico. E Weber baseia sua interpretação a partir de dois indicadores empíricos, a saber: a progressiva sistematização do ordenamento jurídico através de uma lógica interna própria, pelos seu respectivo manejo por operadores tecnicamente qualificados, e a identificação da legitimidade à legalidade propiciando a transferência dos problemas de fundamentação para os de procedimento”. MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 44.

A incorporação de preceitos morais ao ordenamento jurídico se dá por meio de princípios, servindo estes como a base do ordenamento. Devido à alta densidade dos princípios, estes têm a missão de realizar a ligação entre o universo metajurídico e o universo jurídico, injetando no sistema vetores axiológicos que balizarão as condutas sociais. Fazem parte do universo metajurídico em virtude do seu conteúdo moral, mas ao mesmo tempo fazem parte do universo jurídico em decorrência de sua positivação.

6. A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM HABERMAS

A principal crítica que é imputada à legitimidade da jurisdição constitucional diz respeito ao fato de ela sempre ultrapassa os limites estipulados na separação dos poderes, estabelecendo um conflito entre o Poder Legislativo, que teoricamente tem a incumbência de realizar a produção normativa, e o Poder Judiciário, que tem a função de aplicar a lei em relação ao caso concreto. Atuando esses dois poderes em função concorrente quando o Judiciário acolmata o ordenamento jurídico diante de uma omissão do Legislativo ou assegura a concretização de uma norma programática.

As assertivas mais virulentas contra a extensão da atuação do Poder Judiciário na jurisdição constitucional consistem no medo da criação de um “governo de juízes”, destituído de legitimidade popular. Entretanto, dos três poderes, o Judiciário é o mais frágil deles, porque não dispõe de nenhum meio coercitivo para garantir a eficácia de suas decisões, além de auferir a sua legitimidade de forma diferente dos outros dois.

Para Habermas, o objetivo principal da jurisdição constitucional é proteger os direitos fundamentais através decisões que obriguem os demais poderes, principalmente o Executivo, de forma vinculante, e que garanta a existência de disposição normativa quando a sua ausência for motivo impediante para o exercício de um direito.

A idéia de Habermas é estabelecer uma jurisdição constitucional com base em uma democracia participativa, que propicie a atuação efetiva dos cidadãos, o que seria um antídoto contra a ameaça de que os tribunais constitucionais se fechem em um ciclo autônomo de decisões. A jurisdição constitucional deve se basear em argumentos racionais, permitindo sempre a inclusão de participantes no debate público, com ligações intrínsecas com a sociedade.

Ele constrói uma teoria discursiva do Direito, fundada no agir comunicativo, que busca formar uma teoria de legitimidade cujas decisões judiciais sofram

injunções diretas do espaço público que, por sua vez, deve garantir a mais completa participação isonômica dos cidadãos e da sociedade civil organizada, formando um canal entre a sociedade civil e os entes estatais. Assim define a sua teoria o próprio autor: “A teoria discursiva do Direito concebe o Estado Democrático Social de Direito como uma instituição de procedimento e de pressupostos comunicativos – socorrendo-se sobre o binário do direito legítimo e garantindo a autonomia privada – tornando possível uma formação discursiva da opinião e da vontade. Por sua vez, esta última, transmite o exercício da autonomia política e torna possível a legitimação da estrutura jurídica”.²⁰

A sua teoria configura-se como procedimental porque assegura que os pressupostos racionais dos procedimentos judiciais possam direcionar a decisão tomada pelo magistrado. Esses pressupostos são construídos pelas normas jurídicas e por princípios morais, no ensejo de propiciar a maior participação possível dos cidadãos no espaço público. A sua concepção procedimental não significa que a forma deva preponderar em detrimento do conteúdo, mas sinaliza que os procedimentos jurídicos são a garantia para a realização dos pressupostos necessários para o funcionamento do espaço público.

A teoria comunicativa habermasiana se serve da política, tomada como um dos sistemas de ação existente, para tentar reduzir a complexidade da integração social, através da interação proporcionada pelo espaço público, com base em argumentos racionais. O agir comunicativo servindo-se da autonomia das vontades e do regime democrático constitui-se na força propulsora do espaço público.

Os princípios ético-morais, mesmo com o inconveniente de provocar uma incerteza quanto à sua definição, são considerados essenciais para a legitimação das decisões judiciais porque representam uma tentativa de garantir conteúdo ao regime democrático, uma esperança de equalizar o fático e o normativo dentro de uma perspectiva de consolidação dos direitos fundamentais. Eles garantem a densidade ontológica do procedimento judicial, sem que estes possam servir de obstáculo para o desenvolvimento do espaço público.

Contudo, os parâmetros que delineiam o procedimento judicial das decisões não podem ser cambiantes, pois devem ser constantes para solidificar a segurança jurídica, tão importante ao ordenamento. As diretrizes do procedimento devem ser estipuladas pelas normas jurídicas e pelos vetores ético-morais imperantes na sociedade.

20. HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme. Contributi a una Teoria Discorsiva Del Diritto e Della Democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Edizione Guerini e Associati, 1996. P. 518.

As Cortes Constitucionais não devem substituir o Poder Legislativo, mas os dispositivos constitucionais devem ser cumpridos e essa se revela a sua função mais sublime. Elas devem se tornar o esteio para a concretização dos direitos fundamentais. A sua atuação como legislador negativo somente deve ser verificado quando o Legislativo descumprir as cominações procedimentais que legitimam a produção jurídica. Como legislador positivo, o Poder Judiciário somente pode atuar para garantir a realização dos comandos normativos da Constituição e na extensão do programa normativo expresso.

A solução para a crise de legitimidade por que passa a jurisdição constitucional, ao cumprir suas extensas funções, condizentes com um Estado Social que ampara os direitos dos cidadãos, é segundo Habermas densificar a taxionomia democrática de suas decisões, por intermédio de uma concepção procedimental da Constituição, que tente buscar uma maior legitimidade das decisões da jurisdição constitucional por argumentos racionais construídos no espaço público.

O Poder Judiciário deve zelar pela integridade de aplicação da Constituição, verificando se os procedimentos necessários e os parâmetros ético-morais foram seguidos e se a decisão tomada se legitimou nas discussões travadas no espaço público.

Para Habermas, a racionalidade constitucional deve ser amparada por princípios ético-jurídicos, traduzida em argumentos que obtém legitimidade no espaço público, garantindo assim às decisões da jurisdição constitucional uma certa previsibilidade. Ensina o mencionado autor: “A racionalidade legitimante da Corte Constitucional (proveniente da Constituição) vem especificada na perspectiva da aplicação jurídica, não na perspectiva de um legislador que interpreta e desenvolve o sistema dos direitos perseguidos no sentido da “*policy*”. A Corte utiliza-se de uma estrutura racional já confeccionada pelo legislador e legitimada na sua elaboração e a aplica em um caso singular de maneira coerente e sintonizada com os princípios jurídicos vigentes. Mas desta racionalidade, a Corte não pode dispor de forma livre para interpretar e desenvolver, em sede jurídica, o sistema dos direitos (que estalaria um espécie de legislação implícita)”²¹.

Pode-se traçar algumas simetrias entre Habermas e Häberle no sentido de que ambos têm o escopo de democratizar de forma mais incisiva as decisões da jurisdição constitucional, sendo estas expostas ao debate público, principalmente no concernente à ampliação dos intérpretes da *Lex Mater*. A diferença está em

21. HABERMAS, Jürgen. *Fatti e Norme. Contributi a una Teoria Discorsiva Del Diritto e Della Democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Edizione Guerini e Associati, 1996. P. 311-312.

que a base da teoria habermasiana reside na racionalidade dos procedimentos que antecedem a decisão judicial, assumindo o processo judicial um caráter procedimental.

O alicerce de fundamentação da jurisdição constitucional reside no consenso obtido pelos cidadãos, como participantes da produção de um discurso racional, possibilitado pelo agir comunicativo; enquanto que o ordenamento jurídico garante a plenitude da autonomia privada que é um pré-requisito para a livre participação na formação do discurso racional, sem que haja a submissão de uma dessas esferas à outra. A jurisdição constitucional tem a missão de assegurar que o ordenamento jurídico cumpra essa função: velar pela autonomia privada. O modelo habermasiano de legitimação constitucional tem como essência procedimentos que têm o objetivo de resguardar o desenvolvimento do regime democrático de forma que possibilite a participação mais ampla possível dos cidadãos.

Ele plantea a teoria de legitimação da jurisdição constitucional, através de um procedimento calcado no agir comunicativo. Critica as teorias substancialistas de legitimação porque elas teriam um traço autoritário, na medida em que impõem à realização de valores materiais contidos na Constituição, desestimulando a participação dos cidadãos nos espaços públicos porque alça a jurisdição constitucional como última referência. Habermas desaprova o que denomina de “colonização do mundo da vida”, processo provocado pela expansão da jurisdição constitucional que tolhe a autonomia privada dos cidadãos, diminuindo a sua margem de atuação.

O argumento mais importante utilizado por Habermas para explicar a sua rejeição às teses substancialistas é porque na aplicação dessa essência, contida no texto constitucional, é descurado o pluralismo sócio-político-econômico, existente nas sociedades atuais, onde há uma ampla fragmentação de classes sociais, que impede o estabelecimento de substâncias que contemplem os interesses de todos os segmentos sociais. Segundo Lenio Streck, Habermas propõe que o tribunal constitucional deva ficar limitado à tarefa de compreensão procedimental da Constituição, restringindo-se a preservar os procedimentos de criação democrática do Direito.²²

A legitimação da jurisdição constitucional através, da teoria discursiva do direito, representa uma alternativa tanto à concepção liberal do Estado quanto à sua concepção comunitarista.

22. STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002. P. 138.

Para Habermas, os direitos subjetivos remetem a uma ordem jurídica objetiva, que obedece à lógica do processo comunicativo, assim, as normas jurídicas são formuladas por atores políticos que agem dentro de uma reflexão do nexó ético vital. Dessa reflexão, ele traça uma relação entre os direitos fundamentais e a autonomia dos cidadãos, já que a livre participação dos cidadãos no processo comunicativo permite a formulação de dispositivos jurídicos que assegurem a concretização dos direitos subjetivos.

A tensão entre os direitos fundamentais e o princípio da soberania popular, apresentada no pensamento de Sunstein ou de Frank Michelman para a legitimação da jurisdição constitucional, é para Habermas ultrapassada quando a legitimidade do ordenamento jurídico corresponde ao consenso dos cidadãos como participantes do processo comunicativo, criando uma conexão com o sistema de direito, que garante a autonomia privada e, ao mesmo tempo, com a supremacia dos mandamentos constitucionais.

Para a sua teoria o objetivo mais importante é a formação de procedimentos éticos de deliberação, que possibilitem a formação de consensos, ao invés da busca de valores éticos à *priori*.

7. BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução: Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 16ª Tiragem. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Semântica e Comunicazione. L'evoluzione delle idee nella prospettiva sociológica di Niklas Luhmann*. Bologna: Clueb, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e Moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.
- _____. *Fatti e Norme. Contributi a una Teoria Discorsiva Del Diritto e Della Democrazia*. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Edizione Guerini e Associati, 1996.
- _____. *Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade*. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

- KLEINBERG, Stanley S. *The Necessity and Limitations of Rational Argument*. Massachusetts: Blackwell, 1991.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- SOUZANETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à Metodologia. Secularização e Crise no Pensamento Jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- STRECK, Luiz Lenio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.
- SUNSTEIN, Cass. R. *Republic. Com*. New Jersey: Princeton University, 2002.
- WEBER, Max. *Economia e Società. Sociologia Del Diritto*. III. Trad: Giorgio Giordano. Milano: Edizione di Comunita, 1995.

DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS (1980-06/2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Antônio Carlos Araújo de Oliveira	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22/08/1980
02	Antônio Ezequiel da Silva	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22/08/1980
03	Edvaldo Pereira de Brito	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22/08/1980
04	Elsior Moreira Alves	O Direito Econômico no Estado Novo – 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22/08/1980
05	Geraldo Sobral Ferreira	Diretor, Sociedade Anônima – Relação Jurídica	Orlando Gomes	22/08/1980
06	Hermano Augusto Palmeira Machado	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22/08/1980
07	João Oliveira Maia	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
08	Jonhson Barbosa Nogueira	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22/08/1980
09	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
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

*. Da dissertação nº 1 à 25 não houve banca examinadora, apenas um parecer.

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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	Orlando Gomes, Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	18/10/1991
27	Edmundo Cordeiro de Almeida	Direito e Desenvolvimento	Hermano Machado, Sylvio Santos Faria, Nelson de Souza Sampaio	18/10/1991
28	Nilza Rocha de Figueiredo	O Contrato de Aprendizagem	Hermano Machado, Washington Trindade, Luiz de Pinho P. Silva	18/10/1991
29	Douracy Soares	O Módulo Rural e a Propriedade Familiar	Washington Luiz da Trindade, Angelina Nobre Rolim, 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.	Geraldo Sobral, Washington Trindade, Hermano Machado	27/12/1991
31	Maria da Conceição Ferreira do A. Duarte	Alguns Aspectos Fiscais do Direito Contábil	Antonio Maron Agle, Pedro Manso Cabral, Edvaldo Pereira de Brito	27/12/1991
32	Mirian de Almeida Souza	A Política Legislativa do Consumidor a Luz do Direito Comparado	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Pedro Manso Cabral, Josaph 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.	José Candido de Carvalho Filho, George Fragozo Modesto, Adhemar Raymundo da Silva	27/12/1991
34	Ana Francisca Pinto de Souza	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Geraldo Sobral, José Abreu, Hermano Machado	14/02/1992
35	Gilberto Gomes da Silva	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Helio Brito, Washington Trindade, Geraldo Sobral Ferreira	21/10/1992
36	Pedro Henrique Lino de Souza	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Edvaldo Brito, Helio Brito, Hermano Machado	17/12/1992
37	Perpétua Maria Vieira Figueiredo	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Sylvio Farias, Washington Trindade, Hermano Machado	17/12/1992
38	José Antônio Pereira Portela	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Pedro Manso Cabral, Washington Luiz da Trindade, Hermano Machado	23/11/1994
39	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Pedro Manso Cabral, Octavio Benno Magano	23/11/1994
40	Rubem Dário Peregrino Cunha	A Proteção Administrativa do Consumidor	Alice Gonzalez Borges, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	23/11/1994
41	Saulo José Casali Bahia	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	J. J. Calmon de Passos, Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	23/11/1994
42	Paulo Vasconcelos Jacobina	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos	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	Pedro Manso Cabral, Jose Joaquim Camom de Passos, Washington Luiz da Trindade	30/08/1995

Dissertações defendidas (1980-06/2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
44	Deraldo Dias de Moraes Neto	Contrato de Franchising	Hermano Machado, Geraldo Sobral, Pedro Manso Cabral	01/09/1995
45	Jussara Maria Salgado Lobo	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Sylvio Farias, Jose Abreu, Hermano Machado	09/10/1995
46	Heron José de Santana	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Washington Trindade, Antonio Herman V. Benjamim -Pedro Manso Cabral	01/07/1996
47	João Augusto de O. Pinto	A Respons. Civil do Est.-Fornecedor de Serviços Ante o Usuário-Consumidor	Antonio Carlos A. Oliveira, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edvaldo Brito	22/07/1996
48	Nilza Maria Costa dos Reis	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, Jose Abreu, 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	Pedro Manso Cabral, Pedro Sampaio, Geraldo Sobral	14/05/1997
50	Nágila Maria Sales Brito	O Concubinato e Seus Efeitos Econômicos	Pedro Sampaio, Washington Trindade, Pedro Manso Cabral	03/06/1997
51	Adão de Assunção Duarte	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrópicos	Washington Trindade, George Modesto, Edvaldo Pereira de Brito	16/06/1997
52	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	A Norma Constitucional Programática	Washington Trindade, Edvaldo Brito, Antonio Carlos A. de Oliveira	07/07/1997
53	José Diniz de Moraes	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Luiz de P. Pedreira, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	17/07/1997
54	Pedro Braga Filho	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Nilza Reis, Pedro R. Bastos Furtado -Hermano Machado	26/03/1998
55	Carlos Alberto Araponga Dória	Icms – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo C. Bahia, Sylvio Santos Farias	07/04/1998
56	Andremara dos Santos	Juiz: Senhor da Constituição? (o Retorno do Direito Pretoriano)	George Modesto, Odete Medauar, 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	Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda, Geraldo Sobral Ferreira	24/07/1998
58	Kadja Maria Ribeiro Parente	O Direito das Ações Preferenciais Oriundas de Incentivos Fiscais na Sociedade Anônima	Geraldo Sobras Ferreira, Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda	24/07/1998
59	Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar,	27/07/1998
60	Sérgio Novais Dias	Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance	Edvaldo Pereira de Brito, Geraldo Sobral, Odete Medauar,	27/07/1998
61	Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes	Concessão de Serviço Público: a Revivência de Um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	23/11/1998
62	Roberto Cavalcanti Sampaio	Franchising: Reflexos Jurídicos Nas Relações das Partes	Nilza Reis, Washington Luiz da Trindade, Maria Magnolia L. Guerra	26/04/1999

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
63	Adhemar Bento Gomes Filho	Liberalização das Telecomunicações – o Direito Econômico na Transição para uma Nova Regulação de Mercado	Hermano Machado, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	20/05/1999
64	Dirley da Cunha Júnior	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo Bessa Antunes, Wilson Alves de Souza	24/09/1999
65	Vera Maria Veigand	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado, Johnson B. Nogueira, Nelson S. Junior	06/10/1999
66	Ricardo Cesar Mandarino Barreto	Idéias Sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado, Denise Lucena Cavalcanti, Carlos Ayres Brito	23/11/1999
67	Antonio Augusto Brandão de Aras	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral Roberto Rosas	12/05/2000
68	Angélica de Mello Ferreira	A Flexibilização como Mecanismo Regulamentador do Direito do Trabalho	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Antonio Carlos A. Oliveira	19/05/2000
69	José Gomes Brito	A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Praticados Contra o Meio Ambiente	Maria Auxiliadora Minahim Alessandra R. M. Prado, Paulo Queiroz	09/06/2000
70	Mario Jorge Philocreon de Castro Lima	Investigação Sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria, Willis Santiago, Carlos Alberto Araponga Dória	13/06/2000
71	Celso Luiz Braga de Castro	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado, Germana de Oliveira Moraes Menelick de Carvalho Netto	17/08/2000
72	Cláudio Alberto Gusmão Cunha	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral, Saulo Casali Bahia	19/12/2000
73	Sebastião Borges de Albuquerque Mello	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas – Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim, Dirceu de Mello, Willis Santiago Guerra Filho	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 George F. Modesto, Maria Auxiliadora Minahim	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, George F. Modesto, Luiz Regis Prado	24/10/2001
76	Robério Nunes dos Anjos Filho	A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim, Saulo Casali Bahia, Menelick de Carvalho Neto	30/11/2001
77	Bruno Espíeira Lemos	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Paulo Queiroz	05/12/2001
78	Marco Aurélio de Castro Júnior	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	06/12/2001
79	Claudio Cairo Gonçalves	O Contrato Administrativo em Face da Atual Concepção de Estado.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Cicero Virgulino da S. Filho	17/12/2001

Dissertações defendidas (1980-06/2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
80	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Poder Judiciário e Jurisdição no Mecosul: Conflitos Entre Normas Internacionais e Internas.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	18/12/2001
81	Cleonice de Souza Lima Santos	Do Usufruto: Origem, Elementos Essenciais, Instrumentalidade e Aplicação no Direito Atual	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona	17/01/2002
82	Fredie Souza Didier Júnior	Admissibilidade do Recurso de Terceiro no Processo Civil Brasileiro	Geisa de Assis Rodrigues, Flávio Cheim Jorge, Jose Joaquim Calmon de Passos	28/01/2002
83	Milton Moreira de Oliveira	Medidas Coercitivas Patrimoniais, Efetividade e Celeridade da Tutela Trabalhista	Johnson Meira Santos, Washington Luiz da Trindade Rodolfo Mário Pamplona Filho	08/04/2002
84	Selma Reiche Bacelar	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade, Maria Auxiliadora Minahim, Juliette Robichez	22/04/2002
85	Cinzia Barreto de Carvalho	O Instituto da Conciliação em Matéria Trabalhista na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na Perspectiva de Um Mercado.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Mário Pamplona Filho	31/07/2002
86	Daniela Ferreira Marques	Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim Washington Luiz da Trindade Juliette Robichez	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	Maria Auxiliadora Minahim Paulo R. L. Pimenta, Júlio César de S. Rocha	03/10/2002
89	Arthur de Oliveira Maia da Silva	Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Proposta para o Enfrentamento Jurídico das Escolhas Trágicas	Edvaldo Pedreira de Brito, Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto	21/10/2002
90	Luiz Cláudio Magalhães Madeira	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade Cicero Virgulino da S. Filho Johnson Meira	25/10/2002
91	Luciano Dorea Martinez Carreiro	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho	22/11/2002
92	Ronald Olivar Amorim e Souza	Grève & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira Johnson Meira, Rodolfo Pamplona Filho	12/12/2002
93	Maria Paula Nogueira D'Ávila	Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização: uma Proposta de Atuação Sindical Global	Washington Trindade Juliette M. M. Robiche Johnson Meira	13/12/2002
94	César Faria Júnior	O Término do Processo Administrativo Fiscal como Condição da Ação Penal Nos Crime Contra a Ordem Tributária.	Maria Auxiliadora Minahim Edvaldo Brito, Dirceu de Mello	16/12/2002
95	João Carlos Macêdo Monteiro	Natureza Jurídica das Relações Entre o Investidor e As Administradoras de Fundos de Investimento Financeiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta Edvaldo Pereira de Brito, Saulo José Casali Bahia	30/01/2003
96	Maria José Ramos Coelho Lins de A.Sento-Sé	A Imunidade Tributária do Livro Eletrônico	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta Manoel Jorge e Silva Neto	31/01/2003
97	Denise L. Fontes Alberto Leopoldo	A Atuação do Ministério Público na Jurisdição Penal e a Instrumentalidade Garantista	Maria Auxiliadora Minahim Cláudio R. Brandão, Carlos Ayres de Brito	28/04/2003

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
98	Cecília Teixeira de Souza Oliveira	A Expressão da Extrafiscalização na Cofins	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto L. Pimenta Ubirajara Coelho Neto	12/05/2003
99	Auristela Oliveira Reis	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim André de Carvalho Ramos	16/05/2003
100	Ana Paula de Almeida Lima Leal	A Inversão do Ônus da Prova, à Luz da Ponderação de Interesses	Edvaldo Pedreira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Manoel Jorge e Silva Neto	21/05/2003
101	Pompeu de Sousa Brasil	Blocos Econômicos: Aparelhamento Jurídico e Perspectiva no Âmbito do Mercosul	Saulo Casali Bahia, Edvaldo Pereira Brito Ubirajara Coelho Neto	26/05/2003
102	Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa	A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos	Saulo Casali Bahia, Washington Trindade, Rodolfo M. Pamplona Filho	28/05/2003
103	Itamar Jezler Campello	Uma Análise do Teorema de Coase Aplicado Às Transações dos Efeitos Jurídicos em Casos de Reparação de Danos	Pedro Soares Sampaio, Luiz de Pinho Pedreira, Mário Rodrigues Barbosa	02/06/2003
104	Pedro Lino de Carvalho Júnior	A Lesão Consumerista no Direito Brasileiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta Monica Aguiar Silva, Roxana Borges	16/12/2003
105	Ricardo Maurício Freire Soares	Hermenêutica, Linguagem e Princípios: Repensando a Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	16/12/2003
106	Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda	A Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Consumo	Saulo Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Rodolfo Pamplona Filho	18/12/2003
107	Reinaldo de Souza Couto Filho	A Impenhorabilidade do Bem de Família em Relação Às Dívidas Condominiais	George Frago Modesto Washington Luiz da Trindade, Mario Rodrigues Barbosa	18/12/2003
108	Maria Elisa da Silva Villas-Bôas	Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos da Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida.	Maria Auxiliadora Minahim, Vicente de Paula Barreto, Maria Theresa Medeiros Pacheco	17/03/2004
109	Antonio Lima Farias	A Reforma Tributária em Face do Sistema Tributário Nacional no Estado Democrático de Direito.	Edvaldo Pereira de Brito, Paulo Lyrio Pimenta, Heleno T. Torres	26/04/2004
110	Rafael Carrera Freitas	O Poder Normativo das Agencias Reguladoras: Um Mecanismo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo de Pereira Brito, Dirley Victor da Cunha Júnior	10/05/2004
111	Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao Nome: Identidade e Tecnologia	Monica Aguiar Neves, Edvaldo Brito, Camilo Coloni	24/05/2004
112	Eduardo Sodré	O Processo Cognitivo Nos Juizados Especiais Cíveis	Jonhson Meira, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	11/06/2004
113	João Marinho da Costa	A Propriedade e As Propriedades: Pesquisa da Aplicação da Tese de Salvatore Pugliatti – a Propriedade Sobre Bens Móveis e a Propriedade Sobre Bens Imóveis por Natureza (Propriedade do Solo)	Mario Rodrigues Barbosa, Hermano Machado, Jiliette Robiches	30/06/2004
114	Sidney Pessoa Madruga	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.	Edivaldo Boaventura, Manuel Jorge e Silva Neto, Kebengele Munanga	09/12/2004
115	Camila Lemos Azi	O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil	Mario Rodrigues Barbosa Roxana Cardoso Borges, Rodolfo Mário Pamplona Filho	16/12/2004

Dissertações defendidas (1980-06/2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
116	Antonio Oswaldo Scarpa	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Pelo Poder Judiciário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta Manuel Jorge e Silva Neto, Marco Aurélio Greco	06/05/2005
117	Gamil Foppel El Hireche	Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio.	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Juarez Cirino dos Santos	09/05/2005
118	Cláudio Mascarenhas Brandão	A Responsabilidade Objetiva do Empregador Decorrente do Acidente de Trabalho Nas Atividades de Risco Acentuado	Luiz de Pinho Pedreira Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira Santos	10/05/2005
119	Pedro Alexandre de Araújo	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-Jurídicos	Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim Alessandra Rapassi Mascarenhas	12/05/2005
120	Maria da Graça B. de Athayde de A Varela	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito, Luiz Alberto David Araújo, Dirley Cunha Júnior	31/05/2005
121	Leonardo Vieira Santos	Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Monica Neves Aguiar Rosângela Lunardelli Cavallazi Rodolfo Pamplona	03/06/2005
122	Rosemília Dias da Silveira Tannus	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas.	Maria Auxiliadora Minahim Rosângela Lunardelli Cavallazi Mônica Aguiar	03/06/2005
123	Alvaro Emanuel de Oliveira Simões	No Processo do o Jus Postulandi das Partes Trabalho e sua Influência na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonson Meira	06/06/2005
124	Alvaro Emanuel de Oliveira Simões	No Processo do o Jus Postulandi das Partes Trabalho e sua Influência na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonson Meira	06/06/2005
125	Geisy Fiedra Rios P. de Almeida	Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste	Saulo Casali Bahia, Pedro Sampaio, João Grandino Rodas	25/07/2005
126	Leonardo Tochetto Pauperio	A Cidadania Mínima: Relação Jurídico-Constitucional da Extinção da Fome e do Alívio Voluntário da Dor	Maria Auxiliadora Minahim, George Fragoso Modesto, Lenio Luiz Streck	08/09/2005
127	Julio Cezar Lemos Travessa	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia, Alessandra Rapassi, Paulo Queiroz	11/01/2006
128	Lízea Magnavita Maia	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, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, José Antonio Saja	26/01/2006
129	Nilson Roberto da Silva Gimenes	O Direito de Objeção de Consciência Às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia, Monica Aguiar Silva, Camilo Colani	03/02/2006
130	Clodoaldo Silva da Anunciação	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Luiz da Trindade, Johnson Meira Santos, Cicero Virgulino da Silva Filho	06/02/2006
131	Jaime Barreiros Neto	A Importância da Fidelidade Partidária para a Consolidação da Democracia Brasileira	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, Jose Joaquim Calmon de Passos	17/02/2006
132	Mauricio Souza Sampaio	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon Passos Paulo Roberto Lyrio Pimenta	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, Paulo Roberto Lyrio Pimenta Raimundo Juliano Rego Feitosa	13/03/2006

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
134	Perpetua Leal Ivo Valadão	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahimlessandra R. M. Prado, Solange Telles -PUC-SP	12/05/2006
135	Sara de Almeida Borges	Relação Jurídico Constitucional dos Valores Antropológicos e dos Valores Ecológicos na CF\88.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado Solange Telles	12/05/2006
136	Pedro Pessoa Lepikson	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier, Roxana Cardoso Borges, Luiz Edson Fachin	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, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fátima Freire de Sá	25/05/2006
138	Belmiro Vivaldo Santana Fernandes	O Dano Moral por Discriminação a Pessoas em Decorência de Orientação Sexual.	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fatima Freire de Sa	25/05/2006
139	Erica Vericia de Oliveira Canuto	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves, Rodolfo Mario Pamplona Filho, Camilo Coloni	30/05/2006
140	Maurício Dantas Góes e Góes	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e Seu Deficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo Casali Bahia, Jose Joaquim Calmon de Passos	21/06/2006
141	Carlos Martheo C. Guanaes Gomes	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia, Rodolfo Pamplona Filho, Júlio Rocha	30/06/2006
142	Ludmyla Franca	Entre o Nilismo e a Utopia: a Busca Pela Dignidade da Política em Um Diálogo com As Idéias de Hannah Arendt	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon Passos Rodolfo Mário Pamplona Filho	05/07/2006
143	Rodrigo Moraes	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura, José Joaquim Calmon Passos Rodolfo Pamplona Filho	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, José Joaquim Calmon Passos Edilton Meireles de Oliveira	19/07/2006
145	Jose Amando Júnior	Efeito Reflexo Cosntitucional: Estudo de Caso Sobre a Racionalidade e o Sistema Jurídico na Pós-Modernidade	Saulo Casali Bahia, Paulo Pimenta, Germano Schwartz	21/09/2006
146	Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Aldacy Rachid Coutinho	06/10/2006
147	Soraya Santos Lopes	Dimensão Coletiva da Moradia: uma Proposta Dogmática Visando a Efetividade de suas Políticas Públicas.	Edvaldo Brito, Marília Muricy, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
148	Livia Maria e Sant'ana	Ações Afirmativas: Aplicação Às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito, Heron José de Santana, Maria Lígia C. Mathias	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, Edvaldo Brito, Maria Lígia C. Mathias	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, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	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 Luiz Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	16/11/2006

Dissertações defendidas (1980-06/2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
152	Rafael Menezes Trindade Barretto	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binembom, UERJ	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, Heron José de Santana, Alexandre Tavessoni	09/02/2007
154	André Luiz Batista Neves	A Interpretação Conforme à Constituição e Seus Limites	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Daniel Sarmento	09/02/2007
155	Tarsis Barreto Oliveira	O Patenteamento de Seres Vivos e As Repercussões Jurídicas na Biotecnologia	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Trindade, Rosângela Lunardelli	15/03/2007
156	Marialva de Castro Calabrich Schluking	A Proteção do Mínimo Existencial no Plano Tributário e Algumas Considerações Sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta Betina Treiger Grupenmacher	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, Edivaldo Boaventura, Alirio Fernando Barbosa de Souza	26/03/2007
158	Roberto Levy Bastos Manatta	O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade	Edivaldo Boaventura, Washington Trindade, José Joaquim Calmon de Passos	27/03/2007
159	Renato Amoedo Nadier Rodrigues	Direitos dos Acionistas Minoritários	Alirio Fernando Barbosa de Souza, Washington Trindade, 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 Brito, Marciano Seabra Godoi, Dirley Cunha	23/04/2007
161	Cristiane de Araújo Góes Magalhães	Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros	Paulo Roberto Lyrio Pimenta Marciano Seabra Godoi, Dirley da Cunha Junior	23/04/2007
162	Laurício Alves Carvalho Pedrosa	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges, Washington Luis da Trindade, José Rubens Morato Leite	04/05/2007
163	Flavia da Fonseca Marimpietri	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo Mario Veiga Pamplona Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	18/05/2007
164	Ana Beatriz Lisboa Pereira	Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial	Fredie Didier Júnior, Luis Guilherme Marinoni, Rodolfo Mário Veiga Pamplona	25/05/2007
165	Kamila Assis de Abreu	Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira	Roxana Cardoso B. Borges, Heron José de Santana, Marcelo Dias Varela	04/06/2007
166	Alessandro Ribeiro Couto	As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Andre Ramos, Dirley Cunha	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.	Dirley da Cunha Júnior, Fredie Didier Jr, Andre Tavares Ramos	06/06/2007
168	Michelle Crisatine Assis Couto	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
169	Alassana Valdez	Aplicabilidade das Normas de Tratados Internacionais no Direito Comercial: Caso da Ohada no Ordenamento Jurídico Guineense.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
170	Sílvia Lorena Villas Boas Souza	Os Créditos de Carbono no Âmbito do Protocolo de Quioto.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
171	Deivid Carvalho Lorenzo	Pesquisas Genéticas Comêlulas – Tronco Embrionarias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
172	Emmanuela Vilar Lins	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico.	Mônica Neves Aguiar, Leocir Pessini, Maria Auxiliadora Minahim	27/09/2007
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	Saulo José Casali Bahia, Andréas Joachim Krell, Heron José de Santana	28/09/2007
174	Renata Figueiredo Brandão	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Saulo José Casali Bahia Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	01/10/2007
175	João Alves de Almeida Neto	Consórcio de Empregadores no Ordenamento Brasileiro: Aplicabilidade e Disciplina de Direito Material no Âmbito Urbano	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Nelson Mannrich, Washington Trindade	11/10/2007
176	Leandro Lopes Paraense	Redefinição da Propriedade como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Washington Trindade, Nelson Mannrich, Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho	11/10/2007
177	Paula Sarno Braga	Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas Particulares	Fredie Didier Jr., Ana Paula M. da Costa e Silva Roxana Cardoso Brasileiro Borges	22/10/2007
178	Cristiano Miranda de Santana	Anencefalia e o Direito à Vida: Reflexões Sobre a ADPF N.º 54	Edvaldo Pereira de Brito, Fabiola Santos Albuquerque, Maria Auxiliadora Minahim	10/12/2007
179	Juvenal José Duarte Neto	Súmula Vinculante como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007
180	César Cintra Fonseca	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Repensando a Dogmática Tradicional, na Sociedade de Riscos, para Garantia da Proteção Penal do Meio Ambiente	Alessandra Rapassi, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, Maria Auxiliadora Minahim	21/12/2007
181	Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves	Penas Restritivas de Direito – Alternativa de Punição Justa: uma Análise dos Fins das Penas Restritivas de Direitos à Luz da Teoria Dialética Unificadora da Claus Roxin	Maria Auxiliadora de A. Minahim, Cláudio Alberto Gabriel Guimarães, Alessandra Rapassi	22/12/2007
182	Kaline Ferreira Davi	A Dimensão Política da Administração Pública sob a Ótica de um Direito Administrativo Constitucionalizado	Celso Luiz Braga de Castro, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Edvaldo Pereira de Brito	03/03/2008
183	Sérgio Neeser Nogueira Reis	Limitações Jurídicas as Pesquisas em Células-Tronco Embrionárias	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
184	Carlos Frederico Guerra Andrade	Direito à Intimidade Genética na Relação de Emprego	Monica Neves Aguiar da Silva, Edilton Meileres, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
185	Atila Djawara Moreira Ferreira	Normas Constitucionais Programáticas na Ordem Jurídica Guineense	Saulo José Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edivaldo Machado Boaventura	25/03/2008

Dissertações defendidas (1980-06/2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
186	Jailson de Souza Correa	Dano Moral Decorrente da Ofensa à Liberdade Religiosa dos Adeptos das Religiões de Matriz Africana	Saulo José Casali Bahia, Prof. Heron José de Santana, Hédio Silva Junior	28/03/2008
187	Ilzver de Matos Oliveira	O Discurso do Judiciário sobre as Ações Afirmativas para a População Negra na Bahia	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, Eunice Aparecida Jesus Prudente	28/03/2008
188	Irena Carneiro Martins	A Importância da Limitação da Responsabilidade de Sócios e Delimitação da Responsabilidade de Administradores para as Relações Econômicas no Ordenamento Brasileiro	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Marcia Carla Pereira Ribeiro	31/03/2008
189	Geder Luiz Rocha Gomes	A Substituição da Pena Privativa de Liberdade: Legitimidade e Adequação das Alternativas Penais	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
190	Salomão Resedá	A Aplicação do <i>Punitive Damage</i> nas Ações de Indenização Por Danos Morais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
191	João Glicério de Oliveira Filho	Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
192	Bianca da Silva Alves	O Bem Jurídico-Penal Tutelado Pelo Crime de Utilização Ilegal de Células-Tronco Embrionárias Humanas (Art. 24 da Lei de Biossegurança)	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
193	Priscila da Mata Cavalcante	O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, André de Carvalho Ramos	03/04/2008
194	Eugênio de Souza Kruschewsky	Responsabilidade Civil e Células-Tronco	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Eroulths Cortiano Junior	04/04/2008
195	Luciano Lima Figueiredo	A Função Social das Patentes de Medicamentos	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Boaventura	04/04/2008
196	Cláudio dos Passos Souza	Processo Administrativo Tributário: Possibilidade de Questionamento Judicial das Decisões Contrárias ao Estado	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Celso Luiz Braga de Castro, Roberto Ferraz	14/04/2008
197	Erica Rusch	Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais	Fredie Didier Junior, Roxana Cardoso B. Borges, Marcelo Abelha Rodrigues	15/04/2008
198	Miguel Calmon Teixeira Branco	Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a Pós-Modernidade: Resistência e Proteção do Estado Social enquanto Dimensão do Estado Democrático de Direito	Dirley da Cunha Júnior, Manoel Jorge e Silva Neto, André Ramos Tavares	17/04/2008
199	Adrienne Mônica Oliveria Souza	Auditorias Operacionais: Controle Substancial da Gestão Pública pelas Tribunais de Contas	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, André Ramos Tavares	17/04/2008
200	Valdir Ferreira de Oliveira Júnior	O Estado Constitucional Solidarista	Manoel Jorge e Silva Neto, Heron José de Santana, José Cláudio Monteiro de Brito Filho	24/04/2008
201	Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho	Jurisdição no Estado do Bem Estar e do Desenvolvimento	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
202	Manoel Carlos de Almeida Neto	O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais: à Luz da Jurisprudência do STJ	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008

TESE DE DOUTORADO DEFENDIDA

Nº	DOUTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Flávia Moreira Guimarães Pessoa	Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente: uma Proposta de Tratamento Jurídico	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edivaldo Boaventura, Carlos Henrique Bezerra Leite	04/04/2008

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