

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

Homenagem ao Professor Luiz de Pinho Pedreira



Nº 17 • Ano: 2008.2
Salvador – Bahia

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

Conselho Editorial Administrativo

Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, 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), Jannaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), 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 DEZEMBRO 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 – 2008.2

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

LISTA DOS ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2008.2

01. Deraldo Dias de Moraes
02. Marco Aurélio de Castro Júnior
03. Yuri Carneiro Coelho
04. Cesar de Faria Junior
05. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
06. Leonardo Touchetto Pauperio
07. Maria Elisa Villas-Boas P. de Lemos
08. Antonio Adonias Aguiar Bastos
09. Fabio Periandro de Almeida Hirsch
10. Jackson Chaves de Azevedo
11. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
<i>Rodolfo Pamplona Filho</i>	

Artigos do Corpo Docente

I PENA E SOFRIMENTO	17
<i>Maria Auxiliadora Minahim</i>	
1. Considerações iniciais.....	17
2. O castigo como condicionador de comportamento.....	19
3. Violação e reação penal	20
4. Função intra-psíquica da pena	22
5. Teoria das necessidades emotivas.....	23
6. Pena e sofrimento sempre (independentemente das diversas construções)	24
7. Reeducação e dor, uma antinomia?.....	25
8. Privação da liberdade como perversão	26
9. Pena alternativa: a meta ideal?	28

Artigos do Corpo Discente

II A MORTE ENCEFÁLICA COMO CRITÉRIO DE MORTE	33
<i>Maria Elisa Villas-Bôas</i>	
Introdução	33
1. O morrer através dos tempos e a evolução dos critérios de morte.....	34
2. Morte clínica e biológica	37
3. O critério cardiorrespiratório	39
4. A morte encefálica: diagnóstico e efeitos ético-legais	42
Conclusão.....	53
Referências.....	54

III O MÉTODO FENOMENOLÓGICO PROPOSTO POR EDMUND HUSSERL E O CASO ESCOLA BASE	57
<i>Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo</i>	
1. Introdução	57
2. O caso da Escola Base	58
3. Do psicologismo à fenomenologia.....	59
4. Primeira aproximação do método fenomenológico proposto por Edmund Husserl	62
5. Segunda aproximação do método fenomenológico	68
6. Conclusões	72
7. Referências.....	73

IV A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS BRASILEIROS PARA DIMINUIÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL E PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	75
<i>Matheus Ferreira Bezerra</i>	

1. Introdução	76
2. O enquadramento jurídico da desigualdade social.....	78
3. Os instrumentos jurídicos de diminuição da desigualdade social e distribuição de renda ..	79
3.1. A reforma agrária e a usucapião.....	80
3.2. A valorização do trabalho e a política salarial.....	81
3.3. Combate à concentração de renda	83
3.4. Incentivos à inversão do capital	84
3.5. Incentivos à pesquisa e à educação	85
4. Conclusão.....	87
5. Referências.....	89

Artigos de convidados

V NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO.....	93
<i>Eduardo Cambi</i>	
Introdução	93
1. Neoconstitucionalismo.....	95
1.1. Aspecto histórico.....	95
1.2. Aspecto filosófico.....	97
1.3. Aspecto teórico.....	97
1.3.1. Força normativa da Constituição	98
1.3.2. Expansão da jurisdição constitucional.....	99
1.3.3. Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional	106
2. Neoprocessualismo	111
2.1. Constituição e Processo.....	111
2.2. Direito fundamental à ordem jurídica justa, direito fundamental ao processo justo e a visão publicística do processo	113
2.3. Direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais.....	115
2.4. Instrumentalidade e garantismo.....	124
Conclusão.....	129

VI A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO PROCESSO DO TRABALHO: A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS INADIMPLIDOS PELO EMPREITEIRO CONTRATADO	131
--	------------

Floriano de Azevedo Marques Neto

Eduardo Ferreira Jordão

1. Introdução	131
2. As medidas “processuais”.....	133
2.1. Considerações iniciais.....	133
2.2. A análise da legalidade da responsabilidade subsidiária da Administração Pública....	133
2.2.1. Da aplicação analógica do art. 455 da CLT	135
2.2.2. A questão da culpa in eligendo ou in vigilando	137
2.2.3. A suposta violação ao princípio da proteção ao trabalhador	139
2.2.4. O falacioso argumento da “realização da justiça”	141
2.3. A necessária atenção aos termos do Enunciado nº 331 do TST.	142
2.3.1. A responsabilidade: subsidiariedade e solidariedade	144
2.3.2. Do direito de regresso	144

2.3.3. Da integração ao processo.....	145
2.4. Resumo das medidas intraprocessuais	147
3. As medidas “pré-processuais”	149
3.1. A fiscalização.....	149
3.2. A previsão de obrigação do contratado de pedir a exclusão da Administração	150
3.3. A exigência de seguro específico.....	152
3.4. A retenção da garantia.	153
4. Conclusão.....	155
5. Bibliografia	155
VII A EFICÁCIA DA DECISÃO ENVOLVENDO A REPERCUSSÃO GERAL E OS NOVOS PODERES DOS RELATORES E DOS TRIBUNAIS LOCAIS.....	159
<i>José Henrique Mouta Araújo</i>	
I. Introdução	160
II. Tentativa de conceituação da repercussão geral. Análise dos aspectos <i>objetivo e subjetivo envolvendo a questão constitucional.....</i>	<i>161</i>
VIII DO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA ELEITORAL POTENCIALIDADE HERMENÊUTICA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL...	177
<i>Juvêncio Vasconcelos Viana</i>	
<i>Daniel Gomes de Miranda</i>	
Introdução	178
1. Do atual entendimento do TSE sobre a matéria.....	179
2. Da colocação da matéria sob o foco da nova hermenêutica constitucional	181
3. Da natureza do art. 22, Inciso i, alínea “j”, do Código Eleitoral	185
4. Razões infraconstitucionais do cabimento da ação rescisória	187
5. Da competência para o julgamento.....	193
Considerações finais.....	194
Referências.....	195
IX DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL.....	197
<i>Luís Roberto Barroso</i>	
I. Apresentação do problema	197
II. A progressiva superação do preconceito	199
III. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado	200
IV. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado	204
V. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais	207
1. Princípio da igualdade.....	208
1.1. Igualdade formal e material. Igualdade na lei e perante a lei	209
1.2. Fundamentos invocados para a desequiparação	211
2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada.....	212
3. Princípio da dignidade da pessoa humana	215
4. Princípio da segurança jurídica	217
VI. O primado da afetividade: a união homoafetiva como entidade familiar	218
VII. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º.....	222
VIII. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica	223

1. Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica ...	223
2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica	224
IX. Conclusão	226

X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A BUSCA DE CRITÉRIOS JUSTOS PARA A DETERMINAÇÃO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES, EM ALGUMAS HIPÓTESES ESPECIAIS DE DANO CONTRA A SAÚDE..... 229

Luiz Rodrigues Wambier

Teresa Arruda Alvim Wambier

1. Breve introdução	229
2. O princípio da dignidade da pessoa humana e alguns de seus desdobramentos no campo da saúde pública.....	232
3. Danos causados à saúde da população, em razão da produção e comercialização de remédios com potencial danoso	233
4. O fenômeno da integração econômica e alguns de seus reflexos na gestão das sociedades contemporâneas.....	234
5. Integração e direito	235
6. Portas abertas para alteração da orientação jurisprudencial?.....	236

XI O JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE, O ART. 515, § 3º, CPC E O CONTRADITÓRIO 239

Márcio Carvalho Faria

1. O julgamento antecipadíssimo da lide e o art. 285-A, cpc	239
2. Os requisitos para aplicação do art. 285-A, CPC e o procedimento respectivo	243
2.1. Os requisitos	243
2.2. O procedimento do art. 285-A.....	249
3. O art. 515, §3º, CPC	252
4. O art. 285-A C/C art. 515, §3º, ambos do CPC: possibilidade de aplicação conjunta?.....	256
5. Conclusão.....	271
6. Referências.....	272

XII CRÍTICA À FUNDAMENTAÇÃO AXIOLÓGICA DAS CORRENTES DE PENSAMENTO JURÍDICO 275

Newton de Oliveira Lima

1. Introdução	275
2. As escolas de pensamento do direito e a presença dos valores jurídicos no âmbito das mesmas	277
2.1. Fenomenologia	277
2.2. Institucionalismo	278
2.3. Idealismo e historicismo.....	279
2.4. Neomarxismo e "teoria crítica"	280
2.5. Realismo	282
2.6. Positivismo	282
2.7. Neokantismo.....	287
2.7.1. Neokantismo logicista.....	287
2.7.2. Neokantismo culturalista.....	287
3. Considerações finais.....	291
4. Referências.....	292

XIII A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	295
<i>Robson Renault Godinho</i>	
1. Introdução	295
2. Ônus da prova: generalidades	299
3. A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça	301
4. A inversão judicial genérica do ônus da prova	302
5. A teoria dinâmica do ônus da prova.....	306
6. Considerações finais	309
7. Referências.....	310
 XIV A RETÓRICA JURÍDICA E A FORMAÇÃO DOS JURISTAS: A OBSERVAÇÃO DE ARISTÓTELES SOBRE OS ARGUMENTOS DE ULISSES NO <i>FILOCTETES</i> DE SÓFOCLES	315
<i>Antonio Sá da Silva</i>	
1. A introdução.....	315
2. A comunidade política e o problema da felicidade em Aristóteles.....	318
3. O lugar da retórica no quadro geral da racionalidade aristotélica	320
4. Os instrumentos retóricos e a responsabilidade do orador perante o <i>ethos</i> comunitário.....	322
 XV LOS 15 AÑOS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ	327
<i>Juan José Monroy Palacios</i>	
 XVI DA ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROTEÇÃO	339
<i>Robert Alexy</i>	
I. A expansão dos direitos fundamentais	340
II. O conceito de direitos a ações positivas do Estado	341
III. Direitos à proteção e o problema da ultraconstitucionalização	342
IV. Alternatividade	343
V. A questão mais simples: violação do direito de defesa	344
1. Adequação e necessidade.....	344
2. Proporcionalidade em sentido estrito.....	345
VI. A questão mais difícil: violação ao direito à proteção.....	348
VII. Espaços de ação.....	354
1. O espaço de ação na escolha de meios	355
2. O espaço de ação no estabelecimento de metas	355
 Dissertações defendidas (1980-2008)	359
 Teses de doutorado defendidas	371
 Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA	373



APRESENTAÇÃO

Rodolfo Pamplona Filho

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

Luiz de Pinho Pedreira da Silva ou, como é carinhosamente chamado por várias gerações de discípulos, “*Mestre Pinho*” é um dos nomes brasileiros mais importantes e admirados do pensamento jurídico trabalhista ocidental.

Com efeito, não é qualquer indivíduo que, ultrapassando a barreira das nove décadas de vida, continua extremamente lúcido e produtivo, com trabalhos semanais sendo publicados com periodicidade impressionante.

Trata-se de um exemplo admirável de um jurista completo, no mais singular sentido da expressão.

Ingressou, ainda muito moço, na Procuradoria da Justiça do Trabalho, depois convertida no Ministério Público do Trabalho, ao qual dedicou boa parte da sua vida profissional (janeiro de 1942 a dezembro de 1968), destacando-se pela sua competência e retidão de desempenho.

Seus pareceres, colacionados em volumes publicados, acabaram se tornando aulas magistrais para as gerações mais jovens e modelos para seus sucessores no órgão.

Considerado um dos pioneiros do Juslaboralismo pátrio, constatou a sua consolidação como ramo autônomo e a ampliação de sua importância na preservação da dignidade da pessoa humana.

Ingressou na magistratura trabalhista no Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, na vaga destinada constitucionalmente ao Ministério Público do Trabalho,

em dezembro de 1968, elevando o nome da Corte, da qual foi Vice-Presidente (por duas gestões, 1971-1973 e 1973-1975) e Presidente (1975-1977), sendo convocado, como substituto, por eleição unânime, para o cargo de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, para o período de fevereiro a junho de 1978.

Na vida acadêmica, encontra-se definitivamente ligado à Universidade Federal da Bahia, mesmo antes da sua federalização.

Atuou como Regente (contratado ou livre docente) de Direito Industrial e Legislação do Trabalho e Direito do Trabalho, nos anos de 1943, 1949, 1957, 1958 e 1967, bem como de Introdução à Ciência do Direito em 1957. Foi ainda regente substituto de Teoria Geral do Estado em 1946 e de Sociologia, na Faculdade de Filosofia da UFBA, em 1946.

É Professor de Direito do Trabalho do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, de forma contínua, desde 1981, atuando como orientador de diversas dissertações de Mestrado e participando ativamente de bancas examinadoras.

Publicou trabalhos desde 1941 (ou seja, há quase sete décadas!), angariando respeito de todos aqueles que merecem o título de estudiosos do Direito no Brasil.

Participa ativamente de diversas instituições jurídicas, sendo membro, apenas a título exemplificativo, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, Academia Nacional de Direito do Trabalho, Academia de Letras Jurídicas da Bahia, Instituto Brasileiro de Direito Social, Instituto Baiano de Direito do Trabalho, Instituto Latino-Americano de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social, Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo, Instituto dos Advogados Brasileiros e Academia Internacional de Jurisprudência e Direito Comparado.

Além de todos estes predicados, Luiz de Pinho Pedreira da Silva é um ser humano sensacional, fiel e leal a seus amigos e companheiros.

Todos aqueles que têm o privilégio de desfrutar do seu convívio conhecem a sua estatura espiritual e moral, bem como, em especial, a sua generosidade, não hesitando em atender os que batem às portas de seu saber, voltando enriquecidos com suas lições primorosas.

Posso, pessoalmente, testemunhar o brilho intelectual e o desprendimento pessoal de ‘Mestre Pinho. Lembro-me quando comecei a escrever a minha tese de doutorado, em 1998, e fui conversar com ele, tendo me atendido com tamanha

galhardia e atenção que, mesmo sem me conhecer ainda direito, sai, de sua casa, carregado com livros estrangeiros sobre o tema que pesquisava. E o mais interessante foi a sua surpresa quando, anos depois, já defendida a tese, fui devolver os livros...

Tive a enorme honra de homenagear este vulto do Direito do Trabalho, quando co-coordenei, juntamente com a Procuradora do Trabalho Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro, o livro “Direito do Trabalho – Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva”, publicado pela LTr, em que 48 autores do Brasil, Uruguai, França, Portugal, Espanha, Peru e Argentina se reuniram para prestar esta saudação a este gigante do juslaboralismo.

Agora, tenho nova oportunidade de homenageá-lo com a redação desta apresentação deste volume da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito que lhe é justamente dedicado, como reconhecimento à sua dedicação ao curso, em que atua sem nada receber em troca...

E é essa a melhor retribuição para quem assume o sacerdócio de ensinar a pensar: a gratidão e a eterna admiração daqueles que aprendem consigo...

Mestre Pinho, obrigado por tudo!

Salvador, novembro de 2008





Artigos do Corpo Docente

I. Pena e sofrimento

Maria Auxiliadora Minahim

I

PENA E SOFRIMENTO

Maria Auxiliadora Minahim

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

RESUMO: A pena tem como uma de suas características a propriedade de causar sofrimento, independentemente da função que lhe seja atribuída pela doutrina, na medida em que representa um sentimento de repulsa à instabilidade gerada pelo crime. Os ideais humanistas impõem, antes de tudo, o reconhecimento deste fato para que se busquem alternativas de superação.

RESUMEN: La pena tiene como una de sus características la causación de sufrimiento, independientemente de la función que a él es

atribuida por la doctrina, en la medida que representa una sensación de rechazo a la inestabilidad generada por el crimen. Los ideales humanistas imponen, todavía, antes de todo, el reconocimiento de este hecho de modo que llegue a ser posible la búsqueda de mejores alternativas.

PALAVRAS-CHAVE: pena; imposição deliberada de sofrimento; alternativas de superação.

PALABRAS-CLAVE: pena; imposición deliberada del sufrimiento; alternativas de superación.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais – 2. O castigo como condicionador de comportamento – 3. Violação e reação penal – 4. Função intra-psíquica da pena – 5. Teoria das necessidades emotivas – 6. Pena e sofrimento sempre (independentemente das diversas construções) – 7. Reeducação e dor, uma antinomia? – 8. Privação da liberdade como perversão – 9. Pena alternativa: a meta ideal?

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As alterações que se produzem sobre uma dada ordem causam, naturalmente, reações ao transtorno ocasionado, na medida em que estas ameaçam um padrão conhecido de estabilidade e segurança. Assim ocorre até mesmo no mundo físico quando certas leis são transgredidas. Esta perspectiva pode servir para se compreender tanto o crime como a resposta que a ele se busca oferecer, a pena, supondo-se que as figuras típicas sejam construídas para proteger valores dotados de inequívoca relevância social.

Os desvios na aplicação e execução da norma, porém introduziram profundas complexidades em um território já problemático que se caracteriza pelo recurso à dor para revidar a perturbação causada. A legitimação da pena esbarra em argumentos de toda sorte, já conhecidos, afirmando-se inclusive que constitui sobretudo estratégia utilizada pelo estado para conter problemas sociais não resolvidos através das ações sociais adequadas.

Esta, como outras objeções feitas à pena, não têm sido capazes de oferecer alternativas que satisfaçam a todos os grupos sociais e que possibilitem neutralizar o crime, aplacando a perturbação por ele provocada, respeitando ao mesmo tempo o autor em sua dignidade. Quais seriam, como se tem indagado com frequência, as alternativas para lidar com o criminoso além daquelas já aprendidas e tantas vezes repetidas que acabam por parecer as únicas possíveis?

Segundo Louk Hulsmann¹, a legitimação da sanção penal constitui um processo insidioso que se inicia nas academias, nas quais se criam não só espaços de atuação profissional, como uma linguagem prévia sobre o sistema criminal, impedindo que se questione “a naturalidade e necessidade da justiça criminal”. Isto tolhe a descoberta da multiplicidade de reações possíveis diante de um mesmo fato, conforme relata a partir de um suposto caso, no qual cinco amigos que moram juntos têm, num dado momento, a televisão destruída por um deles que se atira contra a mesma. As posições diante da situação são distintas: um dos companheiros quer expulsar o agressor de casa, outro afirma que ele está doente e deve ser encaminhado a um médico, o terceiro exige a reparação do dano com a aquisição de nova televisão e o último sussurra questionando a qualidade da relação que mantinham, uma vez que supunha que tudo estava bem. O fato, como se percebe, pretende mostrar, numa aproximação com o sistema criminal, sua insistência na repetição da mesma resposta, ainda que esta não seja a melhor, quando há uma variedade de reações possíveis diante da agressão.

Pensamentos abolicionistas como o do autor, contribuem, sobretudo para estimular a busca de alternativas possíveis à pena privativa de liberdade e para denunciar o uso de um sistema no qual o respeito à pluralidade das organizações sociais e valores individuais cede lugar ao impessoal. Mostram, também, que o sistema está comprometido com as práticas sociais existentes, e que, por isso, vale-se do direito penal para manter as diferenças sociais existentes.

Nils Christie², a propósito, relata que, em Washington, por exemplo, mais da metade da população negra está nas prisões ou sob supervisão da justiça criminal, no que é referendado por Terry Kupers³. Este autor, fazendo uma radiografia étnica das pessoas recolhidas em estabelecimentos penitenciários, destaca o fato

1. MARTEAU, Juan Felix. Uma entrevista com o abolicionista Louk Hulsmann, *Revista do IBCCrim*. São Paulo: RT, ano. 4, n 14 – abr-jun. 1996. P 13-23. p. 16. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14. São Paulo, RT. p.4-13, p. 21.
2. OLIVEIRA, Ana Sofia, FONSECA André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista. *Revista do IBCCrim*. São Paulo: RT, ano. 6, n 19 – jan-mar. 1998. P 13-23. p. 16.
3. KUPERS, Terry. Conversaciones con Terry Kupers: La orgía del encarceramento en Estados Unidos y la ideología que la sustenta. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7, 2004. Disponível em: www.criminet.ugr.es. Acesso em: 18 out 2007.

da população negra constituir cinquenta e oito por cento do total dos reclusos, apesar dos afro-descendentes representarem apenas treze por cento dos habitantes do país. De fato, estes dados podem reforçar as idéias sobre as funções latentes da pena no capitalismo, enfatizando seu papel na “contenção dos excluídos do modelo econômico proposto”⁴.

Ocorre que, apesar das críticas válidas ao sistema e da certeza de que as prisões são “depósitos de gente, nas quais os membros alienados da sociedade são amontoados”, neutralizados e esquecidos como diz Loic Wacquant⁵, a resposta mais comum continua sendo o encarceramento. Isto acontece apesar das anunciadas pretensões – e até da possível intenção – de substituí-lo por outros modelos que incluam a reabilitação social. Na realidade, a prisão não só continua existindo, mas foi também ampliada nos Estados Unidos e na Europa. Os regimes, por seu turno, são cada mais coercitivos desde que, na década de 1970, decretou-se o sepultamento da reabilitação como meta da pena. Nos Estados Unidos, isto significa até mesmo a transformação de quadras de esporte em alojamentos coletivos.

No Japão, por sua vez, a despeito das pressões internacionais, as penas de morte por enforcamento são consideradas um castigo justo pela população, assim como o cumprimento de pena privativa liberdade de até 40 anos, conforme estudo realizado pelo governo japonês.

2. O CASTIGO COMO CONDICIONADOR DE COMPORTAMENTO

A resposta mais comum para a violação da ordem acordada tem sido o encarceramento, podendo-se questionar se, em face do conhecimento de que se dispõe sobre o sofrimento que necessariamente o acompanha, seu uso não representaria um desdobramento do prazer sentido nos circos romanos, nas lutas livres, ou apenas o uso perverso da força para preservação de uma ordem que a privilegia, ou ainda, a falta de outra alternativa viável.

O castigo como meio de reforçar negativamente uma conduta ressurgiu em certos períodos com fundamentos científicos. Veja-se Skinner⁶, o autor e psicólogo estadunidense, por exemplo, que advogou o uso de técnicas para a modificação de comportamento (principalmente o condicionamento operante) com o intuito de

4. GUIMARÃES, Cláudio. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no sistema capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.14.

5. WACQUANT, Loic. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3ª. Rio de Janeiro: Revan. ICC, p. 63.

6. CHOMSKY, Noam. *Uma Revisão do Comportamento Verbal de B. F. Skinner*. Disponível em: <http://www.psicologia.com.pt/artigos>. Acesso em: 20 abr. 2008.

melhorar a sociedade e tornar o homem mais feliz. Para diminuir a frequência dos comportamentos recomendou o uso de dois procedimentos: extinção e punição. As punições, por seu turno, podem ser de dois tipos: por adição (punição positiva), quando experiências aversivas são adicionadas, ou por subtração (punição negativa), quando reforçadores positivos são subtraídos.

No período medieval, Ana Alencar⁷ afirma que a aplicação de sanções penais aos jovens infratores tinha em vista infundir-lhes “um temor sacro e arrependimento sincero”. Para tanto, usavam-se mesmo penas corporais e mutilações. O fato é que a reprimenda física é entendida como meio adequado para instruir e melhorar as crianças. Usavam-se varas, socos, beliscões e pontapés. Conta-se⁸, também, que a fustigação era tão difundida e usada com crianças, que Henrique IV mandava chibatar o futuro Rei Luís XIII, assim como fazia Luís XIV com o herdeiro do trono, uma vez que o primeiro julgava ter tido sua formação beneficiada com este procedimento.

A idéia de usar a vulnerabilidade humana como recurso para obter um determinado resultado, embora represente forma desprezível de manipulação do outro, tem sido usada em diversas esferas de relações, buscando-se atingir os aspectos mais suscetíveis de serem reforçados positiva ou negativamente.

De qualquer sorte, a realidade, muitas vezes, parece provocar, motivando reações aflitivas, às quais se pretende responder com o encarceramento.

3. VIOLAÇÃO E REAÇÃO PENAL

O que fazer com os assassinos e estupraadores de Liana e Felipe, mortos em São Paulo? A garota, de 16 anos, foi violentada durante 3 dias por dois homens e por um menor enquanto seu namorado foi morto com um tiro na nuca. É também a vida que apresenta o descaso de pessoas pelas convenções sociais e que, de dentro de presídios, desafiam as instituições e normas de estabilização da convivência, com graves repercussões na esfera jurídica de terceiros. Ressurgem *skin heads*, assassinando judeus e homossexuais; instala-se, como lazer de jovens de classe média, a perseguição e lesão a prostitutas e trabalhadoras de baixa renda; pais matam filhos inoportunos enquanto filhos dão cabo de pais que não financiam seus gastos com droga.

7. ALENCAR, Ana Valdez A. N. de. “Os menores delinquentes na legislação brasileira”. *Revista de Informação Legislativa*, 1975, 45, pp. 135-230. p. 142.

8. SILVEIRA, V. César da. *Tratado de responsabilidade criminal*. v. III. São Paulo: Saraiva. 1955. p. 55.

O que se deve fazer quando tais pessoas violam a lei? Esta pergunta aparentemente simples não tem respostas simples. Na verdade, as tentativas feitas ao longo dos tempos para justificar a reação penal sofrem reparos de toda natureza. Questiona-se, desde aspectos éticos que dizem respeito à imposição deliberada de dor a um ser humano, até a eficácia da pena para a prevenção de crimes, o que, evidentemente, se situa em um pólo oposto à primeira preocupação.

A se tomar como padrão único a prevenção, as penas de morte e de prisão perpétua são as únicas que podem ser consideradas como eficazes para tornar inócuo o criminoso, embora não pareçam tornar inócuo o crime. As abordagens puramente utilitaristas preocupam-se sobretudo com a efetividade da estratégia escolhida, enquanto ela contribui para reduzir a delinquência e proporcionar maior segurança. Outros valores tendem a ser ignorados ou desconsiderados.

Qualquer que seja a resposta escolhida para a pergunta formulada, quanto à adequada providência que o estado deve tomar com o violador da ordem, mesmo aquelas pensadas pelos abolicionistas trarão consigo o sofrimento. De fato, é impossível dissociar a pena, a composição e as formas alternativas de restauração da dor ou, pelo menos, do constrangimento por ela infligido.

Este sofrimento não é característico apenas de castigos humilhantes que buscam degradar o sujeito à condição de não-homem e que torna mais fácil a sua exterminação, como fizeram os nazistas na 2ª guerra mundial com os judeus, os homossexuais e os ciganos. Nils Christie⁹ e Bobbio¹⁰ tratam da deliberada intenção dos alemães em animalizar o outro, transferindo os prisioneiros, sucessivamente de prisões, sem alimentação, para países onde não podiam se comunicar porque não sabiam a língua e nos quais foram mortos porque eram vistos como subumanos. Não é apenas nestes processos que existe dor, mas em qualquer pena uma vez que, como fenômeno, a providência penal tem, como uma de suas condições, o sofrimento. Até mesmo músicas, conforme relata Nils Christie¹¹, têm idoneidade para humilhar e angustiar outra pessoa, se este é o fim que se busca.

Ainda que se faça preceder a sanção penal de medidas que visem à composição entre vítima e infrator, o fato de ser colocado frente a frente com o sujeito de suas faltas provoca constrangimento ao homem de senso moral comum.

De forma que se pode afirmar que o desconforto causado e a confiança em sua função restauradora são, inequivocamente, buscados na aplicação das medidas penais.

9. CRISTIE Nils. *Los limites del dolor*. México: Fond de Cultura Económica, 1984. Passim.

10. BOBBIO, Norberto. O Saldo Vermelho. *Caderno Mais. Folha de São Paulo*. 24 de maio de 1998. p. 5.

11. Idem, p. 13.

4. FUNÇÃO INTRA-PSÍQUICA DA PENA

Assim, conferir valores e sentidos à pena não tem o dom de eliminar uma das funções latentes que ela cumpre: aquela intra-psíquica de aliviar as tensões internas, o desejo de vingança, de eliminação dos fatos que provocam alarme na sociedade.

Paul Fauconnet¹² já dizia que o crime provoca tantos transtornos na consciência coletiva que a única forma de restauração da ordem violada só pode consistir em sua destruição. No entanto, como o crime é um episódio passado e, por tanto, indestrutível, elege-se um símbolo, um substituto, passível de destruição: o criminoso ou alguém por ele. Essa figura, o bode expiatório original era, no passado, oferecido em ritual para celebração da paz e cessação da hostilidade.

Entre os gregos, era chamado de *pharmacos* a pessoa mantida pelo erário público para ser sacrificada em momentos de inquietação e crise, após percorrer todas as ruas da cidade para absorver as impurezas.

Tais sentimentos não são próprios apenas de um período primitivo, podendo ser encontrados na sociedade global, com outros códigos. Na Itália, por exemplo, na noite de 31 de dezembro, como narra Élio Morselli¹³ jogam-se pelas janelas os objetos velhos e inúteis como forma de remover da vida e da consciência tudo aquilo que traz lembranças desagradáveis. Na Av. Rio Branco, Rio de Janeiro, na mesma data, atiram-se dos escritórios papéis velhos; no cotidiano destroem-se retratos, presentes, de pessoa que provocou alguma forma de dor; roupas que acompanharam o insucesso são descartadas. Tudo isto com o objetivo de atender a uma necessidade interior abalada pelo mal que é identificado com alguém ou alguma coisa.

Esta exigência de purificação pode permitir compreender o fenômeno da conversão de milhares de presos ao protestantismo evangélico ou neopentecostal na medida em que tal conversão tem um sentido de lavagem e libertação da malignidade – força estranha – que conduziu ao crime, devolvendo ao indivíduo sua natureza divina. Segundo Regina Novaes¹⁴, tal fenômeno que, apenas na Casa de Detenção de São Paulo, já envolve 1600 dos 6800 presos que ali cumprem pena, "é uma forma de reinventar a própria vida. É até melhor do que Freud, porque com Freud você fica com a culpa".

12. FAUCONNET, Paul. *La Responsabilité*. Paris: Alcan, 1920. pp. 232-235.

13. Apud: MOSELLI, Élio. A função da pena a luz da moderna criminologia. *Revista do IBCCrim*. São Paulo: RT, ano. 5, n 19 – jul-set. 1997. P 39-46. p. 42.

14. LIMA Samarone, PAIXÃO Roberta Regina Novaes. Salvos pela palavra. *Revista Veja*, 15 de julho de 1998 p. 90.

Aliás, a relação entre religião e reabilitação não foi ainda suficientemente explorada pelos criminologistas. Applegate, Cullen e Fisher¹⁵ entendem que é provável que as crenças religiosas, altamente difundidas nos Estados Unidos, constituam a motivação principal para a implantação de projetos em estabelecimentos prisionais, sendo o cerne do próprio projeto. Os *cárceres fundamentados na fé* são exemplos desta orientação e têm como objetivo transformar os delinquentes mediante a conversão religiosa através de uma programação extensiva que perdura até depois da liberação do estabelecimento penal.

O fato da pena não ser um gozo, uma satisfação, não significa, que deva ser, porém, sob qualquer forma, aviltante. O respeito à vulnerabilidade do outro deve ser revigorado em situação na qual esta mesma vulnerabilidade se intensifica pela sujeição do autor do crime à força, muitas vezes destruidora, das instituições.

A necessidade de punição e de recompensa, traduzidas no direito penal como funções de prevenção negativa e de prevenção positiva da pena, respectivamente, é, de tal forma repetida e adotada, que se pode afirmar que esta necessidade é uma reprodução externa da psiquê do indivíduo.

De fato, Freud¹⁶ destacou que viver em civilização implica em parcela de interdição do desejo, tarefa cumprida pelo superego que, “como árbitro moral internalizado, se desenvolve em função do sistema de recompensas e punições colocado pelos pais”. “Para obter recompensas e evitar punições a criança aprende a conduzir-se de acordo com as normas ditadas pelos pais”. O superego dispõe de dois subsistemas: a “consciência” – onde estão as punições e, em outro, o “ideal do ego” onde estão as ações merecedoras de aprovação.

5. TEORIA DAS NECESSIDADES EMOTIVAS

A pena, como resposta dolorosa às ações não desejadas, fundamenta outra teoria. Uma corrente alemã, à qual se associam pensadores, como Ernest Beling, Richard Schmidt e Hellmuth Mayer¹⁷, entende que ela representa um meio através do qual a sociedade descarrega sobre o autor as cargas agressivas suscitadas

15. APPLGATE, Brandon K., CULLEN Francis T, FISHER, Bonnie S. Forgiveness and fundamentalism: Reconsidering the relationship between correctional attitudes and religion. *Criminology* 38. Agosto: 719-753.
16. Apud: KOLLER Silvia Helena, BERNARDES Nara M. G. Desenvolvimento moral pró-social: Semelhanças e diferenças entre os modelos teóricos de Eisenberg e Kohlber. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>. Acesso em: 20 abr. 2008. Veja-se, ainda, LAPLANCHE, J. & PONTALIS, J.-B. *Vocabulário da Psicanálise*. São Paulo: Martins Fontes. 1992
17. Apud: MOSELLI, Élio. A função da pena a luz da moderna criminologia. *Revista do IBCCrim*. São Paulo: RT, ano. 5, n 19 – jul-set. 1997. P 39-46. p. 42.

pela frustração do crime. Trata-se, portanto de necessidade emocional forte e inconsciente.

Alguns doutrinadores vêem, nesta concepção, uma volta à retribuição até porque conferem a este termo o significado de vingança, como se assim tivessem pensado Kant, Hegel, Carrara, Platão, os grandes pensadores da função retributiva. Por isso, embora reconheçam tais necessidades emocionais, recusam-se a legitimá-la, dizendo mesmo que o homem não pode ser instrumentalizado para satisfação de exigências irracionais e inconscientes. Dolcini¹⁸ pondera que, ainda que a consciência social admitisse tais exigências, o legislador não deveria ratificá-las em nome de exigências ético-jurídicas.

É preciso, porém reconhecer sem medo, que a pena cumpre também ¹⁹a função de atender a necessidades emotivas da sociedade, até para que se possa identificar quantas vezes, apenas em nome de tais emoções, são eleitos bodes expiatórios e *phamarcos* na sociedade contemporânea.

É preciso destacar ainda que a retribuição, tal como vista por Kant, Hegel, Platão e Carrara tem uma dimensão positiva que consiste no reforço dos sentimentos de solidariedade do que, aliás, já tratara Carrara quando afirmara que ela estava destinada a agir sobre os outros, os cidadãos de bem que se abstiveram de praticar a conduta proibida.

6. PENA E SOFRIMENTO SEMPRE (INDEPENDENTEMENTE DAS DIVERSAS CONSTRUÇÕES)

Victor Gómez Martin²⁰ assevera, de forma conclusiva que, qualquer que seja a função que se atribua à pena em geral e à pena de prisão em particular, ela será sempre um mal para o indivíduo a quem é aplicada. Isto ocorre porque elas, no plano da realidade empírica, independentemente da discussão teórica, atingem pessoas de carne e osso, com uma dignidade a ser preservada, de forma que só se pode compreender a submissão de alguém à pena de modo negativo.

Mesmo a Roxin, com a teoria dialética unificadora da pena, a qual atribui apenas funções preventivas, não escapou o pensamento da culpabilidade na legitimação do fato penal. Figueiredo Dias²¹ diz que “com a construção de uma

18. Idem, *ibidem*.

19. CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Parte Geral, São Paulo: Saraiva 1957, p. 79.

20. MARTIN, Victor Gómez. EL experimento. *Revista Eletrônica de Ciência Penal y Criminologia*. 08-06. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc> Acesso em: 18 nov.2007.

21. DIAS, Figueiredo Jorge. *Novas questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p.112.

moldura da culpabilidade como espaço nevrálgico de aplicação da pena, é ainda de novo a idéia de compensação da culpa que reivindica seu regresso ao cenário das finalidades da pena”.

Desde o final dos anos setenta, os aspectos negativos da pena motivam uma crise, em nível internacional, que tem como foco a pena privativa de liberdade, mas que afeta, também como afirma Jescheck²², as demais sanções jurídico-penais.

De fato, o sofrimento está presente na pena ainda para aqueles que assumem uma postura minimalista, quase abolicionista, como Nils Christie²³ que postulam pela fixação de restrições ao uso da dor, como meio de controle social. O autor afirma que “se se deve infligir dor, deve ser uma dor sem propósito manipulador que tenha natureza semelhante àquela que ocorre quando as pessoas passam por uma profunda aflição”. Este ideal deve ser buscado, como assevera, porque corresponde a valores desejados tais como tolerância, bondade e perdão.

Indagado, todavia, em outro momento sobre a organização do sistema judicial ideal, o autor, no entanto, admite a inexorabilidade do sofrimento dentro deste mesmo sistema. Isto ocorre quando, tratando do sistema judicial ideal, admite, após a superação das tentativas de conciliação, uma fase na qual se decide sobre a necessidade de punir o autor do fato. Neste momento, “a pena seria um sofrimento adicional àquele sofrimento construtivo pelo qual o ofensor passa nas suas ações restitutivas *vis-à-vis* com a vítima”²⁴.

7. REEDUCAÇÃO E DOR, UMA ANTINOMIA?

A ideologia do tratamento, ou seja, da pena reeducadora, tida até a década de 70, como alternativa cientificamente correta, efetiva e humana de lidar com o criminoso, também pode causar agonia.

É bem verdade que, nesta perspectiva, parece difícil associar pena ressocializadora à deliberada imposição de sofrimento, já que ela pretende curar ou reconstruir o criminoso. O ideal da reabilitação se anunciava com entusiasmo, no início do século passado e contribuiu para determinar a introdução de outras alternativas penais, tais como as penas indeterminadas, a liberdade condicional, a liberdade vigiada, e uma justiça juvenil especializada. Durante as sete décadas seguintes, o tratamento do delinqüente reinava como a filosofia penal dominante.

22. JESCHECK, Hans Heinrich. "La crisis de la política Criminal", *Doctrina Penal*, Año 3, 1980, pág. 50.

23. CRISTIE Nils. Los limites del ... p.12.

24. OLIVEIRA, Ana Sofia, FONSECA André Isola. Conversa com um abolicionista minimalista... p. 16.

A crença na reassimilação social do delinqüente protagonizou todo o discurso penal com vertentes que compreendiam desde os vermífugos de Lombroso a técnicas psicanalíticas sofisticadas, que pretendiam reconstruir o homem.

No princípio os anos 70, a reabilitação sofreu um pesado revés, sobretudo a partir do trabalho de Robert Martinson²⁵ no qual o autor, após alguns anos de pesquisas, afirmava que os poucos programas de tratamento não funcionavam na redução da delinqüência. Outra crítica se seguiu, partindo dos liberais²⁶ que censuravam um aspecto perverso do programa, a permissividade do tratamento, que permitia ao estado atuar de maneira coercitiva sobre os delinqüentes.

A pena ressocializadora, sob este manto, manteve adultos e jovens recolhidos, por prazo indeterminado, sem acesso às garantias do processo legal, julgadas então desnecessárias já que se não se visava à punição, mas o bem do infrator. A propósito desta submissão involuntária do preso ao tratamento, é ainda Nils Christie²⁷ quem afirma preferir submeter-se a uma pena por período determinado do cair nas mãos dos profissionais do tratamento que o moldariam até julgá-lo pronto para sair.

Paul Gendreau e Francis Cullen²⁸ sustentam que ressurgiu uma proposta de retorno à reeducação, sob dois argumentos, ao primeiro de que houve uma interpretação equivocada de Martinson sobre os números confundindo ou desprezando certos indicadores, ao segundo, de que um verdadeiro trabalho de reabilitação deve observar certos padrões que não foram atendidos pela grande maioria dos programas que se intitulavam como tais. Neste sentido, recomendam o estudo de programas de reabilitação de natureza “cognitivo-condutivas”, que centram os esforços na mudança dos fatores que predisõem à delinqüência. Apresentam, como exemplo palpável de ação eficaz nesta linha, o «tratamento multi-sistêmico».

8. PRIVAÇÃO DA LIBERDADE COMO PERVERSÃO

Estudos têm pretendido demonstrar que a privação da liberdade perverte e pode despertar o lado mais negro da humanidade. Pesquisa realizada por Zimbard na Universidade de Stanford, conhecida como SPE (Stanford Prison Experiment),

25. What works?—Questions and answers about prison reform. *The Public Interest* 35 (Primavera): 1974. p. 22–54.

26. GENDREAU Paul, CULLEN Francis T. Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica y perspectivas. Justicia penal siglo XXI una selección de criminal justice 2000. Edición de Rosemary Barberet & Jesús Barquín. National institute of justice (U.S. department of justice) Granada, 2006. P. 275-349.

27. OLIVEIRA, Ana Sofia, FONSECA André Isola. Conversa com um abolicionista ... p.17

28. GENDREAU Paul, CULLEN Francis T. Evaluación de la rehabilitación correccional: política, práctica perspectivas. p. 296.

constitui, até hoje, um dos mais importantes trabalhos nesse sentido, tendo inclusive inspirado um filme alemão “Das Experiment”²⁹.

A experiência consistiu em reunir um grupo de voluntários, aos quais foram atribuídos, aleatoriamente, os papéis de carcereiros e de presos como num estabelecimento penitenciário. As pessoas foram recrutadas a partir de anúncio, solicitando voluntários para a experiência sob certas condições expressas no jornal tais como, duração, remuneração e impossibilidade de abandonar a prisão. Advertia-se de logo que alguns dos direitos civis fundamentais dos presos poderiam ser violados e que o comportamento dos participantes seria observado e analisado por meio da realização de entrevistas e, inclusive, de testes psicotécnicos.

O fato deu lugar a conflitos e reações que fizeram abortar a experiência no seu sexto dia para evitar a ocorrência de crimes. Isto porque, em menos de uma semana, os vinte e quatro voluntários, pessoas saudáveis, transformaram-se em guardas autoritários e, ocasionalmente sádicos, outros em presos desamparados e, em alguns casos, com sintomas de anomalias e alterações psíquicas relevantes.

O filme, realizado com base no fato, pretendeu evidenciar que o cárcere muda as pessoas e transforma o comportamento humano que passa a se adaptar a determinados modelos de conduta através da “teoria do intercâmbio-social”³⁰. Esta teoria explica tais fatos, afirmando que o comportamento humano está guiado, geralmente, pela busca de recompensas e para evitar os castigos e sofrimentos. Desta forma, a conduta arbitrária do carcereiro pode ter sido motivada pelo desejo de reafirmar as expectativas inter-pessoais existentes entre ele e o prisioneiro que, ao não cumprir suas ordens, gerou uma frustração desta mesma expectativa. Em busca de alternativas para recompor a quebra da relação esperada, o carcereiro procura formas compensatórias que permitam atingir a satisfação desejada no exercício de seu papel social. Alguns destes mecanismos podem consistir no emprego de violência, de tortura ou de humilhação que, ao mesmo tempo, liberam as tensões sofridas no desempenho de suas atividades. Isto, com certeza, significa dor e sofrimento, embora até possa se estar buscando reabilitação.

Mesmo em algumas prisões européias que mais parecem hotéis no dizer de Nils Christie³¹, estar preso e sentir-se enjaulado admite apenas uma interpretação e sentimento, o de perda de contato com a vida que corre lá fora, gerando sofrimento.

29. MARTÍN, Víctor Gómez. El experimento (Das experiment) Algunas reflexiones sobre la película y el Stanford Prison Experiment que la inspiró. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em: 22 jan. 2008.

30. Idem, *ibidem*.

31. OLIVEIRA, Ana Sofia, FONSECA André Isola. Conversa com um abolicionista... p.17

Os fatos corroboram as teorias e experiências: há pouco tempo foi noticiada no New York Times a situação de presos americanos inocentados por testes de DNA de acusações de homicídio e estupro. Na maior parte dos casos, os ex-prisioneiros, ainda que não pudessem ser considerados como personalidades criminosas ou desviadas, desenvolveram padrões de comportamento problemáticos.

Cerca de um sexto dos ex-detentos voltaram para a prisão ou passaram a depender de drogas ou álcool. Metade deste universo não conseguiu obter emprego fixo, dependendo da família para sobreviver, além de apresentar formas de comportamento desviante.³²

9. PENA ALTERNATIVA: A META IDEAL?

O desastre das penas privativas estimulou a criação de sanções penais alternativas (proclamadas no VI Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do delito em 1980), visando com elas evitar ou diminuir o sofrimento, quase sempre ultrajante, a que são submetidos os reclusos. Tais sanções se caracterizaram por restringir preferencialmente outros bens jurídicos diversos da privação da liberdade de ir e vir. Em algumas situações, quando limitam esta liberdade, como no caso de limitação de fim de semana (Art. 43, inciso VI), tal limitação não atinge o nível imposto pelas penas de prisão tradicionais.

Ocorre que, mesmo representando uma reação de cunho mais liberal, as penas alternativas granjearam um movimento crítico antagonista.

Algumas obras marcam este momento, dentre as quais se destacam a de Andrew Scull, intitulada “*Decarceration, Community Treatment and the deviant - a radical view*”, em 1985 e a de Stanley Cohen, intitulada “*Visions of Social control*”³³. Ambos os trabalhos analisaram o desencarceramento e buscaram mostrar o surgimento de novas formas de controle social. Afirmou-se³⁴ que a nova configuração assumida pela sanção penal ampliava o controle que antes se fazia em instituições fechadas, transportando-a para os espaços abertos da cidade.

32. ROBERTS, Janet, STANTON, Elizabeth. Presos inocentados não conseguem retomar vida. Reportagem do *The New York Times*, traduzida por Paulo Eduardo Migliacci ME e divulgada em: <http://noticias.terra.com.br/mundo/>. Acesso em: 3 dez. 2007.

33. Vide CESANO, José Daniel. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología Disponível em: http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html. Acesso em: 28 out. 2007.

34. HUBEC, Bárbara. Sanciones intermedias entre la pena de multa y la pena privativa de libertad (Sobre la discusión en torno a las penas ambulatorias y de contenido humanitário). Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Sepe – Dic , 1994, pág. 163 yss.

Elena Larrauri por seu turno, sustentou que as alternativas ao cárcere redundavam em redes mais fortes, amplas e intensas que resultavam em mais controle social, permitindo assim alcançar maior número de pessoas. Desta forma, com as novas possibilidades de resposta penal, configurava-se um arquipélago de cárceres.³⁵

Massimo Pavarini³⁶ também encarou de forma negativa as penas alternativas, sustentando que o variado elenco de sanções possibilitou que, em situações nas quais não seria aplicada uma pena de privação de liberdade, o juiz pudesse condenar a uma sanção alternativa. De forma que indaga o autor: “trata-se de alternativas à privação da liberdade ou de alternativas à liberdade?” Diversas outras restrições têm sido feitas às penas alternativas.

José Daniel Cesano³⁷ ressalta que, de fato, as penas alternativas são aplicadas com uma frequência inesperada e, ainda, que elas contribuem para ampliar unidades prisionais uma vez que é para tais locais que são encaminhados aqueles que não se submeteram à execução das penas restritivas.

Para realçar a importância e a propriedade de tais sanções tem-se recorrido ao seu baixo custo, não sendo incomum que, de uma só vez, se afirme que significam uma despesa pequena para os cofres públicos, ao tempo em que se mostram eficazes para evitar a reincidência³⁸. Estes argumentos, embora possam ser verdadeiros, impedem a verdadeira reflexão sobre a sua maior qualidade, que é a de impor, ao final, menor sofrimento ao autor do crime do que a privação de liberdade.

O que se pode constatar, como conclusão, é que, mesmo as alternativas ao cárcere se apresentam como forma de restrição, de limitação da liberdade e de interdição do desejo, a que se referiu Freud. Apresentam, portanto o inexorável componente de sofrimento que integra as sanções penais como resposta ao crime, embora se aproximem de um ideal mais compatível com os valores que se cultivam no século XXI. Não significam, porém o fim da trajetória. A meta pode ser a extinção do castigo, o *dar a outra face*, possível utopia na espécie humana vulnerável a dor. Constitui, todavia um ideal pelo qual vale a pena propugnar.

35. LARRAURI, Elena. Las paradojas de importar alternativas a la cárcel em el Derecho Penal Espanho. *Anuário de Derecho Penal Y Ciências Penales*. Madrid, Ene – Abr. 1991, p.46.

36. PAVARINI, Massimo. *Los confines de la cárcel*, Carlos Alvarez Editor, Montevideo, 1995, pág. 96.

37. CESANO José Daniel. *De La Crítica a La Cárcel a La Crítica*, op cit.

38. Os dados quanto à baixa reincidência devem ser analisados com reserva em face ao perfil do próprio autor do crime ao qual se impôs uma pena alternativa em razão do fato de sua personalidade.



Artigos do Corpo Discente

DOUTORADO

II. A morte encefálica como critério de morte

Maria Elisa Villas-Bôas

MESTRADO

III. O método fenomenológico proposto por Edmund Husserl e o caso escola base

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

IV. A utilização dos instrumentos jurídicos brasileiros para diminuição da desigualdade social e promoção dos direitos fundamentais

Matheus Ferreira Bezerra



II

A MORTE ENCEFÁLICA COMO CRITÉRIO DE MORTE

Maria Elisa Villas-Bôas

A Autora é Bacharela, Mestra e Doutoranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia; Membro Jurídico do Comitê de Ética em Pesquisa do Hospital São Rafael/Monte Tabor; Médica Pediatra; Instrutora do Curso de Capacitação em Diagnóstico de Morte Encefálica (CREMEB/CFM); Professora convidada de Bioética em Cursos de Pós-Graduação e Servidora Pública Federal.

RESUMO: O diagnóstico de morte pode-se dar por parada cardiorrespiratória irreversível ou pela chamada morte encefálica. Nesse texto, procura-se esclarecer tais critérios de morte, sobretudo o critério neurológico, ainda pouco conhecido da população.

PALAVRAS-CHAVES: critérios de morte, morte encefálica, doação de órgãos.

ABSTRACT: The diagnose of death may occur by criteria cardio respiratory or because of brain death. This paper intends to explain these criteria, specially the brain death, which is still unknown by many people.

KEYWORDS: death criteria, brain death, organs donors.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O morrer através dos tempos e a evolução dos critérios de morte. 2. Morte clínica e biológica. 3. O critério cardiorrespiratório. 4. A morte encefálica: diagnóstico e efeitos ético-legais. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A morte pertence à vida, como pertence o nascimento. O caminhar tanto está em levantar o pé como em pousá-lo no chão. (Tagore – Pássaros Errantes, CCXVII)¹

A linha divisória entre vida e morte nunca se mostrou tão tênue e de tão difícil delimitação. Em face disso, o conceito jurídico não poderá prosperar se não encontrar lastro nos conhecimentos biológicos. Assim é que os próprios juristas terminam por enunciar definições vagas, deixando a cargo do médico a palavra

1. Epígrafe retirada de PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 5.^a ed. São Paulo: Loyola /Centro Universitário São Camilo, 2000.

final. Isso se percebe no ensinamento de Guilherme Nucci², ao descrever a morte como

cessação das funções vitais do ser humano (coração, pulmão, cérebro), de modo que ele não possa mais sobreviver por suas próprias energias, terminados os recursos médicos validados pela medicina contemporânea, experimentados por um tempo suficiente, o qual somente os médicos poderão estipular para cada caso isoladamente.

Em face disso é que, com bom senso, diz Maria Auxiliadora Minahim³ tratar-se a noção de morte de um "*conceito inacabado*".

No intuito, contudo, de dar contornos mais tangíveis e seguros a esse conceito, torna-se mister conhecer os critérios de morte, dedicando-se o presente texto a elucidar, especialmente, o diagnóstico de morte pelo critério encefálico, construção do Século XX, buscando-se desmistificar algumas das dúvidas em torno dessa definição, que acometem mesmo juristas de escol. Isso se deve, sobretudo, à falta de divulgação social dos dados relativos a essa forma diagnóstica de óbito, de que muitos somente vêm a ter ciência quando a tem diante de si, vitimando um ente querido, o que, sem dúvida, dificulta em muito a compreensão dos dados em questão.

Com efeito, o art. 6.º do Código Civil estipula que o fim da personalidade se dá com a morte. A Lei 9.434/97 estabeleceu que a remoção de órgãos e tecidos humanos para fins de transplantes *post mortem* há que ser antecedida pelo diagnóstico de morte encefálica. A despeito da clareza que parece relacionar essas duas normas, alguns ainda têm dúvidas acerca da validade da morte encefálica como critério para o fim da personalidade humana. Sem razão, como se passa a expor...

1. O MORRER ATRAVÉS DOS TEMPOS E A EVOLUÇÃO DOS CRITÉRIOS DE MORTE

Vive-se uma época de mudanças. As revoluções tecnológicas ocorridas na segunda metade do século XX puseram em xeque vários dos conceitos havidos como certos pela humanidade desde há muito. Imagine-se, por exemplo, o choque que representou para o mundo o primeiro bebê de proveta – a menina Louise Brown, nascida em 1979. "*Eles agora querem brincar de Deus*" – diziam as manchetes das revistas da época. Tudo o que era até então indiscutível desmoronava ante as inovações e descobertas da ciência.

2. NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 367.

3. MINAHIM, Maria Auxiliadora. Ainda sobre Biotecnologia e Direito Penal. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n. 8, p. 43-56, jan./dez. 2000.

Não foi diferente, quando, em 1967, o cirurgião Christian Bernard realizou o primeiro transplante cardíaco, na África do Sul. De repente, o coração perdia seu posto exclusivo como sede da vida, passando a ser ladeado pelo nascente critério encefálico, compondo-se as duas hipóteses diagnósticas de morte atualmente aceitas.

De fato, considerar que um organismo está vivo consiste em dizer que ele trabalha fisiologicamente, em equilíbrio (*homeostase*), num mecanismo ininterrupto de auto-regulação. Se esse mecanismo falha em algum ponto, tem-se uma situação patológica, que pode evoluir para a cura (a qual pode ocorrer com ou sem seqüela), para a cronificação ou para o óbito. A falha definitiva de determinadas estruturas orgânicas inviabiliza a sobrevivência global do indivíduo, configurando o diagnóstico de morte clínica, fim da pessoa natural.

Alguns sistemas e aparelhos do corpo já tiveram sua falência associada ao diagnóstico definitivo de morte. Assim é que, desde a Antiguidade, relacionou-se a parada da atividade cardíaca com a extinção da vida. Na Idade Média, o critério respiratório foi eleito como sinal infectível da morte: a vida se extinguiria com o "último suspiro". Este parâmetro tem ainda bastante relevância, quando se recorda que o mecanismo para averiguar se houve nascimento com vida é a investigação da entrada de ar nos pulmões do recém-nato⁴. Entre as culturas indígenas brasileiras, a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha⁵ informa ser o

4. Trata-se da Docimásia de Galeno, em que órgãos do aparelho respiratório do recém-nascido morto são mergulhados em recipiente com água e, caso bóiem ou eliminem bolhas de ar, são reconhecidos como tendo respirado após o nascimento, já que não havia aspiração gasosa antes do parto. Do contrário, trata-se de natimorto. Isso é hoje discutido no que tange a recém-nascidos apnéicos primários – isto é, aqueles que não chegaram a respirar, mas em quem se constataram batimentos cardíacos após sua retirada do útero. Cf. a respeito: COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 19: "*neonato é o ser que nasceu vivo, ainda que disforme. Nascente é o ser que se põe entre o feto e o neonato, podendo ser considerado tal até o apnéico, que ainda não respirou o ar ambiente, mas já acusa batimento do coração*". Em explanação mais clara, cf. Magalhães Noronha (*Direito Penal*. Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. v. 2. 31.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16), ao dizer que, em que pese o aforismo de Galeno ("*Respirar é viver*"), "*tal não é precisamente exato: apnéia não é morte. Pode-se nascer asfíxico sem que se deixe de estar vivo. A respiração é prova de vida, porém esta se demonstra por outros meios: batimentos do coração, movimento circulatório etc...*". A distinção entre o natimorto e o natimorto tem especial importância no âmbito do Direito das Sucessões.
5. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Mortos e os Outros*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1978, p. 10. Nessa tribo, todavia, a relação entre vida e morte é tratada de modo tão criterioso que a cessação do "*sopro vital*", embora seja o maior indício de uma possível mudança de estado, não basta, por si só, para caracterizar a morte, que é vista não como uma passagem brusca, mas como um processo singularmente reversível, até que o espírito (*karô*) se instale na "*aldeia dos mortos*", caracterizando-se, então, o ponto "sem retorno". Assim, chorar (parte importante do ritual fúnebre) antes de decorridas muitas horas da suposta morte seria repreensível, pois condenaria o morto a não mais reviver, vedar-lhe-ia o caminho de volta, consagrando a ruptura e mandando-o embora definitivamente para a *aldeia dos mortos*, de onde – conta-se – muitos já retornaram neste interim. Tal entendimento parece dizer respeito a estados de *morte aparente*. Em sua simplicidade, a exigência dos Krahô de que só se iniciem os rituais fúnebres após várias horas de morte atende a este

elemento respiratório o mais conceituado para a definição do momento da morte. Segundo a autora, ainda nos dias atuais, um índio *Krahó* é dito "*ratèk*" (organicamente morto) quando cessa a respiração. Posteriormente, os critérios respiratório e cardíaco exclusivos cederam lugar à parada cardiorrespiratória definitiva como parâmetro diagnóstico de morte.

Já no século XX, com a evolução das manobras de reanimação cardiopulmonar, o surgimento das Unidades de Terapia Intensiva, da ventilação artificial, dos transplantes de órgãos e dos métodos diagnósticos que permitem um melhor conhecimento das condições do sistema nervoso central, fez-se necessário um novo referencial para que se considerasse um paciente como efetiva e indelevelmente morto. Surge a noção de morte encefálica como outro critério possível, alternativamente à definitiva parada cardiorrespiratória, para a determinação da morte clínica – a derradeira falência, aquela que não se tem ainda como reverter⁶.

O novo critério encontrou guarida mesmo no seio da Igreja Católica, reconhecidamente avessa a condutas associadas com antecipação da morte. Assim é que a Pontifícia Academia das Ciências, organismo que congrega cientistas do mundo inteiro no Vaticano, reuniu-se, em outubro de 1985, para discutir o tema "*Prolongamento artificial da vida e a determinação exata da morte*", tendo-se concluído que "*uma pessoa está morta quando sofreu uma perda irreversível de toda a capacidade de integrar e de coordenar as funções físicas e mentais do corpo*", em virtude de cessação definitiva das funções cardíacas e respiratórias ou "*de toda a função cerebral*"⁷ (que seria melhor dito caso se falasse em "funções encefálicas", como adiante se explanará).

cuidado e se assemelha à prática médico-legal de que só se deva efetuar a autópsia após período mínimo de seis horas transcorridas da constatação do óbito (Cf. Código de Processo Penal brasileiro, art. 162).

6. Em entendimento polêmico, o Prof. Carlos Fernando Francisoni (*Definições de Morte*. Disponível em <<http://www.hcpa.ufrgs.br/gppg/morte.htm>>, acessado em 15 nov. 2000) arrolou, como definições possíveis de morte, o cessar irreversível: do funcionamento de todas as células, tecidos e órgãos; do fluxo espontâneo de todos os fluidos, incluindo o ar ("último suspiro") e o sangue; do funcionamento de coração e pulmões; do funcionamento espontâneo de todo o cérebro, incluindo o tronco cerebral; do funcionamento completo das porções superiores do cérebro (neocórtex); do funcionamento quase completo do neocórtex; ou da capacidade corporal da consciência. Estes três últimos critérios ainda não encontram respaldo no meio médico ou jurídico contemporâneos, pois significariam considerar morto, por convenção, o paciente em coma grave ou em estado vegetativo persistente. Os três parâmetros anteriores, por seu lado, subsumem-se aos dois critérios atualmente aceitos: a parada cardiopulmonar definitiva ou a morte encefálica. Já o primeiro critério apontado corresponde à morte biológica, sendo posterior, portanto, aos demais. A respeito da idéia de considerar a morte cortical como critério de morte clínica, Cf. ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos de Bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, p. 289 e seguintes.
7. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*. 5ª ed. São Paulo: Loyola /Centro Universitário São Camilo, 2000, p. 259. Acerca da distinção terminológica entre morte cerebral e morte encefálica, cf. tópico infra, relativo à morte encefálica.

O fato é que a aceitação da morte não é realmente circunstância fácil. Notadamente quando ela vem de forma inesperada, acometendo muitos jovens, como ocorre nos casos de morte encefálica decorrente de traumas. Em verdade, é mesmo lugar comum assinalar que nosso relacionamento com a morte – a despeito de amadurecido pela maior cronificação do processo de morrer, ante os novos recursos tecnológicos que permitem a manutenção de muitas vidas antes condenadas e o controle de muitas doenças antes rapidamente letais – piorou muito ao longo do último século. A morte tornou-se, na feliz expressão de Geoffrey Gorer, em sua *Pornography of Death*, o tabu de nosso tempo, escondida das crianças e escamoteada dos adultos, em substituição ao papel exercido pelo sexo, nos séculos precedentes.

A morte do outro – dizem os psicológicos – recorda-nos nossa própria finitude e representa a quebra do nosso ideal de intangibilidade. O primeiro passo é, então, compreender os critérios de morte, como se chegou a eles e sua razão de ser, dentro do universo médico, ético e jurídico. O segundo passo, sem dúvida, é procurarmos todos resgatar o bom relacionamento profissional-paciente, perdido em algum momento no processo de passagem do paradigma do paternalismo para o da autonomia compartilhada, de modo que se possa ter sempre em mente que o médico e a família, elementos responsáveis e solidários, devem estar do mesmo lado: o lado do paciente. Inclusive em seu momento final.

2. MORTE CLÍNICA E BIOLÓGICA

Há uma diferença entre o momento em que a vida biológica humana deixa de existir e o momento em que a pessoa deixa de existir.
(Tristram Engelhardt, *The Foundations Of Bioethics*, 1998)

É freqüente observar que a morte não se dá em um momento exato. Mesmo deixando de lado as densas questões filosóficas e observando aspectos estritamente biológicos, não é fácil definir a morte nem o tempo de sua ocorrência. É possível dizer que o morrer é uma evolução gradual, por vezes lenta, por vezes súbita, que se estende em cadeia através de órgãos e tecidos. O organismo não morre todo a um só tempo: células morrem diariamente, enquanto outras podem manter suas funções durante algum tempo após o diagnóstico do óbito. A questão é decidir quais grupamentos celulares, uma vez tendo encerrado sua atividade biológica, tornam inexorável o processo de morte do organismo *in totum*, marcam o momento sem retorno da perda da unidade orgânica autônoma.

A Declaração de Sidney, Austrália, adotada pela 22ª Assembléia Médica Mundial, em 1968, com as emendas da 35ª Assembléia Médica Mundial, realizada

em Veneza, Itália, em 1983, ao tratar da determinação do momento da morte, diz expressamente que:

Uma dificuldade é que a morte é um processo gradativo no nível celular, variando a capacidade dos tecidos para resistir à privação de oxigênio. Inobstante, o interesse clínico não reside no estado de conservação de células isoladas, mas no destino de uma pessoa. Neste sentido, o momento da morte de diferentes células e órgãos não é tão importante como a certeza de que o processo tem se tornado irreversível, quaisquer que sejam as técnicas de reanimação que possam ser empregadas.

É possível falar, então, em uma "*morte clínica*", diversa da "*morte biológica*". A morte biológica se verifica nas células, tecidos e órgãos, individualmente, culminando na morte do organismo inteiro, em todos os seus componentes. A morte clínica, por seu turno, seria o critério microbiológico adotado pela Medicina – e, por conseguinte, pelo Direito – para definir quando se dá a morte do *indivíduo humano*, relacionando-se, segundo Vanrell, mais com o conceito habitual de fim da *persona*⁸ do que com a deterioração celular total, que ocorre bem mais tardiamente, com a autólise *post mortem*, pela qual células que persistam vivas após a morte clínica sofrem um processo de morte individualizada, por autodigestão

8. Para o Direito Civil brasileiro, a morte representa o fim da existência da pessoa natural (art. 6º), que, enquanto subsistente, é titular de direitos e deveres (art. 1º). O conceito de *persona* (palavra grega que deu origem à expressão *pessoa*), bem como a discussão acerca das noções de *indivíduo*, *ser humano*, que embasam o conceito jurídico de *pessoa natural*, tem raízes na Filosofia, na Sociologia, entre outras disciplinas que não são alvo desta discussão; evidencia-se assim, entretanto, a inevitável interdisciplinaridade que circunda a conceituação da morte, requisito necessário à abordagem jurídica do assunto em pauta. A pergunta instigante da Professora Maria do Céu Patrão Neves, no texto "O começo da vida humana" (In: ARCHER, Luís; BISCAIA, Jorge; OSSWALD, Walter (Coord.). *Bioética*. Lisboa: Verbo, 1996, p. 175-183) é bem oportuna para dar forma à questão, ao interrogar: "quando é que a vida humana se torna moral e legalmente importante?" E quando deixa de sê-lo? Em breve comentário, destaque-se a definição de Severino Boécio, ainda no século VI, segundo a qual "*a pessoa é um indivíduo subsistente numa natureza racional*" (em PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*. 5ª ed. São Paulo: Loyola / Centro Universitário São Camilo, 2000, p. 67. Idem em BARRETTO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana: os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 230). Por este conceito, aqueles que se vissem desprovidos de sua capacidade de raciocínio ver-se-iam também desprovidos de sua caracterização como pessoa, caminhando-se facilmente para a constatação do fim da pessoa natural, titular de direitos, e ampliando-se gravemente o conceito de morte. Acreditando que não é possível distinguir o fim da pessoa (se entendida como reunião dos aspectos biológicos e culturais) com o fim do indivíduo da espécie humana (aspectos meramente biológicos, genéticos, que o tornam parte da espécie e, como tal, merecedor de proteção jurídica especial), entendemos que a definição clássica de Ortega y Gasset – "*eu sou eu e minhas circunstâncias*" – serve melhor a esta função, se interpretada no sentido de que as próprias circunstâncias da patologia, conquanto privem o indivíduo de sua capacidade relacional, representam um dado novo que passa a integrar sua conformação como *pessoa*, enquanto mantido o grau mínimo de funções vitais que lhe permitem subsistir. Em abordagem ampla, Frederico Marques (*Tratado de Direito Penal*. v. IV. Campinas: Milenium, 1999, p. 76), cita René Savatier, esclarecendo que: "*depuis l'abolition de l'esclavage, tout être humain est une personne. Il n'est pas nécessaire qu'il ait pleinement conscience de mi-même et soit doué d'intelligence et de volonté*" (em tradução livre, é dizer: desde a abolição da escravidão, todo ser humano é uma pessoa. Não é necessário que ele tenha

enzimática. Por essa razão, considera-se que a morte clínica antecede a morte biológica⁹ e a supera em relevância socialmente atribuída para a finalidade de caracterizar a extinção da vida. A noção de morte doravante utilizada diz respeito à morte clínica e aos parâmetros que permitem verificá-la, ainda que subsista a vida biológica em células ou tecidos isolados¹⁰.

3. O CRITÉRIO CARDIORRESPIRATÓRIO

A falência do aparelho respiratório conduz à falta de oxigenação corporal, imprescindível para a sobrevivência celular. A falência circulatória (coração e vasos sanguíneos) resulta na incapacidade para levar o próprio oxigênio e nutrientes às diversas partes do organismo, provocando também a morte celular. O critério cardiopulmonar ou cardiorrespiratório para o diagnóstico de óbito, conquanto não seja, nos dias atuais, o único possível, tem a comodidade de ser mais facilmente verificável em termos clínicos. É fato que um exame menos acurado pode ser fatal para o paciente, mas a verificação da parada da circulação e da respiração, na maioria das vezes, não suscita dúvidas mesmo para o leigo.

consciência plena de si mesmo e seja dotado de inteligência e de vontade) e lembra o artigo 65 do Esboço Teixeira de Freitas, segundo o qual "*todos os entes que apresentem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes, são pessoas de existência visível*". Acresce dizer, afinal, que, na lição de Elton Dias Xavier, no texto "A Bioética e o Conceito de Pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa" (*Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000), para fins de proteção jurídica, é mister deixar de lado a noção de pessoa como ser racional e relacional, em prol de um conceito "*por atribuição*" (ou ascrição), mais conservador, segundo o qual é juridicamente protegido como pessoa "*qualquer indivíduo pertencente à espécie humana*", de modo que sua dignidade humana deve ser preservada ainda quando já não haja vida racional ou relacional. Assim tem sido em nosso sistema. Tanto que a falência exclusivamente cortical, como adiante se verá, conquanto enseje o fim da vida relacional e a chamada vida meramente vegetativa, não constitui critério de morte, ao revés do que ocorre com a falência de todo o encéfalo, na morte encefálica, em que não apenas a vida relacional é perdida, mas todo o controle orgânico. Para um estudo aprofundado na matéria, sobretudo no que tange à distinção vitalista (que aproxima, como ora se faz, as noções de *pessoa* e de *ser humano*) e neokantiana (corrente que vê na pessoa um ser *moralmente responsável*), cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana: os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219-257. É de se assinalar, por oportuno, que essa discussão assume novos contornos quando aplicada ao início da vida e às novas técnicas de reprodução assistida, demonstrando, assim, a complexidade da matéria, recentemente discutida pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à pesquisa com células-tronco embrionárias.

9. Cf. VANRELL, Jorge Paulete. *Manual de Medicina Legal: Tanatologia*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996, p.29; SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Morte Encefálica e a Lei de Transplantes de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 04 e p. 23. É importante notar, todavia, que, mesmo no indivíduo clínica e biologicamente vivo, em caso de lesão, os neurônios e outras células do organismo passam a desenvolver no local um processo de morte geneticamente programada, a que se chama de apoptose.
10. É verificável, por exemplo, o crescimento da barba em indivíduos recém-mortos, ao longo do dia que precede o sepultamento, pois é fato conhecido que o folículo piloso conserva-se vivo ainda durante cerca de dois dias após a cessação das funções vitais. As córneas sobrevivem até seis horas após a parada cardiorrespiratória, dado importante para transplantes, e os espermatozoides, até vinte e quatro horas após, o que permite coleta de gametas (células reprodutivas) *post mortem*.

Desde há muito, a Medicina Legal conhece os ditos "*sinais abióticos*", indicativos da ausência de vitalidade e utilizados como referencial para diagnosticar a morte. Os sinais abióticos imediatos¹¹ abrangem, tradicionalmente, a perda de consciência, a cessação da respiração, a cessação da circulação, a insensibilidade, a imobilidade, a abolição do tônus muscular, a palidez e a midríase (isto é: a dilatação pupilar). A esses, seguem sinais mais tardios de morte, em que a flacidez muscular é substituída pela rigidez cadavérica, há resfriamento da pele, desidratação, hipostase (acúmulo do sangue por ação da gravidade nos locais do corpo que se encontram em declive, como no dorso, se o cadáver se encontrava em decúbito dorsal), entre outros.

Embora na Antiguidade a morte fosse associada à cessação dos batimentos cardíacos, outros sinais já eram relatados como acessórios para confirmar a extinção da vida. Isso se verifica, por exemplo, na descrição do aspecto facial do morto, feita por Hipócrates, quinhentos anos antes de Cristo, e que ficou conhecida como *fácies hipocrático*, indicando as alterações por que passa o cadáver em suas fases mais precoces de deterioração, em decorrência da perda inicial do tônus muscular que antecede a rigidez cadavérica, a qual vem a fixar a expressão¹²:

testa enrugada e árida, olhos cavos, nariz saliente, cercado de coloração escura. Têmporas deprimidas, cavas e enrugadas, queixo franzido e endurecido, epiderme seca, lívida e plúmbea, pêlos das narinas e dos cílios cobertos por uma espécie de poeira, de um branco fosco, fisionomia nitidamente conturbada e irreconhecível¹³.

Casos há, todavia, em que, não havendo manifestação clara desses sinais, sobejam dúvidas sobre a condição do indivíduo, fazendo-se necessário recorrer a testes para sua verificação. Dentre os sinais abióticos, podem-se destacar evidências de falência circulatória e respiratória, mediante testes simples¹⁴ como a ausculta cardíaca silenciosa por mais de cinco minutos (prova de *Bouchut*) e a ausência de murmúrio respiratório à ausculta (também se verifica a ausência de atividade respiratória pela prova de *Winslow*, em que se aproxima um espelho ou um fiapo de algodão das narinas do paciente e, estando este morto, o espelho não se embaçará nem o algodão se agitará, evidenciando a morte...).

11. Cf. VANRELL, Jorge Paulete. *Manual de Medicina Legal: Tanatologia*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996, p. 111

12. Cf. VANRELL, Jorge Paulete. *Manual de Medicina Legal: Tanatologia*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996, p. 113

13. PESSINI, Leo Pessini; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*, 5ª ed. São Paulo: Loyola /Centro Universitário São Camilo, 2000, p. 255-256

14. Cf. VANRELL, Jorge Paulete. *Manual de Medicina Legal: Tanatologia*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996, p. 51-57

Outros testes também já foram apontados como indicativos de morte, a exemplo da prova de *Ott*, em que se aproxima da pele a chama de uma vela e, estando o paciente morto, formar-se-á uma bolha de gás, em vez da flictena (bolha serosa) que surgiria no indivíduo vivo, com circulação funcionante; prova de *Magnus* (ausência de coloração cianótica – ou seja: azulada ou arroxeadada, em virtude do sangue aprisionado – quando se comprime a base de um dos dedos do paciente por certo tempo); prova de *Halluin* (ausência de reação de hiperemia, isto é, vermelhidão, na conjuntiva, após instilada uma gota de éter no olho) etc...

Além destas provas inócuas, outras de caráter bem mais invasivo também já foram sugeridas, como a prova de *Middeldorff*, em que se introduz parcialmente uma agulha ao nível da base do coração, a fim de observar se há oscilações da agulha, indicando atividade cardíaca. As provas químicas – resultantes das reações iniciais de deterioração cadavérica – também podiam ser bastante invasivas, como a prova de *Ascarelli* (em que se retirava por punção fragmento do fígado ou baço do suposto cadáver e se o colocava em contato com tintura de cochonilha. Em caso de morte, não haveria alteração da cor).

Tais recursos têm hoje interesse apenas histórico, uma vez que a modernização dos exames gráficos e de imagem permite diagnóstico mais seguro e menos agressivo. Servem, contudo, para assinalar que mesmo o diagnóstico mais tradicional de morte também ensejou dificuldades em muitos momentos.

Atualmente, o critério cardiorrespiratório coexiste com o neurológico, como marco da irreversibilidade no processo de morrer. Isso porque, com os atuais conhecimentos e recursos médicos, a parada momentânea da circulação ou da respiração pode ser contornada dentro de certo tempo, desde que não haja comprometimento do comando vital, representado pelo encéfalo, mediante manobras de reanimação,¹⁵ consistentes em massagem cardíaca, infusão de ar nas vias aéreas, uso de drogas que estimulam o funcionamento do aparelho circulatório, entre outras. Essas medidas nem sempre obtêm sucesso, sobretudo se as condições de base do doente não são indicativas de sua aplicação, evoluindo-se, então, para uma situação de parada cardiorrespiratória irreversível, a qual, inclusive, pode

15. Prefere-se hoje a expressão *reanimação* cardiorrespiratória em lugar de *ressuscitação*, pois se considera que o médico não tem o poder de *ressuscitar* o definitivamente morto, mas tão-somente de reanimar alguém em estado de morte aparente, restaurando funções momentaneamente comprometidas, antes que esse comprometimento se torne definitivo ou venha a causar lesão irreversível ao encéfalo. Daí a necessidade de rápido atendimento quando de uma parada cardíaca ou respiratória, pois as chances de sucesso na tentativa de reversão são inversamente proporcionais ao tempo em minutos decorrentes desde a cessação dos batimentos cardíacos. Por esse mesmo motivo, também há quem defenda que a chamada "ordem de não reanimar" deve ser dita em termos de "não tentar reanimar", pois mesmo quando efetuadas as manobras precocemente, o êxito depende das condições patológicas prévias, do motivo que causou a parada.

ser diagnosticada mesmo sem as tentativas de reanimação, se não há indicação de realização das mesmas¹⁶.

4. A MORTE ENCEFÁLICA: DIAGNÓSTICO E EFEITOS ÉTICO-LEGAIS

A combinação entre os parâmetros cardíaco e respiratório compunha o critério cardiopulmonar, que vigeu como prova única e incontestável de óbito até a primeira metade do século XX no mundo ocidental. Nessa ocasião, entretanto, a evolução tecnológica e científica tornou pertinente reformular as formas de diagnose da morte. Também em face da evolução dos transplantes de órgãos e da necessidade de se estabelecer regramento jurídico específico para assegurar que esses procedimentos se fariam sem ferir o direito à vida do doador, passou-se a rever o critério médico-jurídico de morte até então vigente, a fim de perquirir uma nova condição de irreversibilidade no processo de morrer. Verificou-se, então, que, conquanto a massagem cardíaca, o desfibrilador e as drogas cardiotrópicas pudessem restaurar a função cardíaca momentaneamente comprometida; conquanto a ventilação artificial, manual ou por aparelho, pudesse manter a oxigenação orgânica, não se descobriu ainda qualquer método capaz de trazer de volta o sistema nervoso não funcionante.

Quando a lesão se concentra apenas na área cortical, embora irremediavelmente deteriorada a vida de relação (pela destruição da porção encefálica responsável pela sensibilidade, comunicação, cognição e raciocínio), é possível manterem-se íntegras as funções basais de respiração e circulação, governadas pelo tronco encefálico, que é a parte do sistema nervoso localizada entre o cérebro e a medula, composto pelo bulbo raquidiano ou medula oblonga, ponte e mesencéfalo, e em que estão concentradas as funções mais basais do organismo, como a coordenação da respiração. Nesse caso, o paciente poderá estabilizar-se e entrar em quadro de vida vegetativa, a qual se pode prolongar durante anos, até que uma outra causa venha a provocar a morte.

Quando, todavia, a lesão neurológica afeta também o tronco encefálico, o organismo já não tem qualquer controle ou comando que permita a manutenção dessas atividades basais, de modo que elas só podem ser mantidas artificialmente e, ainda assim, diante da instabilidade orgânica que se instaurou, tal ingerência não poderá ser suportada por tempo ilimitado, tendendo-se à evolução para a

16. Acerca da indicação ou não de medidas artificiais para tentar manter ou prolongar a vida, cf., de nossa autoria, VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

deterioração e a falência subsequente dos demais órgãos: coração, aparelho respiratório, rins etc... É nesse interregno – enquanto ainda se mantêm a circulação e a respiração artificiais, mas o encéfalo foi irreversivelmente destruído – que se estabelece o critério de morte encefálica e quando pode ocorrer a remoção de órgãos ainda íntegros para transplante.

É comum ocorrer a confusão entre as expressões *morte cerebral* e *morte encefálica*. É mister, porém, distinguir tecnicamente as expressões: por “cérebro”, a ciência médica entende apenas a porção superior do sistema nervoso central, cuja cobertura externa, o córtex, concentra as funções consideradas nobres e caracterizadoras da espécie humana. Já a expressão *morte encefálica*, denominação atual e mais adequada, abarca também o tronco encefálico e cerebelo, lembrando-se que é no tronco encefálico, situado abaixo do cérebro propriamente dito, que se sediam os controles vitais vegetativos mais primários para a subsistência do organismo em suas atividades basais, a exemplo do bulbo raquidiano, onde se encontra o centro respiratório¹⁷.

Anteriormente, fazia-se a distinção somente entre *morte cortical* e *morte cerebral* ou descerebração. A *morte cortical* é a perda irrecuperável da função cerebral superior, que permite as atividades intelectual e sensitiva. É o fim, portanto, da vida relacional, porém mantêm-se conservadas as funções vegetativas, particularmente a atividade cardiorrespiratória, constituindo o estado vegetativo persistente. O que se chamava de *morte cerebral* ou *descerebração* equivaleria à cessação irreversível da atividade do sistema nervoso central como um todo, caracterizando o que hoje se denomina morte encefálica, por abranger também as estruturas do tronco encefálico. A fim de evitar confusões terminológicas, entendeu-se aqui pertinente afastar a expressão pouco clara “morte cerebral”, atendo-se aos termos “morte cortical” (quando referente à destruição cortical completa) e “morte encefálica” (referente ao critério de morte clínica que autoriza a doação de órgãos, nos termos da Lei 9.434/97, e caracterizada pela parada completa de funcionamento do encéfalo, a ser apurada mediante testes específicos, infra comentados).

É importante destacar que mesmo pacientes em morte encefálica podem cursar com reflexos medulares, uma vez que a medula se situa em nível inferior ao tronco

17. Acredita-se que a confusão de termos originou-se, nos países de língua latina, pelo fato de que o uso da palavra inglesa *brain* (*brain death*), geralmente traduzida como “cérebro”, na verdade quer designar o encéfalo (cérebro mais tronco encefálico), reservando-se, naquele idioma, a expressão *cortex* para designar a definição mais restrita, que não abarca o tronco cerebral ou tronco encefálico (aqui, sim, denominações sinônimas, destacando-se esta última como a mais moderna). Cf. SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leito, *Morte Encefálica e a Lei de Transplantes de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 26. Já há hoje quem prefira falar, até mais tecnicamente, em *critério encefálico ou neurológico de morte*, a fim de evitar a qualificação ou adjetivação da morte, como se de várias “mortes” se falasse.

encefálico, sem que, todavia, reflexos desta ordem indiquem qualquer espécie de reação vital¹⁸; o que não existe são os chamados reflexos supra espinhais, ou seja, aqueles gerados pela atividade do tronco encefálico ou dos hemisférios cerebrais, acima da medula espinhal, a qual se localiza na coluna vertebral.

A pesquisa de reflexos supra-espinhais específicos constitui a base do diagnóstico clínico da morte encefálica, conforme determinação da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.480/97, que dá subsídios técnicos para a aplicação da Lei n. 9.434/97, ao definir os requisitos para o diagnóstico de morte encefálica. Esses requisitos devem ser observados de modo criterioso, não só para motivar e justificar a confiança da população na segurança deste critério de morte clínica (pois se verifica que o leigo ainda vê com bastante reserva a declaração de que se encontra morto alguém cujo coração ainda pulsa), mas, sobretudo, por exigência legal, para que não se antecipe o diagnóstico de irreversibilidade que caracteriza o encerramento da vida, com todas as conseqüências que daí advêm.

A Declaração de Sidney (1968), proveniente da Associação Médica Mundial, a partir dos parâmetros do Comitê de Harvard, e atualizada nas décadas de 80 e 90¹⁹, estipula que, para o diagnóstico de morte, com lastro no critério encefálico, é essencial determinar "*a cessação irreversível de todas as funções, do cérebro todo, incluindo a medula oblonga (bulbo raquidiano)*"²⁰. *Esta determinação estará embasada no julgamento clínico complementado, se for necessário, por um número de meios diagnósticos*". A Declaração também é clara ao enunciar que

a determinação do estado de morte de uma pessoa permite, desde o ponto de vista ético, suspender os intentos de reanimação e, naqueles países onde a lei assim o permite, retirar órgãos do cadáver desde que se tenham cumprido os requisitos legais vigentes relativos ao consentimento.

No Brasil, somente no início da década de 1990, o Conselho Federal de Medicina (CFM) determinou oficialmente que a morte encefálica tem valor de morte clínica²¹, mas desde 1968 este conceito já tinha aplicabilidade no país, quando

18. É conhecida dos estudantes de áreas de saúde a experiência em que, após destruição do sistema nervoso superior de uma rã, dissecam-se uma das patas, com preservação da medula e dos nervos de ligação, a fim de comprovar a ocorrência independente de reflexos medulares no membro destacado.

19. Notadamente em 1987, pela Task Force for Determination of Brain Death in Children, e em 1995, pela Associação Americana de Neurologia.

20. Observa-se aqui uma atecnia da norma, ou possivelmente do tradutor, reiterando a confusão entre morte cerebral e morte encefálica. Dever-se-ia tratar da cessação das funções do encéfalo todo, abrangendo, assim, o tronco encefálico, onde se situa o bulbo raquidiano.

21. Refere-se aqui à primeira Resolução sobre o tema, em 1991. Cf. STÁVALE, M.A. Considerações Básicas sobre a Morte Encefálica. In: *Bases da Terapia Intensiva Neurológica*. São Paulo: Santos, 1996, p. 647-652

do primeiro transplante de coração realizado por brasileiros, capitaneado pelo Dr. Euríclides Zerbini, no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP, dando ensejo à elaboração da Lei n. 5.479/68, que antecedeu a atual lei de transplantes e ficou então conhecida como "Lei Zerbini", tomando por base os requisitos do Comitê *Ad Hoc* da Universidade de Harvard, enunciados em 1967, no mesmo ano em que se deu a primeira intervenção do gênero no mundo²², e que antecederam a primeira versão da Declaração de Sidney. A atual lei pátria para transplantes de órgãos²³ remete à Resolução n. 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina para o estabelecimento do diagnóstico de morte encefálica, que torna possível a captação de órgãos vitais.

Essa resolução decorreu, historicamente, dos trabalhos da primeira "Comissão Técnica de Morte Encefálica", organizada em 1996 pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) e tendo como antecedentes os estudos do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP)²⁴. Desde então, sucessivas Comissões Técnicas de Morte Encefálica trabalham no estudo do referido diagnóstico de morte, procurando estimular a difusão do conhecimento sobre o tema mediante programas de educação e capacitação continuadas²⁵, bem assim produzindo normas esclarecedoras, a exemplo da recente Resolução 1.826/2007, ratificando a validade do critério diagnóstico mesmo quando não há previsão de doação de órgãos.

Na Resolução 1.480/97, com a função de complementar a Lei 9.434/97, a Comissão estabeleceu como determinantes para o diagnóstico de morte encefálica a realização de anamnese (coleta da história do paciente) e exames detalhados, com o fim de afastar outras possíveis causas do coma, tais como hipotermia e uso de drogas depressoras do sistema nervoso central. Seguem-se, então, provas

22. O primeiro transplante cardíaco mundial foi realizado na África do Sul, em 1967, pelo Dr. Christian Barnard, que retirou o coração da jovem Denise Ann Darvalle, vítima de acidente automobilístico, com destruição craniana, transplantando-o em Louis Washkansky, que faleceu dezoito dias depois.
23. Lei n. 9.434/97, modificada pela Lei n. 10.211/2001, que aliou a consulta à família à doação presumida original, e regulamentada pelo Decreto n. 2.268/97.
24. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas Atuais de Bioética*, 5ª ed. São Paulo: Loyola/Centro Universitário São Camilo, 2000, p. 323-326. Cf. também MENDES, Antônio Carlos; SILVA, Jefferson de Vasconcelos; DALLARI, Sueli Gandolfi. *BIOÉTICA E DIREITO: Aspectos da disciplina legal dos transplantes*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v1/biodireit.html>. Acesso em 05.mai.08.
25. A exemplo dos programas desenvolvidos na Bahia, por iniciativa conjunta do Conselho Federal de Medicina e do Conselho Regional de Medicina da Bahia (CREMEB), desde 2006, com realização de Cursos de Capacitação em Diagnóstico de Morte Encefálica, esclarecendo os profissionais médicos acerca da boa prática dos parâmetros técnicos e éticos para a realização do diagnóstico seguro de morte encefálica, com distribuição de material didático em CD-Rom, aulas expositivas, vídeos, análises de exames, aulas práticas com neurologistas para perfeito reconhecimento dos reflexos vitais ausentes no morto encefálico, oficinas de abordagem ética quanto ao relacionamento profissional-família, aspectos legais pertinentes etc.

neuroológicas específicas, que devem ser acompanhadas por neurologista e por outros médicos que não façam parte de equipe de transplante.

O exame neurológico inclui a observação do coma arresposivo (ou seja, sem qualquer reação espontânea ou a estímulos sonoros e dolorosos) e do estado do tronco encefálico, avaliado pela ausência de reação pupilar (pupilas fixas e arreativas ao estímulo luminoso, na ausência de drogas que causem semelhante efeito), arreflexia córneo-palpebral (isto é: não há reação de piscar o olho ao contato de um chumaço de algodão contra a córnea) e óculo-cefálica (o chamado teste dos "olhos de boneca" em que a pupila fica fixa à movimentação lateral da cabeça), bem como a ausência de resposta às provas calóricas (em que alguns mililitros de água morna e fria são alternadamente colocados no conduto auditivo do paciente, sem que isso provoque o desvio pupilar esperado em pessoas cujo tronco encefálico se encontra íntegro e funcionando) e, por fim, ao reflexo da tosse e da apnéia provocada.

No reflexo da tosse, a manipulação de uma sonda ou da cânula que passa na traquéia do paciente provocaria o reflexo básico de defesa da tosse, com que já não conta o morto encefálico.

O reflexo da apnéia e seu respectivo teste gerou bastante polêmica à época, ao fundamento de que poderia acarretar lesões neurológicas graves e mesmo a morte, caso o paciente não se encontrasse efetivamente morto²⁶. Não procede, contudo, o temor. Inicialmente, é de se destacar que o referido teste somente é feito quando todas as demais provas foram concludentes no sentido do diagnóstico de morte. Ademais, hão de ser tomados, na boa prática diagnóstica, todos os cuidados concernentes à prévia hiperoxigenação do paciente e ao tempo de observação, a fim de protegê-lo, caso exista ainda algum reflexo vital a ser percebido na citada

26. Ficou famoso, no final da década de noventa, artigo da lavra do Dr. Cícero Galli Coimbra, em que se punha em dúvida o diagnóstico de morte encefálica e a segurança do teste de apnéia, então apontado como lesivo e causador, em si, de falência neurológica por hipóxia (déficit de oxigenação) e morte do paciente. Sucedeu-se, à época, ampla discussão técnica acerca do tema, ratificando-se a manutenção do teste, considerado seguro, dentro dos cuidados devidos, recomendados na Resolução 1.480/97. Recentemente, a posição do Dr. Galli foi rememorado em artigo de autoria do insigne Prof. Edilton Meirelles, denominado "Morte Encefálica e Transplante de Órgãos", publicado nesta Revista, em seu n.º 16 – excelente texto, notadamente no que trata da captação de órgãos de doador vivo, o que, todavia, não será objeto de nossa presente análise – que nos motivou a tecer estas considerações e esclarecimentos sobre o diagnóstico de morte encefálica, a fim de dirimir dúvidas relativamente comuns no público ainda não de todo afeito a esse critério. O morto encefálico diagnosticado não é paciente terminal, mas paciente morto. Tanto que se lhe podem retirar os órgãos para fins de transplantes, além das limitações cabíveis às doação *in vivo*. O respeito que lhe é devido é aquele cabível ao ser humano morto, conforme exigido em nossa esfera moral e em nosso Código Penal. O que é preciso exigir é a realização criteriosa e segura dos exames comprobatórios, com o devido diálogo e participação familiar, dentro de um espírito de competência e de bom relacionamento profissional.

prova. Ou seja: eventuais riscos são decorrentes da má-prática, que há de ser sempre combatida, em qualquer campo da medicina, não se podendo, pela exceção, deslegitimar critério válido e que é, inclusive, subdiagnosticado no país, ensejando uma das piores taxas de doação de órgãos no mundo ocidental.

Nesse teste, a ventilação mecânica é desconectada durante cinco minutos, após um período de hiperoxigenação, observando-se, então, cuidadosamente o paciente, até que o nível de gás carbônico no sangue se eleve a valores tais desencadeariam natural ativação do centro respiratório, caso este se encontre preservado. Se não há qualquer tentativa de respirar por parte do paciente, constata-se a lesão irreversível do tronco encefálico, notadamente de seu centro respiratório.

Caso se mostrem congruentes com o diagnóstico de morte encefálica, o conjunto de exames deve ser repetido mais uma vez, em intervalos variáveis conforme a faixa etária do paciente, por médicos distintos, sendo que ao menos um deles deve ser especialista na área de Neurologia, podendo ser acompanhados por médico de confiança da família.

A Associação Neurológica Americana declara que o diagnóstico clínico é suficiente, sendo dispensáveis exames complementares, se as provas neurológicas resultam inalteradas após a repetição. A Resolução 1.480/97, porém, ainda determina a realização de eletroencefalograma (EEG) ou de exame de imagem que revele ausência de fluxo sanguíneo local ou ausência de atividade metabólica para que se confirme a condição de morte encefálica. O sistema brasileiro é, portanto, mais conservador nesse sentido, em prol de uma maior segurança diagnóstica²⁷.

A faixa etária do paciente tem particular relevância na determinação da morte encefálica. Além da determinação de intervalos diferenciados (tanto maiores quanto menor for a idade do paciente, em face da imaturidade do sistema nervoso infantil, variando de seis a quarenta e oito horas de intervalo), observe-se, ainda, que, em menores de um ano, o eletroencefalograma é o único exame complementar recomendado, em detrimento dos exames de imagem, cuja acurácia ainda não foi devidamente comprovada para esse fim em lactentes.

Também é digno de nota o fato de não haver previsão do diagnóstico de morte encefálica para menores de sete dias de vida, o que tem especial pertinência no caso de bebês anencéfalos, que muitos procuram equiparar ao morto encefálico²⁸.

27. Cf. LANA, Roberto Lauro. *Eutanásia: Mitos e controvérsias medicolegais*. Disponível em <<http://www.geocities.com/HotSprings/Villa/1696/monografia.html>>, acessado em 09 nov. 2000.

28. A respeito do tema, foi publicado texto “Conselho decidirá se mulher pode doar órgãos de filho que nascerá sem cérebro” no Jornal O Globo, p. 70, em 11 de fevereiro de 1998. A decisão *in casu* foi contrária à

Dá-se que, em sua grande maioria, esses bebês não sobrevivem até os sete dias necessários à possibilidade diagnóstica, e se acresce a isso a circunstância de que, ainda que sobrevivam, com base em cuidados artificiais, sua condição de malformação neurológica grave faz com que eles apresentem respostas atípicas, não condizentes com as esperadas em caso de morte encefálica, gerando imprecisão diagnóstica. O termo *anencefalia* propicia tal aproximação, na medida em que sugere ausência do *encéfalo*. Dá-se que essa ausência não é necessariamente completa, de todo o *encéfalo*²⁹, assim como a expressão também utilizada *acrania* não se ajusta à verificação de que há formação *incompleta* do crânio e não ausência total do mesmo.

Assim, não é possível equiparar o anencéfalo ao morto encefálico, inclusive pelo fato de que ele pode apresentar resquícios de tronco encefálico funcional,

intenção da mãe. A este respeito, vasta discussão foi travada quando da Consulta n.º 8.905/98, encaminhada ao Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) e discutida em março de 1998 pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), tendo como relator o Conselheiro Marco Segre. Nessa ocasião, o relator mostrou-se favorável à utilização de órgãos de anencéfalos para transplantes, diante da segura impossibilidade de vida após o nascimento, além de algumas horas ou dias. Em comentário a essa opinião, manifestaram-se os pediatras Délio Kipper e Gabriel Oselka, os advogados Antônio Carlos Mendes e Sueli Galdolfi Dallari, o sanitarista Fermin Schramm, o odontólogo Volnei Garrafa, o teólogo Marcos Fabri, o filósofo Joaquim Clotet, o médico Sérgio Ipiabina Costa e o também médico e então diretor do Conselho Federal de Medicina, Nei Moreira. As opiniões se dividiram entre a possibilidade ou não da doação. Foi maioria, entretanto, os que se mostraram contrários a essa hipótese, ante os atuais critérios de morte encefálica, salvo se (e enquanto não se alterar a norma nesse sentido), vencidos os sete dias mediante manutenção artificial, fossem atendidos os presentes requisitos. A discussão encontra-se disponível em <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v6/casoclinico.htm>>, acessado em 28 jan. 2002. Em maio de 2003, no Processo-consulta n.º 24/2003, tendo como relator originário o Conselheiro Sérgio Ibiapina Costa e como relator de vista o Conselheiro Marco Antônio Becker, concluiu-se que “*uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá proceder ao transplante de órgãos do anencéfalo após sua expulsão ou retirada do útero materno*” (parecer publicado no Jornal do Conselho Federal de Medicina, ano XVIII, n. 144, p. 7, jul. 2003). Tal entendimento culminou na elaboração da Resolução 1.752/04, em que se iniciam os “considerando” ponderando que, embora o anencéfalo não se enquadre na hipótese de morto encefálico..., concluindo que ele poderia ter seus órgãos utilizados para fins de transplantes como se cadáver fosse, com o que discordamos, por desbordar os limites legais, dado que a legislação pátria somente admite a retirada de órgãos vitais mediante o diagnóstico de morte encefálica, não aplicável na espécie. Assim, se o anencéfalo não se encontra morto, segundo os parâmetros legais e éticos vigentes, é ilegal e inconstitucional a norma que autoriza a retirada de seus órgãos nesse caso. Defende-se que, quando indicado, o abortamento do anencéfalo se justifica, não por tais argumentos, mas pelo conflito de interesses entre mãe e feto, obrigando a que se faça uma opção jurídica de proteção, a qual se entende dever favorecer a integridade física e psíquica da mãe, submetida a uma gestação sem esperanças. De outro lado, uma vez nascido o bebê e findo o referido conflito, vale o imperativo ético de Kant, segundo o qual o ser humano vivo é um fim em si mesmo, não devendo ser concebido como simples *meio* (um “banco de órgãos”) para outro ente da espécie. Sobre a questão dos anencéfalos, manifestamo-nos no texto “*Algumas considerações sobre o aborto de fetos anencéfalos*”, publicado na Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia, n. 4, 2004.

29. Léo Pessini e Christian de Paul de Barchifontaine (*Problemas Atuais de Bioética*. 5ª ed. São Paulo: Loyola/Centro Universitário São Camilo, 2000, p. 243) falam em “*ausência dos dois hemisférios cerebrais*”, divergindo, portanto, do conceito técnico de morte encefálica, por não atingir necessariamente o tronco cerebral.

que lhe permitem respirar sozinho durante algum tempo e apresentar mesmo reflexo de sucção, não coincidindo, portanto, com o critério encefálico de morte e tornando inviável, a nosso sentir, nos termos atuais, falar-se em doação de órgãos de anencéfalos.

Em relação à conduta perante esses bebês, entendemos, portanto, que lhes é cabível o respeito devido aos membros vivos da espécie. Não devem ser submetidos, por seu turno, a dolorosos procedimentos de manutenção artificial das funções vitais, quando se sabe que sua patologia é incompatível com a vida independente³⁰. Também em razão dessa falta de prognóstico, numerosos casos têm obtido da Justiça autorização para a interrupção da gestação de feto anencéfalo³¹, ensejando a ADPF n.º 54, em discussão pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra questão polêmica acerca da morte encefálica diz respeito à possibilidade de desligamento do suporte vital, uma vez feito o diagnóstico em paciente não doador de órgãos e tecidos. Quando se trata de paciente doador, cujas condições clínicas autorizam a doação, mantém-se o suporte vital até a retirada dos órgãos e tecidos, a qual se procede em Centro Cirúrgico, com todos os cuidados devidos, não somente para a proteção dos órgãos, mas também em respeito ao doador morto. Uma vez dado o diagnóstico de morte encefálica e autorizada a doação, é preciso haver rigoroso controle de temperatura (já que o encéfalo não é mais apto a realizar a função de regulação térmica), nutrição e hidratação artificiais, antibioticoterapia se necessário, controle hemogasométrico para verificar a oxigenação sanguínea, entre outros cuidados, a fim de que os órgãos se preservem íntegros, apesar da falência neurológica. Maria Auxiliadora Minahim³² adota a denominação "*vida técnica*" para esse estado mantido exclusivamente mediante o

30. A limitação terapêutica nesse caso trata-se de situação de ortotanásia e não de eutanásia, segundo nosso entendimento.

31. Cf. a respeito DINIZ, Débora. O Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 5, n. 1, p. 19-24, 1997.

32. MINAHIM, Maria Auxiliadora. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Salvador, n. 8, p. 19-39, jan./dez. 2000. Circunstância curiosa desse período, que ainda carece de maior construção legal e doutrinária, diz respeito aos contratos de saúde firmados pelo morto, haja vista que a morte os encerra, mas, mantendo-se o corpo dependente de aparelhos para fins de retirada dos órgãos, mister que alguém arque com os custos do período e da própria cirurgia de retirada, a qual beneficiará o receptor, e não o doador. A solução encontrada é que tais cursos são assumidos pelo Sistema Único de Saúde, independentemente da unidade onde se encontra o morto, uma vez que é o SUS que, em última análise, regula todos os procedimentos de transplantes no país. Naturalmente que mesmo raciocínio não se aplica aos casos em que não há doação, nos quais a obrigação de manutenção da aparelhagem se encerra com o diagnóstico fechado de óbito. Constitui-se aí mais um incentivo a que o acompanhamento familiar ou por médico de sua confiança seja priorizado durante a realização dos exames diagnósticos, e não posteriormente a eles, apenas a títulos de revisão.

uso de equipamentos. Realizada a captação dos órgãos e tecidos, o cadáver deve ser recomposto condignamente para a entrega à família.

Veja-se que o diagnóstico de morte encefálica antecede e é requisito necessário para a retirada *post mortem* de órgãos e tecidos (única possível em caso de órgãos singulares, vitais ou que ensejariam mutilação inaceitável ou limitação de funções), mas ele não se presta apenas para esse fim, o que geraria o absoluto contra-senso de indivíduos em idêntica situação serem considerados vivos ou mortos conforme a utilização que se pretenda dar a seu corpo. O diagnóstico e a retirada de órgãos são, em verdade, procedimentos distintos e independentes, a serem realizados, inclusive, necessariamente por equipes distintas, nos termos da Lei 9.434/97³³.

É também por esse motivo que os escandalosos eventos recentemente reportados pela imprensa³⁴, em relação à suspeita de desvio de órgãos para transplante no sistema gestor de transplantes no Rio de Janeiro, não podem ser confundidos com a seriedade do diagnóstico de morte encefálica, que antecede a doação.

Assim, uma vez assentado o diagnóstico de morte, mediante realização precisa de todos os passos legalmente exigidos, devidamente registrados e acompanhados por quem de direito, ressai tranqüilo que, se o morto encefálico pode ser privado de seus órgãos quando doador, com igual ou tanto mais razão o não doador (seja por dissentimento próprio, previamente expressado, ou da família; seja por inadequação médica, como no caso de pacientes oncológicos) pode ter desligados os aparelhos e retiradas as drogas que mantêm sua circulação e ventilação. Não há sentido em submetê-lo a dezenas de exames diários, a fim de controlar sua homeostase, manipulando desnecessariamente o corpo, se isso não é imprescindível para a preservação dos órgãos que, já não lhe servindo mais à manutenção da vida, tampouco poderão ser utilizados para salvar a vida de outros. No doador, isso se justifica em face do interesse maior da doação, autorizada legalmente e pelo responsável.

No morto encefálico não doador, para o qual não há tal justificação, o suporte artificial já não tem sentido, resultando em importante e desnecessária despesa econômica e em ocupação de escasso leito em Unidade de Terapia Intensiva por

33. Art. 3.º da Lei 9434/97, Lei de Transplantes, que diz: “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”. Sobre o tema, manifestamo-nos no artigo “A Morte Encefálica é Morte”, publicado em 2007, no site jurídico www.evocati.com.br, em tópico relativo a Biodireito.

34. Cf., v. g., Revista Veja, Editora Abril, n. 2072, 06 de agosto de 2008.

paciente médica e juridicamente morto. Sua exposição a procedimentos desnecessários pode configurar, ainda, o delito de vilipêndio a cadáver, nos termos do artigo 212 do Código Penal brasileiro, porquanto representa manipulação e invasão do corpo humano morto, sem uma finalidade plausível.

Não se cogita, portanto, de prática de qualquer delito contra a vida, nem se há de falar em eutanásia quanto ao desligamento de aparelhos em paciente com morte encefálica confirmada.

Esse tem sido o entendimento expressado em pareceres do Conselho Federal de Medicina, como na Consulta n. 8.563/2000, feita pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, tendo como relator o Conselheiro Solimar Pinheiro da Silva, e cuja ementa enuncia que se considera como hora do óbito "*aquela registrada no Termo de Declaração de morte encefálica, devidamente preenchido e com o exame complementar anexado. Pacientes em morte encefálica devem se tornar doadores de órgãos ou terem seus suportes descontinuados por seu médico assistente.*"³⁵

No mesmo sentido, a Consulta n.º 7.311/97³⁶ apenas recomenda que, avisada a família do diagnóstico, dê-se-lhe tempo suficiente (não especificado no parecer, mas que se entende, dentro do razoável, como sendo de quarenta e oito horas, em média) para, desejando, promover a repetição das provas diagnósticas por médico de sua confiança, após o que (ou caso não o façam), pode-se e deve-se proceder ao desligamento dos aparelhos, representando conduta atípica no âmbito penal.

35. PROCESSO-CONSULTA CFM N.º 8.563/2000. PC/CFM/Nº 42/2001. INTERESSADO: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. ASSUNTO: Diagnóstico de morte encefálica. RELATOR: Cons. Solimar Pinheiro da Silva

36. PROCESSO-CONSULTA CFM N.º 7.311/97. INTERESSADO: Hospital São Lucas da PUCRS. ASSUNTO: Morte encefálica – aspectos legais desligar os aparelhos. RELATOR: Cons. Nei Moreira da Silva. EMENTA: *Os critérios para verificação de morte encefálica não se aplicam apenas às situações de transplantes de órgãos. Os médicos devem comunicar aos familiares a ocorrência e o significado da morte encefálica antes da suspensão da terapêutica.* No mesmo sentido, Gisele Mendes de Carvalho (*Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 107) é peremptória em afirmar que, diante do diagnóstico da morte encefálica, desaparece a obrigação do médico de prosseguir com qualquer atividade terapêutica, inclusive a alimentação, somente mantidas em caso de previsão de doação de órgãos e, ainda assim, por tempo limitado. Diz, ainda, que, nessa hipótese, não se cogita da ocorrência de homicídio, uma vez que consensualmente inexistente o bem jurídico vida, tutelado no tipo. Consideram-se também indicativos da aceitação da morte encefálica, como critério pacífico de morte, trechos de votos prolatados nos Tribunais Superiores do país, que, cotejando a circunstância de anencefalia com a de morte encefálica (conquanto, como se mencionou, inadequada a assimilação, nos moldes atuais), a saber: O Ministro Carlos Ayres Britto, STF, no curso da ADPF n.º 54, admite expressamente a associação constante do art. 3º da lei federal 9.434/97 entre morte encefálica e cessação da vida humana. Também o Ministro Joaquim Barbosa, STJ, julgando o HC 84025-RJ, ratifica que a Lei 9.434/97 fixa como momento da morte humana a morte encefálica, e cita, a propósito, Claus Roxin, segundo o qual, com a morte encefálica, termina a proteção à vida.

Tal entendimento foi consignado na Resolução CFM 1.826/2007, com o fim de pacificar as dúvidas a respeito do tema³⁷. O atestado de óbito – salvo nas hipóteses de morte violenta, que seguirá trâmites próprios – é dado, nesse caso, com a causa da falência encefálica e o horário de sua confirmação diagnóstica pela realização do segundo conjunto de exames legalmente exigidos.

Naturalmente que essas condutas devem ser cuidadosa e sensivelmente explicadas à família – muitas vezes ainda em fase de negação ou revolta – procurando apascentar suas dúvidas e angústias e dar-lhe conforto nesse momento de perda, afinal se trata de uma notícia de óbito.

Uma vez desconectado do suporte mecânico, o paciente evolui para a parada cardíaca em pouco tempo³⁸, não se devendo tentar, naturalmente, nenhuma manobra de reanimação. Falar em eutanásia, nesse caso, mostra-se absolutamente despropositado, caracterizando delito impossível. Como se vê, existe estreita relação entre os dois critérios de morte clínica, de maneira que eles tendem a coincidir após exíguo espaço de tempo, quando não há interferência humana, ou mesmo quando esta já não consegue reverter a situação de base que causou uma das falências³⁹.

Se a morte encefálica será o critério definitivo? Provavelmente não. Tampouco o será a parada cardiorrespiratória irreversível. Estão aí as células-tronco, prenhes

37. “Art. 1º É legal e ética a suspensão dos procedimentos de suportes terapêuticos quando determinada a morte encefálica em não-doador de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, nos termos do disposto na Resolução CFM nº 1.480, de 21 de agosto de 1997, na forma da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. § 1º O cumprimento da decisão mencionada no caput deve ser precedida de comunicação e esclarecimento sobre a morte encefálica aos familiares do paciente ou seu representante legal, fundamentada e registrada no prontuário. § 2º Cabe ao médico assistente ou seu substituto o cumprimento do caput deste artigo e seu parágrafo 1º. Art. 2º A data e hora registradas na Declaração de Óbito serão as mesmas da determinação de morte encefálica.”

38. Os casos por nós acompanhados evoluíram para a cessação dos batimentos cardíacos em cerca de vinte a trinta minutos após o desligamento dos aparelhos que sustinham a ventilação artificial.

39. Guilherme Nucci (na obra *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 367) aponta a posição de Almeida Jr. e Costa Jr. (Lições de Medicina Legal, p. 232), de que discordamos quando exige a cumulação dos critérios encefálico e cardiorrespiratório para o diagnóstico de morte. Dizem aqueles autores: “a nosso ver, dar-se-á [a morte] não apenas quando houver silêncio cerebral, revelado pelo eletroencefalógrafo, mas, também, quando ocorrer concomitantemente a parada circulatória e respiratória em caráter definitivo”. Acrescem, todavia, em aparente contradição com a observação anterior, que: “isso, entretanto, não significa permitir que num corpo humano, descerebrado funcionalmente [e veja-se que aqui não se exigiu a falência do tronco encefálico, já que a descerebração pode ser verificada em pacientes em estado vegetativo, que, mantendo íntegras as funções basais, não atendem aos requisitos de morte encefálica – observação nossa], continue a circular o sangue e o ar unicamente por processo artificial, depois de inúteis e prolongadas tentativas, sem que haja reanimação espontânea”. Encerra-se a questão, lembrando que “a Lei 9.434/97 estabeleceu que a interrupção relevante para o direito penal, tanto que autoriza o transplante de órgãos, é a encefálica” (NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 367).

em esperanças, a acenar com a possibilidade de restauração de tecidos irremediavelmente lesionados. Estão aí as evoluções tecnológicas, a prometerem corações artificiais cada vez mais elaborados e – quem sabe? – novos estímulos eletrônico-neuronais que permitam o comando orgânico, como permitem o manejo de um braço mecânico... Com efeito, a história tem mostrado que mesmo os critérios de vida e de morte são temporalmente dependentes. O que se busca é, dentro de nossa época, assegurar a legitimidade dos critérios vigentes, aqueles quanto aos quais, nesse momento histórico, não há reversibilidade possível. A parada cardiorrespiratória sem retorno e a falência encefálica bem diagnosticada.

CONCLUSÃO

Quando o Direito tenta antecipar-se à sociedade, geralmente não obtém sucesso. Isso porque ele vive de regrar condutas que a sociedade, de algum modo, já pensou e julgou em sua escala de valores.

Quando a legislação referente aos transplantes e à morte encefálica previu, em sua redação original, a doação presumida de órgãos e tecidos, chocou-se contra a realidade tangível de se tratar de um critério novo de morte, ainda não de todo incorporado pela população e – pior – que mal lhe fora apresentado.

Retrocedeu a lei, passando a exigir a autorização familiar para a remoção de órgãos e tecidos *post mortem*, mas se manteve o pecado imperdoável da escassez de informações, dando ensejo a dúvidas e ansiedade.

Buscou-se, neste texto, esclarecer os dois critérios de morte vigentes em nosso ordenamento – a parada cardiorrespiratória irreversível e a morte encefálica – igualmente válidos e alternativamente aplicáveis como determinantes do fim da pessoa natural.

Enfatizou-se, particularmente, a morte encefálica, como critério médico, ético e legal de morte, independentemente da posterior destinação ou não dos órgãos e tecidos para doação e transplante, destacando-se tratar de diagnóstico seguro, quando realizado dentro da boa técnica profissional, com os cuidados pertinentes, exigidos em cuidadosa legislação disciplinadora.

Por fim, a título de conclusão, confere-se a palavra à sensível fundamentação do Dr. Gerson Zafalon, Coordenador da Câmara Técnica de Morte Encefálica do Conselho Federal de Medicina, que, ao tratar da matéria, assim se posicionou, de forma clara e precisa, realçando a necessidade de divulgação e explicação do critério à população, favorecendo o diálogo social continuado e a reaproximação

com a questão da morte inevitável, para que o tema não lhe seja apresentado, apenas, no duro momento do diagnóstico da perda de um ente querido:

A morte encefálica equivale à morte clínica. (...)

Às vezes, causa perplexidade aos familiares do morto o fato de o corpo ainda estar quente e apresentar batimentos cardíacos, o que contrasta com a algidez (frialdade) e ausência de batimentos cardíacos, sinais clássicos da morte, mas que é explicado pela manutenção de suporte ventilatório e medicamentos inotrópicos.

(...)

O CFM reconhece que a sociedade não está devidamente familiarizada com este tema, o que gera ansiedade, dúvidas e receios, mas que o mesmo deve ser enfrentado de modo compreensivo, humano e solidário.

Por essas razões, justifica-se a edição desta resolução, (...) encarando a morte como complemento da vida e não inimiga a ser derrotada a qualquer custo. (Conselheiro Gerson Zafalon Martins, Coordenador da Câmara Técnica de Morte Encefálica do Conselho Federal de Medicina, em Fundamentação à Resolução 1.826/2007).

REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. A Idéia de Pessoa Humana: os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Novos Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219-257.
- BRASIL. Código Civil. In. *Vade Mecum RT*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Código Penal. In. *Vade Mecum RT*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Constituição Federal. In. *Vade Mecum RT*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Lei 9.434/97*. Disponível em www.planalto.gov.br, acessado em 01.08.2008.
- CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos Jurídico-penais da Eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n.1480/97*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>, acessado em 01/08/2008.
- _____. *Resolução n.1752/2004*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>, acessado em 01/08/2008.
- _____. *Resolução n.1826/2007*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp>, acessado em 01/08/2008.

- _____. *Processo Consulta n.8.563/2000*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp#>, acessado em 01/08/2008.
- _____. *Processo Consulta n.7.311/97*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/novoportal/index5.asp#>, acessado em 01/08/2008.
- COSTA JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1991
- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os Mortos e os Outros*. São Paulo: Ed. Hucitec, 1978.
- DINIZ, Débora. O Aborto Seletivo no Brasil e os Alvarás Judiciais. *Bioética*, Brasília, Conselho Federal de Medicina, v. 5, n. 1, p. 19-24, 1997.
- ENGELHARDT JR., H. Tristam. *Fundamentos de Bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.
- FRANCISCONI, Carlos Fernando. *Definições de Morte*. Disponível em <<http://www.hcpa.ufrgs.br/gppg/morte.htm>>, acessado em 15 nov. 2000.
- LANA, Roberto Lauro. *Eutanásia: Mitos e controvérsias medicolegais*. Disponível em <<http://www.geocities.com/HotSprings/Villa/1696/monografia.html>>, 09.nov.2000.
- MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. v. IV. Campinas: Milenium, 1999.
- MEIRELES, Edilton. Morte Encefálica e Transplante de Órgãos. *Revista do Programa de Pós-Graduação e Direito da UFBA*. Salvador, n. 16, p. 29-48, 2008.
- MENDES, Antônio Carlos; SILVA, Jefferson de Vasconcelos; DALLARI, Sueli Gandolfi. *Bioética e Direito: Aspectos da disciplina legal dos transplantes*. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v1/biodireit.html>. Acesso em 05.mai.08.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. Ainda sobre Biotecnologia e Direito Penal. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n. 8, p. 43-56, jan./dez. 2000.
- _____. A vida pode morrer? Reflexões sobre a tutela penal da vida em face da revolução biotecnológica. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*. Salvador, n. 8, p. 19-39, jan./dez. 2000.
- NUCCI, Guilherme. *Código Penal Comentado*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.
- PATRÃO NEVES, Maria do Céu. O começo da vida humana. In: ARCHER, Luís *et al* (Coord.). *Bioética*. Lisboa: Verbo, 1996, p.175-183.
- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de Bioética*. 5.ª ed. São Paulo: Loyola /Centro Universitário São Camilo, 2000.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. *Morte Encefálica e a Lei de Transplantes de Órgãos*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

- STÁVALE, M.A. Considerações Básicas sobre a Morte Encefálica. In: *Bases da Terapia Intensiva Neurológica*. São Paulo: Santos, 1996, p. 647-652.
- VANRELL, Jorge Paulete. *Manual de Medicina Legal: Tanatologia*. São Paulo: LED Editora de Direito, 1996.
- VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico-penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- _____. Algumas considerações sobre o aborto de fetos anencéfalos. In. *Revista Jurídica da Seção Judiciária do Estado da Bahia*, Salvador, n. 4, 2004.
- _____. *A Morte Encefálica é Morte*. www.evocati.com.br. Acesso em 05.jun.2008.
- XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o Conceito de Pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. In. *Bioética*, Brasília: Conselho Federal de Medicina, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

III

O MÉTODO FENOMENOLÓGICO PROPOSTO POR EDMUND HUSSERL E O CASO ESCOLA BASE

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

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

RESUMO: O presente trabalho destina-se a explicar sobre o método proposto por Edmund Husserl, sem o escopo de fazê-lo de forma exaustiva. O esforço de aproximação que é feito em torno de tal método é concretizado a partir da análise do caso aqui trazido à baila, qual seja, o caso Escola Base.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Método; 2. Fenomenologia; 3. Caso Escola Base.

ABSTRACT: This work is intended to explain the method proposed by Edmund Husserl, with the scope to do so in a comprehensive manner. The effort of approximation that is done around this method is implemented from the analysis of the case here brought to knowledge, that is, the Base School case.

KEYWORDS: 1. Method, 2. Phenomenology, 3. If School Base.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O caso da Escola Base – 3. Do psicologismo à fenomenologia – 4. Primeira aproximação do método fenomenológico proposto por Edmund Husserl – 5. Segunda aproximação do método fenomenológico – 6. Conclusões – 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Não se tem aqui o escopo de exaurir o método fenomenológico proposto Husserl, nem tampouco sustentar a todo custo este. Não se tem aqui uma visão deslumbrada acerca das idéias do filósofo judeu ou da fenomenologia, mas também não há com tais palavras o intento de mitigar os estudos realizados na seara da gnoseologia.

Note-se que, em grande medida, a fenomenologia husserliana é um resgate das idéias de Platão e de alguns filósofos pré-socráticos. Logo, qualquer abordagem com o cunho de espetáculo que se faça em torno da fenomenologia de Husserl e de seu método é, antes mais nada, uma demonstração de desconhecimento da filosofia grega, da origem da filosofia ocidental.

O que se quer é evidenciar a partir do presente trabalho é a aplicação prática que o método proposto por Husserl pode desempenhar na análise de um determinado caso concreto, qual seja, o caso Escola Base. Se com tal texto esse método ficar didaticamente esclarecido, se a exposição aqui realizada for suficientemente clara, já se terá alcançado a finalidade maior almejada por este trabalho.

Desta forma, fez aqui a opção pelo caso da Escola Base, com o escopo de esclarecer o método proposto por Husserl, em razão dos seguintes motivos: a) trata-se de um caso que teve grande repercussão midiática; b) trata-se de caso em que uma grande injustiça foi cometida com os supostos acusados; c) e, principalmente, trata-se de um caso que revela, simultaneamente, precipitação e excessiva intencionalidade (subjetividade) por parte das autoridades públicas e da mídia escrita, falada e televisionada, bem como de um caso em que a verdadeira essência do mesmo não foi aferida de forma cautelosa, através uma investigação metodológica prudente.

Feitas tais considerações introdutórias, passa-se a uma breve exposição do caso que será objeto de estudo.

2. O CASO DA ESCOLA BASE

Numa síntese apertada, o caso da Escola Base foi um fato que se deu em março de 1994, acerca do qual vários órgãos da imprensa divulgaram um grande número de reportagens em torno de seis pessoas que teriam participado de abuso sexual de crianças, todas alunas da Escola Base, localizada no bairro da Aclimação, em São Paulo capital. Naquela oportunidade os seis acusados eram os donos da escola Ichshiro Shimada e Maria Aparecida Shimada; os funcionários deles, Maurício e Paula Monteiro de Alvarenga; além de um casal de pais, Saulo da Costa Nunes e Mara Cristina França¹.

De acordo com as denúncias apresentadas pelos pais, Maurício Alvarenga, que trabalhava como perueiro da escola, levava as crianças, no período de aula,

1. ENTENDA o caso da Escola Base. Matéria publicada em 13/11/2006 às 12h11m. *O Globo Online*. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/sp/mat/2006/11/13/286621871.asp>>. Acesso em: 03jan. 2008.

para a casa de Nunes e Mara, onde os abusos eram cometidos e filmados. O delegado Edelcio Lemos, sem verificar a veracidade das denúncias e com base em laudos preliminares, divulgou as informações à imprensa, a qual, por sua vez, também de forma açodada, irresponsável e inseqüente divulgou com grande intensidade o caso².

A divulgação do caso levou à depredação e saque da escola. Os donos da escola chegaram a ser presos. No entanto, o inquérito policial foi arquivado por falta de provas. Não havia qualquer indício de que a denúncia tivesse fundamento, ou seja, pouco tempo depois, restou evidenciado que o fato não existiu. Entrementes, repita-se, mais uma vez, quando o erro foi descoberto, a escola já havia sido depredada, os donos estavam falidos e eram ameaçados de morte em telefonemas anônimos.

Saliente-se, assim, por razão de clareza, que exames posteriores realizados nas crianças não confirmam o suposto abuso. Não fosse isso suficiente, no mês de abril de 1994, comprova-se por meio de novos exames e de conversas com as crianças que não houve abuso sexual. Dois meses depois, o inquérito chega à conclusão de que os acusados são inocentes.

Com o arquivamento do inquérito, os donos e funcionários da escola acusados de abusos deram início à batalha jurídica por indenizações. Em decorrência de todo o ocorrido, grande parte dos órgãos de imprensa também foram condenados, além do governo do estado de São Paulo. Outros processos de indenização ainda devem ser julgados.

Por todas as circunstâncias anunciadas na introdução e que marcam o caso selecionado, é que será examinado, num primeiro momento, o psicologismo e sua excessiva intencionalidade e a proposta de um método fenomenológico com espeque nas investigações filosóficas husserlianas.

3. DO PSICOLOGISMO À FENOMENOLOGIA

É possível afirmar, diante do contexto histórico no qual Husserl se encontrava inserido, que a sua primeira inquietação que lhe levou a refletir sobre a fenome-

2. Trata-se do fruto mais amargo da cumplicidade entre um aparelho policial ineficiente e uma imprensa que ouve e publica. É rotina: crimes complexos, intrincados, embalados por paixões e mistérios, são desvendados instantaneamente para jornalistas a quem não ocorre perguntar: “Como o senhor descobriu tudo isso em tão pouco tempo?” Se perguntarem, perdem a notícia. Ademais, não é verdade que os jornais só publicaram informações de fontes oficiais. Houve uma determinada altura em que toda a imprensa estabeleceu uma linha direta com as mães acusadoras. Tudo o que elas denunciaram passou a ser publicado antes mesmo do registro no inquérito policial.

nologia foi, seguramente, o desafio de demonstrar a fragilidade do psicologismo³, corrente filosófica afluente do movimento filosófico naturalista. De acordo com o psicologismo, o fundamento da gnoseologia pode ser desvelado pela observação do comportamento do sujeito enquanto conhece. Em outras palavras, o fundamento da gnoseologia é obtido através da descrição dos processos psíquicos pelos quais passa o sujeito observador durante o ato do conhecimento.

Nesse sentido, então, conforme a concepção psicologista, a teoria do conhecimento necessita tomar por espeque fatos empiricamente perceptíveis, isto é, acontecimentos perceptíveis sensorialmente, vez que, de acordo com tal corrente filosófica, se os elementos envolvidos no processo, como, por exemplo, sujeito, objeto, causa, efeito, consciência, memória, percepção são todos de ordem empírica, nada mais lógico dedutivo⁴ que o processo gnoseológico também o seja.

Diante de tais considerações, já se percebe uma similitude entre a concepção psicologista e a atitude encampada pelas autoridades públicas e pela mídia diante do caso escola base. Isto porque o ato das autoridades públicas de propalar informações sem verificar a veracidade das denúncias e com base em laudos preliminares, bem como o da imprensa em divulgar a notícia de forma açodada, irresponsável e inconseqüente, já revela o preponderante subjetivismo com que tais instituições apreciaram, à época, os fatos.

Aliás, não é por outra razão que Husserl ao tratar sobre a questão das remissões da fenomenologia a si mesma, preleciona que “o mesmo se dá na psicologia e, igualmente, na noética lógica. O próprio pensamento do psicólogo é algo psicológico, o pensamento lógico do lógico, algo lógico, a saber, algo que está incluído no círculo das normas lógicas. Essa auto-remissão só seria preocupante, caso o conhecimento de todas as outras coisas, nos referidos domínios de investigação, dependesse do conhecimento fenomenológico, psicológico e lógico do respectivo pensamento o respectivo pensador, o que seria uma pressuposição visivelmente absurda”⁵.

Como se vê a partir da passagem transcrita, Husserl se insurge contra tal forma de entendimento, pois, no seu entender, uma filosofia que pretenda ser universal e rigorosa, não pode tomar como ponto de partida dados exclusivamente empíri-

3. ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – Uma Crítica à verdade na ética e na ciência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 71.

4. Para maior esclarecimento quanto ao método dedutivo, veja-se DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

5. HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006. p. 145.

cos, ainda que o conceito de dado empírico seja bastante elástico, como, aliás, propugnou o psicologismo. Convém lembrar que os dados empíricos, enquanto dados, são sempre individualizáveis, fracionáveis, fragmentáveis, ao passo que, tomados como empíricos, são, necessariamente, circunstâncias, relativos, condicionados por sua historicidade.

Por isso, face a tais imprecisões, Husserl⁶ propõe um método o qual denomina como *fenomenologia*. Por meio de tal método, o filósofo judeu ambiciona prospectar o sentido dos fatos, não se restringindo apenas a eles, pois, desta forma, incorreria no erro atribuído ao psicologismo, mas indo além desses, ou seja, um método que seja por excelência transcendental, na acepção do termo.

Nesse passo, é de todo oportuno esclarecer a razão que motivou Husserl à escolha do vocábulo fenomenologia. Esta expressão é uma variante da palavra fenômeno. Tal vernáculo que é de origem grega, deriva do substantivo *phaino*, *phainomena*, que significa, dentre outras possibilidades de explicação, coisa que aparece aos sentidos. O mesmo termo também mantém relação com o adjetivo grego *phanos*, o qual, por sua vez, significa aquilo que é brilhante, aquilo que possui luz. Mas a palavra fenômeno guarda, ainda, relação, com o verbo, também de origem grega, *phaine*, que, a seu turno, significa trazer aos..., ser aparecido.

Por outro lado, releva notar que o vocábulo fenômeno guarda certa aproximação com o termo fantasia. Note-se que este último vocábulo, por sua vez, pode ser aqui compreendido como aquilo que dá origem a. Desta forma, é possível traçar uma relação entre os termos, uma relação entre o aspecto visível e apreensível, ou seja, uma relação em que realidade e fantasia se encontram.

Cumpra assinalar, assim, que a percepção do caso Escola Base enquanto fenômeno, tal como propõe Husserl, já apresentaria, como consequência, a circunstância de não realizar uma análise apegada apenas aos fatos, mas antes como uma realidade transcendental, de sorte a não formular conclusões aligeiradas acerca dos acontecimentos. O método fenomenológico aplicado ao caso em exame, já apresentaria como tendência a aplicação de todos os esforços em direção ao (des)velamento da verdade.

6. Cumpra esclarecer que Husserl com o escopo de sustentar o seu método fenomenológico, busca o fazer regressando à filosofia pré-socrática, bem como aos escritos de Platão. Ou seja, o mencionado filósofo judeu acredita que somente partindo das raízes mais remotas da filosofia ocidental - a filosofia grega -, seria possível formular um método confiável. Entre os filósofos pré-socráticos que influenciaram Husserl, um, em especial, teve grande importância, Heráclito.

Tecidas tais considerações, examina-se, a seguir, o método fenomenológico proposto por Edmund Husserl numa primeira aproximação que se faz em torno deste.

4. PRIMEIRA APROXIMAÇÃO DO MÉTODO FENOMENOLÓGICO PROPOSTO POR EDMUND HUSSERL

Após lançar da pena para registrar as inquietações de Husserl sobre o psicologismo e verter em algumas linhas um pouco da tinta daquela para esclarecer preliminarmente o teor do vocábulo fenomenologia, imperioso se faz realizar o desgastante mister para se aproximar do método fenomenológico proposto por Husserl.

Note-se que Husserl não desconhece a circunstância de que os fatos dos quais parte o seu método descritivo⁷ fenomenológico continuam a ser casuísticos, peculiares, vez que o real é ilustrado sempre com tintas únicas. No entanto, o que ele deseja demonstrar é que o resultado decorrente do método descritivo fenomenológico não apresenta o mesmo caráter empírico, ou seja, este ato cognitivo constitui um tipo ideal do fenômeno observado e descrito. Mas Husserl deseja ir além, pois sustenta que é possível galgar essa espécie de conhecimento ideal a partir dos dados empíricos, isto é, é possível revelar ou desvelar o produto ideal do conhecimento a partir dos dados empíricos.

Desta forma, releva destacar que Husserl segmenta o método descritivo fenomenológico em algumas etapas, são elas: a) limpar as limitações do conhecimento; b) evitar qualquer forma de investigação baseada na natureza; c) almejar a perspectiva do fenômeno enquanto fenômeno, desprendo-se dos conceitos prévios; d) atingir o transcendental, a pureza do conceito; e) buscar, em seguida, a pureza da verdade; f) livra-se do factual e mediante razão alcançar o essencial.

Aplicando-se tal método ao caso aqui analisado, já se chegaria as seguintes medidas: a) limpar-se-ia as limitações do conhecimento do caso, tais como, por exemplo, a lógica do consumo dos meios de comunicação de massa, notadamente, com a produção de “manchetes bombásticas” e a comercialização da violência como produto de consumo⁸; b) evitar qualquer forma de investigação baseada

7. O método descritivo pode ser compreendido, então, como a via mediante a qual se despreza o real para se alcançar o não-real, ou seja, o instrumento por meio do qual se busca clarificar o não-real, vez que o que denominamos como real é, em verdade, o não-real, o que termina por confundir a percepção do sujeito observador.

8. Convém por em relevo, com espeque na lição de Jean Baudrillard, que a violência na sociedade do consumo desempenha as seguintes funções e apresenta os seguintes aspectos: a) a grande massa “pacificada” é quo-

na natureza, no caso, baseada em infundadas *notitia criminis* que não tiveram sua credibilidade devidamente apuradas; c) almejar a perspectiva do fenômeno enquanto acontecimento existencial, isto é, almejar a compreensão do caso em toda a sua complexidade e singularidade; d) atingir o transcendental, a pureza dos acontecimentos que envolviam as pessoas acusadas, em outras palavras, atingir a essência da peça teatral encenada; e) buscar a seguir a pureza da verdade de todos os fatos que compõem a complexidade de situações do caso em exame, como, por exemplo, analisar a relação entre os pais acusados e os diretores da escola, averiguar a relação dos pais que formularam a acusação e as pessoas por eles denunciadas, dentre outros aspectos; e f) livrar-se dos dados empíricos e através da racionalidade atingir a essência pura, ou seja, a inocência dos acusados.

Destarte, Husserl sustenta, assim, que a cognição ideal demonstra a existência de uma estrutura apriorística que é independente do dado empírico do qual emergiu⁹. Cumpre assinalar nesse ponto, a grande aproximação do pensamento de Husserl com a proposta de Immanuel Kant¹⁰. A cognição ideal, então, desvela a essência, a qual Husserl denomina oras como *região eidética* do conhecimento, oras como

tidianamente alimentada pela violência consumida e pela violência alusiva à toda substância apocalíptica do “mass media”, como forma de dar vazão a agressividade e ao instinto destrutivo inerente ao ser humano (além do fascínio – poder e prazer – exercido pela morte); b) a violência como estratégia para despertar uma obsessão por segurança e bem-estar e provocar uma febre de consumo bélico; c) a violência “espetacularizada” e o conformismo da vida cotidiana como realidades abstratas que se alimentam de mitos e signos; d) a violência ministrada em “doses homeopáticas” pela mídia como forma de realçar a *fragilidade real* da vida pacificada, vez que é o espectro da fragilidade é que assedia a civilização da abundância, à medida que evidencia o equilíbrio precário que firma a ordem de contradições que constitui a sociedade contemporânea; e) a violência inexplicada como uma imposição de revisão das idéias de abundância e das taxas de crescimento da economia, face às contradições fundamentais da abundância; f) a violência que desperta como conseqüências, dentre outras, a destrutividade das instituições e a depressividade contagiosa da população, passando por condutas coletivas de fuga (como, por exemplo, o aumento do consumo de drogas ilícitas ou não); g) a violência que resulta da *pulsão* desencadeada pelo consumo, o condicionamento do espectador diante do apelo do espetáculo, como estratégia de manipulação do desejo; h) a violência que conduz a reabsorção das angústias através da proliferação das terapias, dos tranquilizantes, ou seja, a sociedade de abundância, produtora de satisfação sem finalidade, esgota os recursos a produzir o antídoto para a angústia derivada da satisfação. Consulte-se, BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007, p. 184-191.

9. Observe-se que Kant ao detalhar melhor seu método racional crítico, parece, a nosso ver, estabelecer as seguintes etapas: a) a adoção da racionalidade crítica, ao invés do Ceticismo, que teve em David Hume seu grande defensor; b) separação dos tipos de conhecimento; c) indagação acerca de quais são os pressupostos fundamentais que tornam esses conhecimentos possíveis; d) investigação dos princípios racionais inerentes a essas proposições; e) combinação dessas análises no contexto de uma história filosófica que confira uma finalidade aos esforços humanos; f) orientação dos esforços humanos com espeque na racionalidade crítica.
10. MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito** – Dos Gregos ao Pós-Modernismo. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 157.

eidós (a soma do real e o não-real)¹¹⁻¹². Por conseguinte, é possível asseverar que, consoante o pensamento husserliano, toda ciência experimental possui fundamentos teóricos essenciais nas ontologias eidéticas.

Cumpra assinalar, assim, que o *eidós* que Husserl pretende atingir mediante o método descritivo é, em verdade, o fruto do processo, por ele denominado, de redução fenomenológica, através do qual se tem por escopo distinguir o significante do significado. Em palavras mais esclarecedoras, a redução é um processo que medeia a experiência da essência e, à medida que estes pólos se aproximam, maior será a redução realizada e mais próximo se estará do *eidós*.

Sendo assim, pode-se averbar que esta essência eidética é responsável pela capacidade do sujeito cognoscente no sentido de permitir a este atribuir conceitos objetos individuais que não tenham participado ainda de qualquer experiência anterior. Esclareça-se, desde logo, que a solução que Husserl propõe a esse respeito não é meramente nominalista, no que tange ao antigo problema dos conceitos universais.

Diga-se, por oportuno, que a metamorfose que conduz o conjunto dos dados empíricos à qualidade de idéia geral e esta, por sua vez, à condição de símbolo, enquanto item integrante do discurso, tem desencadeado nos filósofos, desde os pré-socráticos, um profunda angústia. Este estado existencial, em grande medida, decorre da ponderação entre as seguintes circunstâncias: a) enquanto a idéia tem a vantagem de representar com maior clareza os objetos, possui, ao mesmo tempo, a desvantagem da impossibilidade de comunicação; de outro lado, b) enquanto o símbolo tem como aspecto positivo a circunstância de admitir ser transmitido através da linguagem, mas, simultaneamente, apresenta como fato negativo a circunstância de perda de conteúdo da mensagem, à medida que se expressa mediante associações, bem como outras variações de relações discursivas, como, por exemplo, metáforas, metonímias, elipses, anacolutos, além de outras figuras de linguagem.

11. Fala-se, ainda, em razão eidética.

12. Note-se que, em certa medida o *eidós* pode ser compreendido como o prenúncio da ambivalência e liquidez que marcam o conhecimento peculiar à pos-modernidade, que nem é binário, nem conciliatório, mas que busca suplantar esta cisão artificial. Nesse sentido é Boaventura de Souza Santos preleciona que a “ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é, em si mesma, racional; só a configuração de todas elas é racional. Tenta, pois, dialogar com outras formas de conhecimento deixando-se penetrar por elas. A mais importante de todas é o conhecimento do senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no quotidiano orientamos as nossas ações e damos sentido a nossa vida. A ciência moderna construiu-se contra o senso comum que considerou superficial, ilusório e falso. A ciência pós-moderna procura reabilitar o senso comum por reconhecer nesta forma de conhecimento algumas virtualidades para enriquecer a nossa relação com o mundo”. Consulte-se, SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006, p. 88-89.

Ao se defrontar com tal problema, Husserl apresenta uma solução razoavelmente resistente à refutações¹³, qual seja, a essência eidética faz com que se admitam diferentes objetos individuais sob um único símbolo¹⁴ ou conceito genérico, ainda que aquele novo objeto se afigure evidentemente distinto de todos os demais objetos, que tenham sido observados anteriormente na experiência, aos quais se tinha atribuído o mesmo conceito.

Tentando ser mais claro, Husserl sustenta que o símbolo tem a capacidade de condensar diferentes objetos em torno de si, vez que aquele já seria uma decorrência do *eidós*. Pode-se, assim, imaginar que o símbolo é o centro gravitacional da possibilidade complexa de comunicação em torno do qual gravitam diversos objetos, cada um, por sua vez, descrevendo uma específica elipse gravitacional.

Com efeito, a essência eidética de um objeto é auferida conduzindo-se os dados empíricos acidentais identificados naquele objeto a variarem até onde necessário, de sorte a libertá-los das contingências que grifam a sua existência, individualizando-os. Neste diapasão, o trabalho metódico do sujeito cognoscente é, a um só tempo, pinçar o eidético e descartar o acidental. Diga-se, mais uma vez, que Husserl acredita que nesse processo de redução haverá um ponto invariável, responsável pelo fato de o ente ser como ele é, a essência sem qual ele nada seria.

Veja-se, a esse respeito, que no que toca ao caso da Escola Base, foi exatamente a circunstância de não ter se pinçado o eidético – a inocência dos acusados – que acarretou a execração pública sofrida pelos denunciados e acabou por conspurcar a presumida inocência desses. A celeridade¹⁵ nas investigações do saber é uma imposição da sociedade contemporânea do consumo, na qual a informação é a

13. Nesse passo, Karl Popper, lecionando sobre o conhecimento e a ignorância, assevera que “se é possível dizer que a ciência, ou o conhecimento, “começa” por algo, [...] o conhecimento não começa de percepções ou observações ou de coleção de fatos ou números, porém, começa, mais propriamente, de problemas. Poder-se-ia dizer: não há nenhum conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. [...] não há nenhum problema sem conhecimento; [...] não há nenhum problema sem ignorância. [...] cada problema surge da descoberta de que algo não está em ordem com nosso suposto conhecimento; descoberta de uma contradição interna entre nosso suposto conhecimento e os fatos...”. Consulte-se POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 14-15.

14. Cf. ADEODATO, op. cit. p. 73.

15. A revolução dos sistemas de comunicação atua no tempo e no espaço fazendo-os adquirir novos valores, adaptados à modernidade tardia. O tempo, que na sua gênese é uma convenção humana, cada vez deixa mais clara a sua proporção de feitor do homem. Ou seja, o tempo na sociedade pós-moderna não é o tempo da contemplação, mas o tempo da comunicação, ou, porque não dizer, o tempo da angústia, da produção. Cria-se o *tempo interrompido*, rapidinho, descontinuando tudo, impondo a adivinhação do resto.

nova moeda de troca¹⁶ e que deve ser padronizada aos modelos metódicos previamente estipulados. Nesse sentido, também, o caso da Escola Base é, uma vez mais paradigmático, pois a contemporaneidade consumista impõe a criação de heróis e o surgimento de vilões, à medida que estes são expressões do lúdico que encanta a platéia do espetáculo do consumo e não possuem qualquer compromisso com a busca pela razão transcendental, com a aproximação do *eidós*.

Nesse passo, convém assinalar a aproximação do método descritivo fenomenológico com a razão metafísica de Platão. Em outros termos, a equiparação entre a redução eidética e a alegoria da caverna. Destaque-se, a esse respeito, a circunstância de que para ambos os pensadores as idéias não são meros signos, mas sim essências ontológicas no sentido real do termo. Ou seja, as idéias apesar de admitirem a sua comunicabilidade através dos símbolos, não pressupõem que estes se confundam com os signos, pois aqueles são expressões da essência, enquanto que estes são veículos que resultam da convenção humana¹⁷.

A esse respeito merece transcrição a seguinte passagem de uma das obras de Platão¹⁸, a República, na qual o filósofo grego ironiza aqueles que não desejam se aproximar da verdade:

“Conforme aquilo que se diz, se eu for justo sem o parecer, não tirarei disso nenhum proveito, mas sim aborrecimentos e prejuízos evidentes; se eu for injusto, mas gozando de uma reputação de justiça, dirão que levo uma vida divina. Portanto, visto que a aparência, como o demonstram os sábios, violenta a verdade e é senhora da felicidade, para ela devo tender inteiramente. Como fachada e cenário, devo criar ao meu redor uma imagem de virtude e imitar a raposa do muito sábio Arquíloco, animal astuto e rico em artimanhas”¹⁹.

Lance-se mão do seguinte exemplo, para dirimir qualquer nuvem de incerteza acerca do método até aqui explanado: o conceito de “carro”. Torna-se necessário exercer o mister de perscrutar o seu sentido oculto. Esse não toma por espeque,

16. Contudo, o homem pós-moderno não se apercebe de que a mesma informação que lhe traz um momento de segurança, será aquela que lhe propiciará, num instante seguinte, um estado de insegurança. Consume-se informação não porque o mundo globalizado esteja orientado por valores altruístas educacionais. Consume-se porque é preciso consumir, porque o consumo é a razão, é o próprio Ser (*Deisen*) do mundo pós-moderno. À medida que consumimos, somos levados a consumir mais. Todavia, à medida que consumimos novas informações nos são massificadas, e estas novas informações aumentam a probabilidade de refutação de nossos conhecimentos, de nossas “ciências”, de nossas verdades físicas, de nossa segurança, o que nos provoca uma crise de abstinência informativa e nos leva a novamente consumirmos.

17. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico Filosófico – Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.283-298.

18. Note-se que o platonismo de Husserl é gnoseológico e não axiológico e que sua metafísica é quase mística.

19. PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 49.

certamente, o tamanho, a cor, ou a velocidade que pode ser alcançada através do objeto. Tais dados são meros acidentes. A circunstância de ter motor, sua estrutura ficar sobre quadro rodas, pode auxiliar. Contudo, se se descobre que há carros que não possuem motor, nesse caso, então, o método fenomenológico precisa percorrer outro trajeto. Dito em termos mais límpidos, a aproximação do eidos será tanto maior, quanto maior for a precisão da identificação do ponto generalizante uniformizador. Ou seja, por exemplo, enquanto “Golf”, “Corola” e “Civic” são elementos acidentais, a definição, como objeto locomotor destinado ao transporte de pessoas, é mais próxima do conceito ideal. Saliente-se, nessa ocasião, que o eidos não é um lugar alcançável e estável, é, para nós, em verdade, ainda que não seja essa a intelecção de Husserl, um processo de aproximação contínuo e mutável.

Não fossem tais dificuldades apenas, estas aumentam quando se verifica que *cada um dos conceitos utilizados na definição de outro conceito necessita também ser submetido à redução fenomenológica*. Isto é, a dificuldade aumenta na exata razão da complexidade inerente ao método, face à multicompartimentação de uma definição. Em vernáculos mais precisos, a definição é a combinação de conceitos e, tal circunstância se agrava, quando se constata que não são os objetos que são definíveis, vez que estes confundem a percepção do ato de cognição, são os conceitos que o são. Logo, definir conceitos implica no uso de outros conceitos, o que acaba por tender o ato de comunicação à impossibilidade, ou, pelo menos, a fazer deste uma mera possibilidade no *jogo de linguagem*²⁰.

Sendo assim, se, ainda considerando o termo “carro”, observa-se que o fato deste poder se deslocar de um local para o outro aparenta ser um aspecto essencial do objeto; mas se, no momento seguinte, ou em espaço distinto, se constata que há outros objetos, a exemplo do “avião”, que possuem igual capacidade, verifica-se a dificuldade de operacionalização do método descritivo reducionista.

Note-se que toda a complexidade do jogo de linguagem, da formação das definições, da elaboração dos conceitos e do método descritivos de redução fenomenológica até aqui esposados, já destacam o equívoco de apreciações açodadas como a realizada no caso da Escola Base. Aliás, os próprios exames posteriores realizados nas crianças, um mês após a propalação da notícia e os novos exames e conversas com as crianças que não houve abuso sexual.

A seguir, continuar-se-á esse processo de aproximação agora deflagrado.

20. Cf. WITTGENSTEIN, op. cit. p. 232-245. Note-se que não se desconhece aqui as duas fases principais pelas quais passaram o pensamento do referido filósofo lingüista. Com efeito, utiliza-se nessa passagem específica sua primeira fase, não convencionalista, ao invés de sua segunda preponderantemente convencionalista.

5. SEGUNDA APROXIMAÇÃO DO MÉTODO FENOMENOLÓGICO

Husserl toma como ponto de partida o conceito de *intencionalidade da consciência*²¹ como alicerce da ação humana. Tal premissa implica na ilação de que todo pensamento é dirigido a algo, que todo ato de consciência é a congregação do intelecto com a vontade projetada em direção a um objeto externo ao próprio sujeito. Em outras expressões, todo ato cognitivo humano é finalístico, ao mesmo tempo, que sujeito e objeto não se interpenetram²². Vê-se, assim, que há um dado ontológico importante: a dicotomia sujeito e objeto²³. Nesse sentido, convém transcrever uma breve passagem das próprias palavras de Husserl em torno da questão: “Todas as vivências que têm essas características essenciais em comum são chamadas ‘vivências intencionais’ (atos no sentido mais amplo das investigações lógicas); na medida em que elas são consciência de algo, elas são ‘intencionalmente dirigidas’ a este algo”²⁴.

Nesse *momento hilético* precedente, o eu e o não-eu (o mundo exterior) ainda não foram cindidos, o que resulta na unidade da consciência, pilar de toda cognição, quando se diferenciam os *atos constitutivos da consciência*, a experiência intencional (intelectiva – volitiva) que o psicologismo realçou, a exemplo da percepção, memória²⁵, sensação e as essências, a *experiência essencial* a que tais atos se destinam. Constata-se, assim que quando do momento hilético há uma interação entre a experiência intencional e a essencial. A primeira espécie de experiência Husserl denominou como *noesis* (conteúdo acidental), ao passo que a segunda

21. HUSSERL, Edmund. *Meditações cartesianas*. Tradução de M. Presas. Madrid: Ed. Paulinas, 1979, p. 35-49.
22. Em sentido diverso, HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores S. A., 1982. p. 211-319.
23. Em sentido diverso, Boaventura de Souza Santos consigna “[...] distinção sujeito / objecto é muito mais complexa do que à primeira vista pode parecer. A distinção perde os seus contornos dicotômicos e assume a forma de um *continuum*”. “Rigor da medição posto em causa pela mecânica quântica será ainda mais profundamente abalado se se questionar o rigor do veículo formal a medição expressa [...] o rigor da matemática. [...] investigações de Gödel [...] a terceira condição da crise do paradigma. O teorema da incompletude [...] os teoremas sobre a impossibilidade em certas circunstâncias, encontrar dentro de um dado sistema formal a prova da sua consistência vieram mostrar que, mesmo seguindo à risca as regras da lógica matemática, é possível formular proposições indecidíveis, proposições que se não podem demonstrar nem refutar, sendo que uma dessas proposições é precisamente a que postula o carácter não-contraditório do sistema. Leis da natureza fundamentam o seu rigor no rigor das formalizações matemáticas [...] investigações de Gödel vêm demonstrar o rigor da matemática carece ele próprio de fundamento”. Consulte-se, SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 45.
24. HUSSERL, Edmund. **A Idéia da Fenomenologia**. Tradução de Artur Morão. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 1970, p. 35.
25. A memória é a evidência da historicidade e da existência. A memória viabiliza a construção do conceito de tempo, potencializa a recordação de uma impressão do passado e a imaginação de um futuro. Contudo, a memória é uma combinação linguística. Por conseguinte, é possível asseverar que o tempo é uma convenção de linguagem.

como *noemas* (conteúdo essencial), sendo que o estudo de ambas compreende, respectivamente, a *noética* e *noemática*²⁶. Consoante o filósofo judeu a missão da fenomenologia e de seu método consiste em observar e descrever essa correlação unitária, equivocadamente simplificada pelos defensores do psicologismo.

Esclarecido o laço que vincula *noesis* e *noemas*, o sujeito cognoscente percebe as *ontologias regionais*, as regiões do Ser que se permitem ser conhecidas, e os atos da consciência que são respectivamente adequados a esta ou aquela região. O Psicologismo equivoca-se, sustenta Husserl, ao desconsiderar que o método gnoseológico altera-se de acordo com a região ôntica, com o foco de análise do objeto, incorrendo em erro por demasiado subjetivismo. De outro lado, tornando ainda mais complicada a investigação, uma mesma coisa, poderá está situada em uma outra área do conhecimento de acordo com o ato intencional a ele dirigido. A região ôntica não é fruto de um ângulo de refração da luz da experiência, mas uma ilação da interação dos mais diferentes ângulos, quais sejam, *noesis* e *noema*²⁷.

A partir da análise do caso da Escola Base, identifica-se que o sensacionalismo da mídia, a irresponsabilidade das autoridades públicas, a insensatez das denúncias vazias de alguns pais de alunos são exemplos nítidos da *noesis* mencionada por Husserl. Enquanto que a execração pública sentida pelos acusados, a falência do colégio, a depredação das instalações desses e, é lógico, a inocência das pessoas acusadas, é modelo evidente de *noema*.

O realce da *diferenciação* entre *noesis* e *noema* sobreleva a diferenciação entre *índice* e *expressão*, espécies do gênero *signo*, consoante o qual o *índice* é um *signo não-discursivo*, destituído de *sentido* (signo em estado pré-comunicativo), ao passo que a *expressão* é *signo discursivo*, que detém por natureza um *sentido* (signo comunicativo). Conquanto todo signo apresente um objeto intencional, um *fim* a que se destina – nesse sentido a relação necessariamente correlata entre *signo* e *significado* (produto da interpretação), conforme a lição de Husserl –, nem todo signo possui um sentido próprio, ou seja, os signos podem ser *polissêmicos*. A *diferenciação* entre índice e expressão é predominantemente *funcional*, ao invés de substancial, vez que, como assinala Jacques Derrida, um mesmo fenômeno pode ser compreendido como expressão e como índice²⁸, ou seja, pode ter sentido ou não, poder ser discursivo ou não. A *diferença* dependerá da intencionalidade da consciência, da inter-relação de *noesis* e *noemas*. Note-se que, nesses termos, a *diferença* entre os signos pode ser, também, a possibilidade interpretativa de

26. HUSSERL, op.cit., p. 56-60.

27. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 175-183.

28. DERRIDA, Jacques. *A Escrita e a Diferença*. São Paulo: Perspectiva, 1971, p. 17-25.

*inversão hierárquica*²⁹, isto é, a possibilidade de analisar o fenômeno e a compreensão a partir da perspectiva do derrotado, do perdedor (Walter Benjamin)³⁰.

O procedimento intelectual para alcançar o extrato dos fenômenos, não se deixando confundir pelas impressões equívocas do mundo empírico ilusório, é denominado por Husserl como *epoché* (em grego, “eu me abstenho”). Esse procedimento perpassa vários graus. Nesse contexto podem-se distinguir uma advertência histórica e outra existencial, uma abstraindo os *dados do mundo*, a outra, a própria *existência do sujeito*, ao lado das reduções *eidética* (método para ontologia) e *transcendental*³¹ (método para metafísica). Em outros termos, o procedimento do *epoché* tem por escopo quer a abstenção dos dados do mundo, quer a abstenção da existência do sujeito, o que é exercitado, respectivamente, mediante as reduções eidética e transcendental.

Sendo assim, a primeira etapa nessa direção, à similitude do procedimento proposto por René Descartes, é renegar a atitude voluntária utilizada ao rer que os entes exteriores são aquilo que aparentam ser³², ou seja, recusar o que Husserl denomina como *tese do mundo*. Essa advertência é, de um lado, *cultural* (histórica), tendo como consequência colocar de lado teorias, ciências, normas, e, de outro, *existencial*, pois a rigor abandonam-se todos os juízos de existência, inclusive o relativo ao sujeito enquanto ente real, em prol da essência ideal – daí a denominação pejorativa de idealista. Husserl excepciona que essa *suspensão* da existência não é a dúvida³³ dogmática dos céticos gregos radicais e seus seguidores modernos, de acordo com os quais coisa alguma é verdadeira, nem tampouco a negação do mundo natural.

Com a suspensão determinada pelo método proposto por Husserl, o processo de formação de conhecimento ainda não foi concluído. Nesta etapa do processo os entes foram despojados da existência, mas sua individualidade permanece.

29. BALKIN, Jack. *Deconstructive Practice and Legal Theory*. Yale: Univerty Yale, 1987

30. DERRIDA, op. cit., p. 120-123.

31. Merece transcrição a seguinte passagem de Husserl: “Quão diferente é na fenomenologia! Não apenas porque ela precisa de um método antes mesmo de todo método de determinação das coisas, isto é, de um método para trazer à apreensão do olhar o campo de coisas da consciência transcendental pura; não apenas porque nela é preciso desviar laboriosamente o olhar dos dados naturais de que não se cessa de ter consciência, e que, portanto, estão por assim dizer entrelaçados àqueles novos dados que se intenta alcançar, e assim é sempre iminente o risco de confundir uns com os outros: falta também tudo aquilo de que podíamos tirar proveito na esfera dos dados naturais, a intimidade com eles graças ao treino da intuição, a vantagem de possuir uma herança teórica e métodos adequados à coisa.”, vide: HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006, p.144.

32. DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 96-100.

33. A dúvida é o juízo de possibilidade cognitiva.

A redução eidética elimina os aspectos individuais e atinge às essências fenomenológicas; somente o *eu* mantém-se individualizado. Desta forma, a *redução fenomenológica transcendental*³⁴ é um relevante elemento da *epoché*, na qual, a própria consciência que o eu tem de si próprio, empírica, transmuta-se em *consciência pura*, cujo único caráter é a intencionalidade: essa consciência pura é o *eu transcendental*.

Entretentes, a grande distinção entre o método elaborado por Husserl e o confeccionado num “Discurso sobre o método”, é que o filósofo francês constitui um método a partir de um *eu* ainda imerso no mundo natural, empírico, ferrado pela marca psicológica, infeccionado pelo naturalismo simplista que Husserl ojeriza³⁵. Nenhum aspecto do mundo empírico deve ser preservado na redução fenomenológica, nem mesmo a premissa básica cartesiana, ou seja, o *cogito ergo sum*³⁶. O resgate do mundo natural não ocorre, como quer Descartes, dentro do próprio sujeito que conhece, mas sim em uma esfera externa e objetiva, livre da excessiva intencionalidade. O *eu* que resulta da *epoché*, despsicologizado, é a gênese de uma dimensão nova e independente, a dimensão das essências puras, vez que a descrição fenomenológica pura é a descrição que contém o *eu transcendental* como requisito de possibilidade. Saliente-se que Husserl não se vale do demônio do filósofo francês como especificamente uma hipótese, contudo também não o põe de lado por completo, vez que a redução não exclui as assertivas de comprovação de que o mundo real existe, apenas não se deve conferir a essas a demasiada e precipitada credibilidade que habitualmente a elas se atribui, por mais “naturais”³⁷ que estas aparentem ser.

34. Veja-se, ainda, a seguinte passagem de Husserl: “Na fenomenologia, que não pretende ser senão doutrina eidética no interior da intuição pura, efetuamos, portanto, visões de essência imediata em dados exemplares da consciência transcendental pura e as fixamos conceitualmente ou terminologicamente”, vide: HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006, p.147.

35. HUSSERL, Edmund. *Meditaciones cartesianas*. Tradução de M. Presas. Madrid: Ed. Paulinas, 1979, p. 57-60.

36. Nesse passo, convém destacar a aceção de Ponty acerca do *cogito*, o qual assinala que “entre mim, que analiso a percepção, e o eu que percebe, há sempre uma distância. Mas, no ato concreto de reflexão, eu transponho essa distância, provo pelo fato que sou capaz de saber aquilo que eu percebia, domino praticamente a descontinuidade dos dois Eus, e finalmente o *cogito* terá por sentido não revelar um constituinte universal ou reconduzir a percepção à intelecção, mas constatar este fato da reflexão, que ao mesmo tempo domina e mantém a opacidade da percepção”, vide: MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 74.

37. Convém salientar, por oportuno, com espeque na lição de Jean Baudrillard, que a Sociedade de Consumo, em certa medida, vale-se da mesma estratégia, ou seja, destrói o natural e por meio do signo reconstrói este de forma potencializada, produzindo a sensação ao final de que o artificial é mais real do que o real e que o real é uma ilusão equivocada. Nesse sentido, é que o sociólogo francês denuncia que a lógica que permeia o consumo é a da carência e a da diferenciação social. Consulte-se, BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.

Desta forma, no que toca ao caso da Escola Base, a fenomenologia husserliana busca analisar a situação de forma “despsicologizada”, de maneira a se aproximar do *eidós*, ou seja, a verdade do caso, mediante método em que se vai descrevendo pormenorizadamente cada uma das circunstâncias existenciais acerca das notícias de abusos sexuais envolvendo crianças, de sorte a permitir a aproximação, através de gradativas reduções, da realidade dos fatos acerca dos alunos, de seus pais, das autoridades públicas, dos donos do colégio envolvido e da mídia, em direção contínua e ininterrupta rumo à verdade.

A cautela que Husserl recomenda é com o propósito de evitar a “predisposição realista” que o *senso comum* e os órgãos sensoriais nos provocam. O primeiro foco de cuidado da filosofia fenomenológica necessita ser o mais demonstrado dos fenômenos, a autoconsciência, como recomenda Descartes, porque mesmo que ainda em estado natural, e não transcendental, a consciência é sempre o começo, o ponto de largada. Não é possível teorizar sobre o conhecimento, estabelecer relações acerca de entes exteriores, sem previamente descrever a zona na qual se dá o elo entre os dois mundos gnoseológicos. Destarte, para se livrar do psicologismo que impugna, Husserl transmuta essa consciência em algo transcendente, o que acaba por dá ocasião a alcunha de idealista que lhe foi atribuída por outros estudiosos³⁸.

Releva notar, ainda, que, enquanto para Kant o fenômeno é entendido como o dado que deflagra o começo do processo de cognição e que, como tal, é detentor de um conteúdo essencial e intangível, ou seja, aquilo que o filósofo alemão denomina como *coisa em si*, Husserl sustenta que o conhecimento dos fenômenos é suficiente para filosofia, não se tratando de ilusões de óptica, vez que é o ser propriamente dito que os fenômenos revelam, ou seja, a fenomenologia transcendental sistemática, é a verdadeira ontologia universal, isto é, uma ontologia que engloba em si todas as possibilidades regionais do ser³⁹.

Estabelecidas tais considerações, passa-se, então, às conclusões.

6. CONCLUSÕES

Ante o exposto, o presente trabalho oferece uma aproximação, o máximo didático possível, do método formulado por Edmundo Husserl, qual seja, o método descritivo fenomenológico. Aliás, é com a finalidade de alcançar esse propósito, que se vale aqui do caso da Escola Base, de sorte a conferir aplicabilidade prática

38. MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. Florianópolis: Edusc, 2003.

39. HUSSERL, Edmund. *A Idéia da Fenomenologia*. Tradução de Artur Morão. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 1970, p. 62-65.

ao método, bem como de recomendar a devida cautela ao sujeito cognoscente quando de sua apreciação de um caso qualquer, de maneira a evitar precipitações e conclusões aligeiradas, marcadas pela excessiva intencionalidade, o que acaba por levar a equívocos, a produzir injustiças e, por vezes, a conduzir a respostas distorcidas e manipuladas.

Não se infira, no entanto, a partir das considerações formuladas, que o método fenomenológico é mais seguro ou confiável do que outro método qualquer, vez que a principal lição que a fenomenologia constrói é a desconfiança, a de que o demasiado entusiasmo não é compatível com a investigação metodológica e a de que, vocábulos como segurança, são, cada vez mais, percebidos como efêmeras sensações.

A segurança é em si um mito, tanto porque, no que toca à sua abordagem fenomenológica, esta é fundamentalmente uma sensação, quanto porque, no que toca ao seu aspecto simbólico, essa tem a pretensão (se tem capacidade de proporcionar o fim a que se propõe, isso é bastante duvidoso) utilitária de proporcionar determinados fins, quais sejam, econômicos (principalmente), políticos e psicológicos, dentre outros, todos eles evados de conteúdo ideológico. Enquanto mito que é, a segurança não é um dado, nem admiti demonstração, é um objeto de fé, para uns, e de manipulação e venda, para outros.

7. REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Filosofia do Direito** – Uma Crítica à verdade na ética e na ciência. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BALKIN, Jack. *Deconstructive Practice and Legal Theory*. Yale: Univerty Yale, 1987.
- BAUDRILLARD, Jean. **A Sociedade de Consumo**. Lisboa: 70 Arte & Comunicação, 2007.
- DERRIDA, Jacques. **A Escritura e a Diferença**. São Paulo: Perspectiva, 1971.
- _____. **Força e Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Tradução: José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores S. A., 1982.
- HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica**: introdução geral à fenomenologia pura. Tradução: Márcio Suzuki. Aparecida: Idéias & Letras, 2006.

_____. *Meditaciones cartesianas*. Tradução de M. Presas. Madrid: Ed. Paulinas, 1979.

_____. **A Idéia da Fenomenologia**. Tradução de Artur Morão. 2. ed. Lisboa: Edições 70, 1970.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**. Florianópolis: Edusc, 2003.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Tradução: Carlos Alberto Ribeiro de Moura. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito – Dos Gregos ao Pós-Modernismo**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tratado Lógico Filosófico – Investigações Filosóficas**. 3. ed. Tradução M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

IV

A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS BRASILEIROS PARA DIMINUIÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL E PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Matheus Ferreira Bezerra

Advogado. Pós-Graduado em Direito Civil (Especialização)
– UFBa. Mestrando em Direito Privado e Econômico – UFBa.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a fazer uma breve análise da desigualdade social no Brasil, considerando alguns aspectos econômicos e sociais, por meio de dados estatísticos e da análise da ciência econômica, influenciados por informações recentes da distribuição das riquezas no país, e, principalmente, considerando os aspectos jurídicos e legais que envolvem o tema, partindo-se do preceito constitucional, previsto no inciso III, do art. 3º, que busca a redução da desigualdade social e chegando-se aos direitos fundamentais, disseminados ao longo da Lei Maior e com reflexos em diversos diplomas infraconstitucionais, que estão direta ou indiretamente ao problema da distribuição de riquezas. A partir de então, para a análise do sistema jurídico, tem-se por base a própria estrutura jurídica atual, assentada nos institutos já existentes como, por exemplo, a usucapião, a desapropriação, a tributação, o salário, dentre outros mecanismos, a partir da análise conjunta dos institutos com a efetivação do compromisso expresso na Carta Magna de 1988 de redução das disparidades sociais e cumprimento dos direitos fundamentais, especialmente, para assegurar uma difusão de tais direitos e garantias, compreendendo uma expansão para abranger um maior número possível de pessoas, uma vez que tais direitos estão diretamente ligados a melhor distribuição de riquezas entre os integrantes da sociedade.

PALAVRA-CHAVE: desigualdade social; direitos fundamentais; distribuição de renda.

ABSTRACT: The present work considers to one brief analysis of the social inequality in Brazil, considering some economic and social aspects, by means of statistical data and of the analysis of economic science, influenced for recent information of the distribution of the wealth in the country, and, mainly, considering the legal and legal aspects that involve the subject, breaking itself of the constitutional rule, foreseen in interpolated proposition III, of art. 3º, that searches the reduction of the social inequality and arriving if the basic rights, spread long of the Law the Greater and with consequences in diverse civil laws, that they are directly or indirectly the problem of the distribution of wealth. From now on, for the analysis of the legal system, has for base the proper current legal structure, seated in the existing justinian codes already as, for example, the processory title, the dispossession, the taxation, the wage, amongst other mechanisms, from the join analysis of the justinian codes with the concretion of the express commitment in the Great Letter of 1988 of reduction of the social disparities and fulfilment of the basic rights, especially, to assure a diffusion of such rights and guarantees, understanding an expansion to enclose a bigger possible number of people, a time that such rights are directly on most good the distribution of wealth between the integrant ones of the society.

KEYWORDS: social inequality; basic rights; distribution of income.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O enquadramento jurídico da desigualdade social – 3. Os instrumentos jurídicos de diminuição da desigualdade social e distribuição de renda: 3.1 A reforma agrária e a usucapião; 3.2 A valorização do trabalho e a política salarial; 3.3 Combate à concentração de renda; 3.4 Incentivos à inversão do capital; 3.5 Incentivos à pesquisa e à educação – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A desigualdade social é um problema de distribuição das riquezas, que afeta as sociedades humanas, em especial as que adotam o regime de produção capitalista, sendo, ainda, muito mais acentuada nos países pobres e subdesenvolvidos, no qual uma boa parte da população não consegue a concretização efetiva dos direitos básicos inerentes à própria dignidade humana.

Assim como os demais países subdesenvolvidos, o Brasil, ao longo de sua história, foi marcado pela grande disparidade entre os trabalhadores e os detentores do poder econômico e que, ainda hoje sofre os reflexos da má distribuição de renda que repercute fortemente na de vida da sua população.

Apenas para argumentar, vale dizer que a desigualdade social no Brasil é tão grande que, segundo informações fornecidas pela ONU, o país foi classificado como a penúltima pior distribuição de renda no mundo, tendo ficado em 95º lugar, num grupo de 96 países analisados, ficando, pois, à frente, apenas, de Serra Leoa¹.

Ademais, registre-se também que os dados demonstram a grande disparidade entre pobres e ricos no Brasil, uma vez que, segundo dados do IBGE colhidos no ano de 2002, o percentual de 1% dos mais ricos ganha uma renda equivalente aos 50% dos mais pobres da população brasileira², e que os 10% dos mais ricos recebem 18 vezes mais que os 40% mais pobres, o que demonstra claramente a grande concentração de renda com poucos³.

Este fenômeno, porém, em nada contribui com o desenvolvimento social do país, que, conforme a lição de Celso Furtado, somente tende a aumentar a concentração da renda, a desigualdade, contribuindo, assim, para gerar mais desigualdade e menos desenvolvimento para o país num ciclo vicioso, haja vista que as riquezas produzidas sempre tendem mais aos ricos que aos pobres e que a

1. Cf. DÓREA, Hugo. Valores do passado construindo o futuro. **Revista Brasil Rotário**. Rio de Janeiro: Brasil Rotário, Ano 82, nº 1023, p 38-40, setembro de 2007.
2. Fonte: Almanaque Abril, 2007, p. 140.
3. Ibidem, loc. cit.

satisfação de algumas necessidades das classes mais elevadas somente ocorrerão por meio de produtos importados que levam as riquezas produzidas internamente para o exterior. Senão, vejamos:

“Se os aumentos da renda se concentram totalmente em mão de pequenos grupos fechados, o processo de desenvolvimento, iniciado por pressão externa, não criará dentro da economia reações que tendam a intensificá-lo. Este fenômeno se observa em algumas economias subdesenvolvidas onde existe um grande excedente de mão-de-obra e nas quais o estímulo vindo de fora é relativamente débil. Os benefícios resultantes do comércio exterior revertem totalmente em favor de pequenos grupos que buscam no exterior boa parte dos bens que consomem.”⁴

Amiúde, percebe-se que a má distribuição de renda compromete o próprio desenvolvimento econômico, pois a evasão do capital para aquisição de produtos do exterior reduz o consumo e a circulação de riquezas dentro da economia interna, diminuindo, conseqüentemente, o emprego e aumentando ainda mais a desproporção econômica entre ricos e pobres na sociedade.

Neste contexto, nota-se que a lição do economista brasileiro há mais de 40 anos atrás, ainda se encontra perfeitamente atual, uma vez que, conforme os professores Eustáquio de Sene e João Carlos Moreira⁵, “a participação dos pobres na renda nacional vem diminuindo e a dos ricos aumentando”⁶, o que demonstra o considerável agravamento do problema de forma progressiva, apresentando diversos reflexos negativos na sociedade, como, por exemplo, o aumento do desemprego e do subemprego, da miséria e da violência, principalmente referente aos crimes patrimoniais, bem como a vulnerabilidade dos trabalhadores à atividades informais ou mesmo ilícitas.

Por conseguinte, diante de uma realidade econômico-social bastante desfavorável para grande parte da população brasileira, que interferem diretamente nas relações humanas e compromete, assim, a harmonização social, a ciência jurídica, que não poderia ficar inerte ao problema de distribuição de renda, considerando a relevância do tema, inseriu na Carta Magna de 1988, no inciso III do seu art. 3º, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais.

4. FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965, p. 94-95.
5. Segundo a tabela fornecida pelos professores, os 50% dos mais pobres, que, em 1960 possuíam 17,4% da renda, em 1990 possuíam apenas 11,2%, enquanto que os 10% mais ricos que possuíam 39,6% em 1960, em 1990 passaram a deter 51,5% da renda nacional (SENE, Eustáquio de, e MOREIRA, João Carlos. **Geografia Geral e do Brasil: espaço geográfico e globalização**. São Paulo: Scipione, 1998).
6. SENE e MOREIRA, op. cit., p. 348.

2. O ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA DESIGUALDADE SOCIAL

O Direito brasileiro considera a desigualdade social como um problema tão relevante que elegeu, a nível constitucional, o compromisso de minimizar sua consequência (art. 3º, III, da Constituição Federal de 1988), como forma de combater a pobreza e assegurar condições mínimas para o indivíduo, não se concebendo que a riqueza sirva apenas para alguns, enquanto que outra grande parte da população careça de condições mínimas de sobrevivência⁷.

Aliás, o compromisso de combate à desigualdade social deve ser assumido por toda a sociedade, haja vista que a justiça na distribuição de renda e a sua melhor divisão não só proporcionam alcançar os fins do Estado moderno, pautado no bem comum que, de acordo com as palavras do Papa João XXIII, citado por Dalmo de Abreu Dallari⁸, é entendido como “o conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”.

Contudo, em que pese a relevância do tema e da abordagem constitucional do compromisso da República Federativa em combater a pobreza da população de minimizar as desigualdades sociais e regionais, na prática, a mesma não vem sendo realizada pelo Estado brasileiro, uma vez que os indicadores econômicos e sociais somente demonstram o aumento progressivo da pobreza e da concentração de renda, de sorte que se nota uma inércia constitucional nestes pontos, não tendo sido, ainda, capaz de alterar a realidade social conforme buscado pelo norma jurídica.

Todavia, a presente inaplicabilidade do dispositivo constitucional não implica necessariamente que o mesmo seja imprestável ou inútil para a sociedade brasileira, muito pelo contrário, haja vista que, conforme ensina Luis Pedro Barroso, a Constituição é também um instrumento para a promoção da transformação social. Senão, vejamos:

“... uma Constituição será tanto melhor quanto com mais facilidade se possam efetuar mudanças na vida social, sem que isto venha a abalar a mecânica do processo político. Sem dúvida, a ordem constitucional de um Estado deve ser instituída para durar e sobrepair aos entrecosques políticos e econômicos que se compõem a tessitura da vida em sociedade. Mas, naturalmente, isso não

7. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988.
8. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 38.

significa que a Constituição de um país subdesenvolvido, no limiar do século XXI, possa visar à perenidade.⁹⁹

Deste modo, a proposta constitucional é salutar uma vez que estabelece os objetivos para a sociedade brasileira ser mais livre, justa e solidária, a fim de que a mesma se utilize dos meios cabíveis para a sua concretização, com as conseqüências da melhoria de vida da população e o bem-estar social.

Ademais, sob essa perspectiva jurídica, vale dizer que o direito brasileiro possui institutos jurídicos capazes de proporcionar uma melhor distribuição da renda na sociedade, em conformidade com o preceito constitucional, para assegurar tanto uma qualidade de vida maior para um maior para a sociedade como um todo, quanto para ofertar condições mínimas existenciais aos indivíduos, possibilitando uma maior efetividade dos direitos fundamentais.

3. OS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE DIMINUIÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL E DISTRIBUIÇÃO DE RENDA

O Direito sempre foi visto como um instrumento de manutenção da ordem, da resolução de conflitos, mas, sobretudo, de garantia de uma determinada realidade (situação jurídica). Todavia, atualmente, a ciência jurídica já transcendeu ao seu estágio de satisfação meramente formal dos papéis dos sujeitos das relações jurídicas, de modo que busca soluções cada vez mais adequadas ao ideal de justiça e mais benéficas àquelas meramente pautadas em formalismos e que não tragam nenhum benefício social, como, por exemplo, a exigência da boa-fé objetiva nas relações de direito privado; a adoção de penas alternativas no direito penal ou a busca da moralidade administrativa.

Neste diapasão, a ciência jurídica hodierna procura adaptar seus institutos para maior satisfação das necessidades sociais, atendendo a demanda de se resolver os conflitos e harmonizar as relações sociais, não somente pela garantia do cumprimento literal da lei, mas procurando encontrar o seu verdadeiro sentido para melhor aplicação do seu conteúdo e adequação do conteúdo à realidade.

Sendo assim, pode-se perceber que, sob o prisma constitucional que visa a minimização da desigualdade social, a ciência jurídica acaba por rever a utilização de institutos já existentes como a usucapião, o tributo, a taxa de juros, a política salarial, educacional, científica, fundiária e habitacional e de investimentos a

99. BARROSO, Luís Pedro. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 51.

ponto de torná-los diretamente interligados ao ditame da Carta Magna, haja vista a sua supremacia desta e a finalidade de cada um mecanismos jurídicos para a consecução dos fins desejados pelo Estado.

3.1. A reforma agrária e a usucapião

A distribuição de renda na zona rural exerce grande influência no desenvolvimento econômico e social do país. Porém, a má distribuição de renda na zona rural brasileira, remonta os tempos coloniais, quando o território fora dividido em capitanias hereditárias, que permitiu a formação dos latifúndios, uma vez que grandes propriedades eram concentradas por poucos donatários¹⁰.

Doravante, embora tenha sofrido alterações desde o tempo das capitanias, a estrutura fundiária brasileira precisa passar por algumas transformações, para se adequar ao ideal de minimização da desigualdade social, haja vista que, atualmente, o país possui uma grande concentração de terras e propriedades em poder de poucas pessoas¹¹.

Por conseguinte, a reforma agrária é essencial para a melhoria da distribuição de riquezas na zona rural, consagrando o direito fundamental de propriedade, bem como direito à propriedade, permitindo, assim, que um maior número de pessoas esteja ligado à atividade produtiva, aumentando a produção de riquezas no país, necessária ao seu próprio sustento e ao próprio desenvolvimento do sistema de produção que necessita da circulação de riquezas para sua maior expansão.

Aliado à reforma agrária, encontra-se o instituto da desapropriação por descumprimento da função social da propriedade privada (art. 5º, XXIV, da CF/88) também é um elemento importante para a promoção da melhor distribuição da

10. Apenas para argumentar, vale dizer que a preocupação com a distribuição da propriedade rural brasileira precede a Independência do Brasil, conforme relata Juraci Perez Magalhães (2003, p. 18): “...*José Bonifácio*, líder intelectual dos políticos de sua época, percebeu a falência do regime sesmarial. Assim, em 1821 esse grande brasileiro propôs a modificação da estrutura fundiária do Brasil. Ele entendia que o sistema sesmarial não contribuía para aumentar a produção agrícola, como se pretendia, mas servia apenas para dificultar o desenvolvimento dos povoamentos. Isto porque as grandes concessões eram dadas a pessoas sem condições econômicas de trabalhar a terra. Assim, essas pessoas não produziam e nem deixavam produzir porque não vendiam suas terras e nem as repartiram com quem quisesse produzir...” (MAGALHÃES, Juraci Perez. **A propriedade territorial no Brasil e as terras do Distrito Federal**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 18)

11. Segundo dados fornecidos por Eustáquio de Sene e João Carlos Moreira, a estrutura fundiária do Brasil é composta por 2,8% de latifúndios (acima de 15 módulos rurais) e 56,7% da área total; 8% de propriedades médias (até 15 módulos rurais) e 19,9% da área total e 89,1% de minifúndios (até 4 módulos rurais), correspondem a apenas 23,4% da área total (SENE e MOREIRA, op. cit., p. 282).

riqueza no país, uma vez que as terras improdutivas ou subutilizadas¹² podem ser destinadas a um outro grupo de indivíduos, mais comprometidos em dar uma utilidade ao bem desapropriado, de modo que este segundo grupo de indivíduos estará mais apto a atender aos anseios sociais em conformidade com os valores estabelecidos pelo Estado Brasileiro, como o regime capitalista de produção e a livre iniciativa adotada.

Outro instituto jurídico para minimização da desigualdade social é a usucapião, também prevista constitucionalmente (arts. 183 e 191, da Constituição Federal de 1988), que possibilita a transferência de propriedade para o indivíduo que já exerça os direitos de proprietário sobre o mesmo, efetivando-se à distribuição de renda e consolidando uma situação de fato, necessária tanto para assegurar uma renda familiar, através da pequena propriedade rural, quanto para assegurar o direito à moradia ao indivíduo ou ao seu grupo familiar.

3.2. A valorização do trabalho e a política salarial

No que diz respeito ao trabalho, o mesmo representa um papel essencial, econômico, jurídico e mesmo social, tanto para um indivíduo, quanto para a sociedade, de modo que, pode contribuir para a eficácia dos direitos fundamentais e para a redução das disparidades sociais.

Num primeiro momento, o trabalho contribui para a realização de um direito social e da própria dignidade humana, ao passo que para a sociedade, além de contribuir economicamente para a produção, circulação e consumo de mercadorias, também representa uma maior realização da solidariedade social, haja vista que cada ocupação laborativa atende a uma necessidade da sociedade como um todo, de sorte que cada trabalhador no exercício de sua função representa uma contribuição para atender aos fins do Estado.

Neste ponto, registre-se que, a valorização do trabalho humano é um reflexo da contribuição direta ou indireta que o labor de um indivíduo proporciona a toda a sociedade, para que o Estado atinja determinados objetivos, como por exemplo, para a garantia da saúde num hospital, o médico atua diretamente quando aplica o conhecimento científico para a melhoria da saúde de um enfermo; porém, o seu trabalho necessita de outros, como o agente de limpeza, que, indiretamente, contribui pela melhoria da saúde, ao evitar a proliferação de fungos e bactérias no

12. Segundo os dados apontados por Eustáquio de Sene e João Carlos Moreira o Brasil possui cerca de 71,4% das terras não aproveitadas no território nacional e, dentre as utilizadas na atividade rural 32,6% não eram aproveitadas (SENE e MOREIRA, op. cit., p. 283).

ambiente hospitalar, de modo que, independente, do conhecimento técnico para a realização de cada função, todos contribuíram para o mesmo fim.

Destarte, o trabalho exercerá dois papéis importantes para a redução das desigualdades sociais, primeiro, pois uma maior valorização do trabalho permitirá ao trabalhador que os seus ganhos lhe garantam uma condição existencial face aos seus direitos fundamentais, em conformidade com o que dispõem o inciso IV do art. 7º da Constituição Federal de 1988¹³ e o art. 76 da Consolidação das Leis Trabalhistas¹⁴; segundo porque a falta de um planejamento salarial que entenda o a importância do papel desenvolvido por cada um individualmente e por todos os trabalhadores para o desenvolvimento da sociedade deve ser refletido de forma mais equitativa dentre todos os trabalhadores.

Com efeito, como já fora mencionado anteriormente, num primeiro momento, a valorização do trabalho humano corresponde ao reconhecimento da importância de todo labor realizado pelos indivíduos para que sejam atendidos os fins do Estado. Neste contexto, não se justifica que os trabalhadores menos qualificados recebam salários muito baixos, que não correspondam às expectativas financeiras para a sua vida, haja vista que seu trabalho representa um resultado contributivo para toda a sociedade.

Por conseguinte, num segundo momento, o salário, para fins de remuneração, deve ser considerado no seu aspecto força desempenhada, qualificação para o desempenho e mesmo contribuição para o bem comum, de modo que o maior salário pago por um determinado órgão não deve ser muito superior ao menor salário pago, já que ambos contribuem para o mesmo desiderato.

Deveras, qualquer pessoa jurídica, em especial de direito público que tem o dever de cumprir com a legalidade e a moralidade administrativa, que pague

13. De acordo com o inciso mencionado, a Carta Magna assegura ao trabalhador: “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

14. Segundo o mencionado artigo: “o salário é a contraprestação mínima que deve ser paga diretamente pelo empregador a todo trabalhador, inclusive ao trabalhador rural, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, e capaz de satisfazer, em determinada época e região do País, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte”.

Por conseguinte, de acordo com o preceito da legislação consolidada, o salário mínimo, além de ser considerado a menor importância a ser paga a um empregado no país, deverá também estar pautado na realização dos direitos básicos do trabalhador, eleitos pela norma trabalhista, como alimentação (essencial à manutenção da vida), à habitação, à vestuário e ao higiene (inerentes à dignidade humana dentro dos padrões de sociedade hoje existentes no Brasil) e ao transporte. Desse modo, um salário mínimo irrisório além de não valorizar o labor humano desempenhado também não atenderá ao ideal da legislação ordinária que visa a garantia da dignidade do trabalhador.

salário aos seus servidores deve considerar o ideal constitucional de redução da desigualdade social, para que a diferença entre o maior e o menor salário pagos não seja um valor tão elevado que contribua com a promoção da disparidade entre os trabalhadores.

Neste sentido, impende informar que, atenta ao ideal constitucional de redução da desigualdade social dentre os servidores e ao seu papel para a realização de tal finalidade, a Lei Complementar nº 01/91 do Município de Salvador, que institui o Regime Jurídico Único dos Servidores Municipais da capital baiana, prescreve em seu art. 62 que “O maior vencimento atribuído aos cargos de carreira não poderá ultrapassar a 30 (trinta) vezes o menor vencimento estabelecido na administração direta, autárquica ou fundacional”.

Desse modo, uma vez que o próprio Estado se compromete ao combate à pobreza e a redução da desigualdade social, não pode o mesmo contrariar o preceito constitucional estabelecendo grandes disparidades salariais entre o maior e o menor salário pagos, sob pena de se estar contrastando com a norma constitucional, ensejando, assim, uma inconstitucionalidade.

3.3. Combate à concentração de renda

O combate à concentração de renda é essencial para a redução da desigualdade social, mesmo porque a desigualdade social é fruto justamente da grande concentração de renda na mão de poucos, não sendo, assim, o produto das riquezas geradas numa determinada economia repartido de forma mais equânime entre seus agentes produtores.

Uma vez que o Estado não pode intervir na produtividade, no lucro, na iniciativa privada ou na propriedade privada que esteja sendo devidamente utilizada, a forma de aquisição da renda pelo indivíduo não sofrerá nenhum controle público. Todavia, o mesmo não pode se dizer após a riqueza já ter sido capitada pelo seu detentor.

Com efeito, como o Estado possui o direito de tributar alguns acontecimentos, o mesmo pode lançar mão do Direito Tributário para exercer um maior policiamento da destinação dos recursos, a fim de que estes possam ser melhor distribuídos entre toda a população, direcionando, assim, a produção de riquezas para o bem-comum, atingindo os ideais estatais.

Nesse contexto, os tributos como Imposto de Renda (IR), Imposto Territorial Rural (ITR) e o até então adormecido Imposto sobre Grandes Fortunas pode exercer um papel essencial no direito brasileiro, sendo progressivamente maior à medida

que maiores forem os ganhos, no caso do primeiro, ou do espaço improdutivo, no segundo, como já se faz atualmente, e ainda utilizar a grande concentração de renda como fato gerador para arrecadação de impostos e destinar tais recursos para a redução das desigualdades sociais e regionais existentes com investimentos em educação, moradia, saúde, dentre outros setores capazes de influenciar a melhoria de vida dos menos favorecidos no caso do terceiro, influenciando, assim, diretamente na concretização dos direitos fundamentais do indivíduo constitucionalmente estabelecidos.

3.4. Incentivos à inversão do capital

A inversão do capital, conforme ensina Celso Furtado¹⁵, significa a aplicação do capital para atividades produtivas, ou seja, as economias serem destinadas a fomentar a produção, circulação ou o consumo de bens, a fim de que a maior circulação de riquezas, aliados a outros mecanismos de distribuição de renda, que proporcionem uma melhor distribuição para a sociedade.

Neste ponto, impende transcrever a análise de Celso Furtado, sobre a aplicação do capital para que o mesmo proporcione um desenvolvimento da economia. Senão, vejamos:

“... se os recursos incorporados ao processo produtivo não causassem aumento real de produtividade, a acumulação não determinaria nenhum crescimento, limitando-se a transferir no tempo o ato de consumo. Por outro lado, se o fruto de um aumento, ocasional ou permanente de produtividade fosse distribuído com o conjunto da população, o resultado seria apenas uma elevação ocasional ou permanente do nível de consumo, passando a economia de uma posição estacionária a outra, sem que originasse um processo de crescimento.”¹⁶

Como se percebe, para a maior expansão econômica, acompanhada do aumento de uma qualidade de vida da população, o capital decorrente de acúmulo deve ser empregado em novas atividades produtivas, que promovam o crescimento no nível de riquezas produzidas, circuladas e consumidas no país, não meramente distributivas que, pulando as etapas da economia, apenas promoveriam uma manutenção quadro econômico, sob uma ótima “aparentemente” mais justa.

Contudo, de acordo com a realidade atual brasileira, nota-se que a aplicação do capital é completamente avessa ao crescimento econômico e à melhoria da qualidade de vida da população, com uma melhor distribuição de renda, e bastante

15. Cf. FURTADO, op. cit.

16. FURTADO, op. cit., p. 116

favorável à concentração, haja vista que lucros gerados são aplicados em investimentos especulativos ou em operações financeiras, de que apenas aumentam a vulnerabilidade dos menos afortunados perante àqueles que possuem maior concentração de riquezas, de modo que tal situação somente se agrava, pois cada vez mais os menos afortunados estarão mais vulneráveis a empréstimos, financiamentos e operações afins, gerando-se um ciclo vicioso.

Todavia, esta realidade pode ser mudada utilizando-se os mecanismos jurídicos fiscais e para-fiscais que controlem tanto a taxa de juros nas operações financeiras quanto facilitem os investimentos voltados a atividades produtivas, de sorte que o capital destinado para produção, circulação e consumo de riquezas seja mais vantajoso do que os lucros obtidos com operações financeiras que somente proporcionam o enriquecimento dos grupos econômicos cada vez mais ricos¹⁷ e cada vez menores, aumentando ainda mais a disparidade social.

3.5. Incentivos à pesquisa e à educação

Dentre todos os pontos abordados até o presente momento, a educação é o que deve ganhar maior destaque, haja vista que a sua influência direta na melhoria da qualidade de vida do indivíduo, bem como sua interferência em outros direitos individuais fundamentais básicos.

Deveras, a educação é capaz de promover a minimização das conseqüências decorrentes da desigualdade social, haja vista que a mesma contribui indubitavelmente com a realização da igualdade de oportunidades essencial para a efetiva concretização do princípio da igualdade. Ademais, é neste mesmo sentido, que Peter Singer afirma que: “a verdadeira igualdade de oportunidades exige de nós a certeza de que as escolas ofereçam a todos as mesmas vantagens”¹⁸.

Sob o ponto de vista econômico, a educação serve sob dois aspectos, ora como qualificador de mão-de-obra, ora como gerador do desenvolvimento tecnológico, como se depreende facilmente do magistério de Maria de Lourdes Manzini Couvre, nos seguintes termos:

“... a educação pode ser apreendida em duas facetas juntas: a de ser um direito social do cidadão e a de ser propiciadora de um fator do capital, enquanto melhoria da qualificação da mão-de-obra. Do primeiro prisma, enquanto direito social do

17. Segundo informação fornecida pelo Almanaque Abril, das seis maiores empresas atuantes no Brasil no ano de 2005, quatro são instituições financeiras, tendo o Banco do Brasil (2^a) obtido um lucro de US\$ 1,8 bilhões; Bradesco (3^a), com um lucro de US\$ 1,2 bilhões; Itaú (5^a), com um lucro de US\$ 0,7 bilhões e Unibanco (6^a), com um lucro de US\$ 0,8 bilhões (ALMANAQUE, op. cit., p. 110).

18. SINGER, Peter. **Ética prática**. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p 49.

“cidadão”, diz respeito ao universo de consumo de um “bem”, o cultural, e é aquela que aumentando-lhe as oportunidades de emprego, possibilita-lhe maior participação no consumo dos bens gerados sob a “sociedade tecnológica”. Neste caso, ela pode ser pensada como política social, pretensamente engrenada na dimensão do pleno emprego, constante do planejamento e parte do chamado “salário social”, que vem a suprir a insuficiência da política salarial. Serve, portanto, ao processo de legitimação, inserindo-se na ideologia do planejamento, enquanto fator reivindicável. Do segundo prisma, a educação, enquanto processo que propicia a formação de mão-de-obra mais qualificada, está intimamente vinculada ao desenvolvimento que se fez com base na tecnologia, na criação e implementação dessa tecnologia e sua relação com a maior produtividade.”¹⁹

A educação, assim, passa a ser um fator crucial para a redução da desigualdade social, por promover a qualificação da mão-de-obra para que a mesma esteja apta a ingressar no mercado de trabalho, realizando, assim, a efetividade do direito social ao direito ao trabalho, inclusive, com condições de obter maiores salários, haja vista a maior qualificação, bem como o incentivo aos avanços tecnológicos que permitem a geração e circulação de riquezas na sociedade.

Ademais, no que diz respeito ao avanço tecnológico, este possui importância elementar para a redução das desigualdades e geração de riquezas, uma vez que, conforme ensina Celso Furtado²⁰ uma característica marcante do desenvolvimento é o avanço progressivo, enquanto do subdesenvolvimento é a mudança abrupta dos meios de produção, onde os mecanismos inseridos nesta brusca alteração vêm do exterior de um determinado país.

Sendo assim, é necessário promover a educação voltada às pesquisas e em avanços tecnológicos, principalmente, para que o capital a ser investido seja mantido em circulação dentro do próprio país, promovendo o seu re-investimento em novos avanços científicos, de modo que a população e a economia possam acompanhar gradualmente os avanços promovidos que, por consequência, não resultará em disparidades condizentes com exorbitantes desigualdades sociais como as atualmente existentes.

Nesse contexto, nada obsta que o Estado se valha da tributação incidente em rendimentos auferidos pelos ex-alunos da rede pública de ensino superior, sob a forma de contribuição, a fim de que os valores obtidos sejam destinados na melhoria do ensino e, principalmente, no desenvolvimento da pesquisa científica, na instituição formadora daquele indivíduo, como ocorre em alguns países como os

19. COUVRE, Maria de Lourde Manzini. **A fala dos homens. Análise do pensamento teconcrático**. Brasília: Brasiliense, 1983, p. 195.

20. Cf. FURTADO, op. cit.

Estados Unidos e na China, onde ex-alunos pagam, voluntária ou compulsoriamente, contribuições para as instituições que lhes forneceram o ensino superior.

Por oportuno, registre-se que, conforme defende John Rawls²¹ a função da educação para o ser humano vai muito além de sua perspectiva econômica de retorno de investimentos e de alocação de mão-de-obra nas atividades produtivas, pois representa também um enriquecimento da vida pessoal e social dos cidadãos, abrangendo este, as diversas classes sociais.

4. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 ao inserir o como objetivo da República Federativa Brasileira o combate à desigualdade social e ao empobrecimento, a norma jurídica estabelece o objetivo a ser perseguido por toda a sociedade, devendo a mesma se valer dos instrumentos jurídicos necessários à consecução dos seus ideais.

Todavia, o objetivo traçado não deve ser analisado isoladamente, como uma norma solitária e completamente insuscetível de conjugação com outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Com efeito, a análise do mencionado dispositivo deve ser interpretada também sob a ótica dos direitos fundamentais, haja vista que, muitas vezes, a promoção, defesa e concretização destes direitos somente se consolidam com a melhor distribuição de riquezas entre os integrantes da sociedade.

Doravante, nota-se que existe uma forte ligação entre os fatores econômico-sociais e jurídicos, uma vez que a igualdade de oportunidades é conseguida com a melhoria da educação, a consolidação do direito do trabalho e ao trabalho, com o crescimento econômico, o acesso à moradia pode ser alcançado pela usucapião e pela desapropriação, dentre outras situações possíveis; ao passo que a maior disparidade gera elementos nocivos ao acesso de grande parte da população a seus direitos fundamentais, como, por exemplo, discriminação social, aumento da pobreza e da miséria, conflitos urbanos e rurais pela aquisição de bens etc.

Nesse diapasão, a utilização dos institutos jurídicos já tipificados pelo ordenamento, para promover a distribuição de renda e o combate à pobreza são tanto admissíveis quanto necessários à ordem jurídica brasileira, uma vez que atendem

21. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

aos objetivos constitucionais, possibilitando uma melhor condição de vida para a sociedade como um todo e, principalmente, para aqueles não desfrutam dos seus direitos básicos, inerentes à própria dignidade humana, além de terem reflexos positivos em outras áreas, como sociais e econômicas por possibilitar uma melhor convivência humana e circulação de riquezas.

Contudo, a sua não concretização imediata não significa que o preceito constitucional deva ser abandonado, esquecido pelo direito brasileiro, sendo tratada como uma letra morta. Ao contrário, porém, diante da distância existente entre o texto e a realidade é que deve sim ser lembrado constantemente e buscado para a concretização de uma sociedade justa, como bem leciona Dirley Cunha Junior:

“Uma Constituição "justa", preocupada com os direitos humanos, notadamente com os direitos sociais, preordenada a erradicar a pobreza e as diferenças sociais e regionais, pode ser utópica, mas quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas sim o fato de não deixar de o ser.”²²

Deveras, a Constituição Federal de 1988 possui preceitos ainda não concretizados, que devem ser trabalhados em prol da sua concretização e efetivação, a fim de alcançar o desiderato da Carta Magna de uma melhor distribuição de riquezas entre o povo brasileiro.

Por conseqüência, a melhor distribuição de renda pelo Direito atenderá os seus fins, haja vista que contribuir para a minimização das desigualdades sociais representa também uma maior harmonização das relações sociais, assim como alerta Rousseau²³ que via a desigualdade como um fator desagregador do grupo social, de modo que o mesmo deveria possuir leis justas para evitar os conflitos internos, o Estado Brasileiro, atendendo aos fins a que se destina, deve buscar a defesa de todos os segmentos sociais que o compõem para que os ideais de justiça alcancem o maior número de cidadãos que seja possível.

Destarte, a melhor distribuição de renda no Brasil compreende um compromisso constitucional que implica na melhoria da qualidade de vida de parte da população, assegurando condições mínimas de existência a um número cada vez maior de indivíduos como pretende os ideais da justiça, como ensina John Rawls, segundo qual “apesar da distribuição de riqueza e renda não precisar ser igual,

22. CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 300.

23. Cf. ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

ela deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, as posições de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos²⁴.

Por conseguinte, um maior avanço na seara jurídico-constitucional brasileira, de proteção, efetivação e a exigibilidade dos direitos fundamentais, pode ser alcançado com maior eficácia a partir de transformações sociais e econômicas das estruturas então vigentes, conseguida com aplicabilidade dos instrumentos jurídicos já existentes, que venham a possibilitar a todos o acesso à educação, ao trabalho à propriedade, à moradia e à igualdade de oportunidades.

Sendo assim, a aproximação do indivíduo com os seus direitos não deve ser buscada apenas por construções meramente textuais, de preceitos normativos no bojo de uma Carta Política, ou por construções científicas abstratas; é preciso que a ciência jurídica, através dos seus institutos, utilize com maior veemência seu poder de transformação da realidade existente, para que sejam estabelecidas condições sócio-econômicas favoráveis ao florescimento dos direitos fundamentais estabelecidos, para que se alcance a sua maior promoção e exigibilidade.

5. REFERÊNCIAS

- ALMANAQUE Abril 2007. 33ª ed. São Paulo: Abril, 2007;
- BARROSO, Luís Pedro. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;
- BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988;
- BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 09 ago. 1943;
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988;
- COUVRE, Maria de Lourde Manzini. **A fala dos homens. Análise do pensamento teórico**. Brasília: Brasiliense, 1983;
- CUNHA JUNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2004;
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998;

24. RAWLS, op. cit., p. 65.

- DÓREA, Hugo. Valores do passado construindo o futuro. **Revista Brasil Rotário**. Rio de Janeiro: Brasil Rotário, Ano 82, nº 1023, p 38-40, setembro de 2007;
- FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965;
- MAGALHÃES, Juraci Perez. **A propriedade territorial no Brasil e as terras do Distrito Federal**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003;
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Almiro Piseta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martin Claret, 2006;
- SALVADOR (BAHIA). Lei Complementar nº 01/91, de 15 de março de 1991. Institui o Regime Jurídico Único dos servidores públicos do Município de Salvador. **Diário Oficial do Município**, Poder Executivo, Salvador, BA, 17 e 18 de mar de 1991;
- SENE, Eustáquio de, e MOREIRA, João Carlos. **Geografia Geral e do Brasil: espaço geográfico e globalização**. São Paulo: Scipione, 1998;
- SINGER, Peter. **Ética prática**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



Artigos de convidados

NACIONAIS

V. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo

Eduardo Cambi

VI. A administração pública no processo do trabalho: a questão da responsabilidade pelos créditos inadimplidos pelo empregado contratado

Floriano de Azevedo Marques Neto
Eduardo Ferreira Jordão

VII. A eficácia da decisão envolvendo a repercussão geral e os novos poderes dos relatores e dos tribunais locais

José Henrique Mouta Araújo

VIII. Do cabimento de ação rescisória em matéria eleitoral: potencialidade hermenêutica do Tribunal Superior Eleitoral

Juvêncio Vasconcelos Viana
Daniel Gomes de Miranda

IX. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil

Luís Roberto Barroso

X. Dignidade da pessoa humana e a busca de critérios justos para a determinação do valor das indenizações, em

algumas hipóteses especiais de dano contra a saúde

Luiz Rodrigues Wambier
Teresa Arruda Alvim Wambier

XI. O julgamento antecipadíssimo da lide, o art. 515, §3º, CPC e o contraditório

Márcio Faria

XII. Crítica à fundamentação axiológica das correntes de pensamento jurídico

Newton de Oliveira Lima

XIII. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais

Robson Renault Godinho

INTERNACIONAIS

XIV. A retórica jurídica e a formação dos juristas: a observação de Aristóteles sobre os argumentos de Ulisses no filocletes de Sófocles

Antonio Sá da Silva

XV. Los 15 años del Código Procesal Civil del Perú

Juan José Monroy Palacios

XVI. Da estrutura dos direitos fundamentais à proteção

Robert Alexy



V

NEOCONSTITUCIONALISMO E NEOPROCESSUALISMO

Eduardo Cambi

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor de Direito Processual Civil da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Neoconstitucionalismo: 1.1. Aspecto histórico; 1.2. Aspecto filosófico; 1.3. Aspecto teórico: 1.3.1. Força normativa da Constituição; 1.3.2. Expansão da jurisdição constitucional; 1.3.3. Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional – 2. Neoprocessualismo: 2.1. Constituição e Processo; 2.2. Direito fundamental à ordem jurídica justa, direito fundamental ao processo justo e a visão publicística do processo; 2.3. Direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais; 2.4. Instrumentalidade e garantismo – Conclusão.

INTRODUÇÃO

A Constituição, como Lei Fundamental, estabelece, explícita ou implicitamente, os valores, os princípios e as regras mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico.

A relação entre a Constituição e o processo pode ser feita de maneira *direta*, quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser *indireta*, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto.

A efetividade da Constituição encontra, pois, no processo um importante mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. A Constituição Brasileira

de 1988 não somente pela sua posição hierárquica, mas pela quantidade e profundidade das matérias que disciplinou, está no centro do ordenamento jurídico, não se podendo compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental.

A expressão “neo” (novo) permite chamar a atenção do operador do direito para mudanças paradigmáticas. Pretende colocar a crise entre dois modos de operar a Constituição e o Processo, para, de forma crítica, construir “*dever-seres*” que sintonizem os fatos sempre cambiantes da realidade ao Direito que, para não se tornar dissociado da vida, tem de se ajustar – sobretudo pela hermenêutica – às novas situações ou, ainda, atualizar-se para apresentar melhores soluções aos velhos problemas.

O Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII. O pensar o Direito deve passar por um *aggiornamento* para que a sua *concretização*, para não ficar presa a institutos inadequados aos fenômenos contemporâneos, não se dissocie da realidade, frustrando seu escopo fundamental de abordar a condição humana nas múltiplas e complexas relações sociais, políticas e econômicas.

A pretensão se coloca em uma dimensão aberta pelo pós-modernismo jurídico, ao questionar as bases iluministas do Direito Moderno, concebido como instrumento de revelação de verdades, mediante o raciocínio silogístico, pelo qual os valores jurídicos seriam auto-evidentes, porque inatos ao homem, bastando se valer do uso adequado da razão¹.

O novo, contudo, dentro das múltiplas e complexas relações sociais, está posto, antes, para ser compreendido. Por isto, é marcado pela insegurança, pela instabilidade e pelo incerto. É, por isto, um desafio que os estudiosos têm enfrentado para, combatendo o imobilismo conceitual, buscar práticas mais adequadas a aquilo a Constituição coloca, como objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3^a, inc. I, CF).

Luís Roberto Barroso, ao buscar sentido para os prefixos “neo” e “pós”, bem sintetiza o tempo presente²: “*Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para jingles, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise*

1. Cfr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. *O pós-modernismo jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2005.
2. Cfr. Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 nov. 2005.

existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a **injustiça** passeia pelas ruas com passos firmes e a **insegurança** é a característica da nossa era”. Conclui, pois, o constitucionalista carioca: “Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos **pós** e **neo**: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”.

Esta advertência serve para abrir, com humildade, os caminhos da melhor compreensão das relações contemporânea entre Constituição e Processo.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO

As alterações mais importantes, na compreensão constitucional, a que se denomina de *neoconstitucionalismo*, podem ser sistematizadas em três aspectos distintos: i) histórico; ii) filosófico e (iii) teórico³.

1.1. Aspecto histórico

Sob o aspecto histórico, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram, a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, na Europa, devendo ser salientadas a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978).

Com a derrota dos regimes totalitários (nazi-fascistas), verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam vir a ser cometidos pelo Estado⁴ ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc)⁵ bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional).

3. Cfr. Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Cit.

4. “Em nossa sociedade, às vezes um homem tem o direito, no sentido forte, de desobedecer a lei. Tem esse direito toda vez que a lei erroneamente invade seus direitos contra o governo” (Ronald Dworkin. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pág. 264).

5. Segundo José Carlos Vieira de Andrade, os “particulares poderão, assim, de acordo com a **natureza específica**, a **razão de ser** e a **intensidade** do poder exercido (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se

A superação do paradigma da validade meramente formal do direito, em que bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito, resultou da compreensão de que o direito deve ser compreendido dentro das respectivas *relações de poder*⁶, sendo intolerável que, em nome da “vontade do legislador”, tudo que o Estado fizesse fosse legítimo. Assim, estreitam-se os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc são informados por relações de poder.

A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados, em que, pela manifestação do poder, uma destas pessoas tivesse seus direitos violados ou ameaçados de lesão.

Os reflexos das alterações constitucionais, ocorridas na Europa, foram sentidas, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito. Nestes quase vinte anos de Constituição, sem embargo as constantes reformas constitucionais operadas no texto original, permitiram a construção, paulatina, de uma importante cultura jurídica de valorização do *sentimento constitucional*. As sérias crises institucionais surgidas no país, nestas duas décadas, como o *impeachment* de um presidente aos gravíssimos indícios de corrupção que vêm sendo apurados pelas comissões parlamentares de inquéritos, encontraram na Constituição e na jurisdição constitucional as soluções políticas e jurídicas – criticáveis ou não – para a manutenção da estabilidade democrática.

*inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando indemnização dos danos causados. (...) Afinal, bem vistas as coisas, trata-se apenas de assegurar, quando e na medida que isso se justifique, uma proteção **mais intensa** aos particulares vulneráveis nas relações com privados poderosos – garantia que corresponde, afinal, às preocupações evidenciadas pelas teorias moderadas do dever de protecção –, sem deixar de ter em conta a circunstância de essas entidades privadas poderosas também serem titulares de direitos fundamentais, embora, na maior parte dos casos, lembre-se, uma vez mais, se trate de pessoas colectivas que, afinal, gozam apenas desses direitos parcialmente e por analogia” (Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Pág. 286-8).*

6. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, por intermédio de Nietzsche, bem explica: “Nietzsche percebe que o Estado nasceu da violência, do poder, da força. Está contra o fundacionismo de Locke, Rosseau e Kant. O estado da natureza seria o resultado e não a falta do direito. Insiste-se na volatibilidade dos fundamentos do direito, dado que nossos conceitos de legalidade e justiça estariam em mudança permanente, porque são determinados por relações de poder” (*O pós-modernismo jurídico*. Cit. Pág. 142).

1.2. Aspecto filosófico

Sob o aspecto filosófico, a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da “vontade geral”, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição. Pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. Esta tendência é denominada de *pós-positivismo*, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

Desta maneira, constitui verdadeira peça de museu o artigo 126 do Código de Processo Civil ao asseverar que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei e que no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. A referida regra jurídica não resiste às interpretações evolutiva do direito e teológica do papel do juiz, na medida em que a norma jurídica, enquanto resultado do processo hermenêutico, não mais se enquadra na arcaica visão da decisão enquanto um *silogismo jurídico* (premissa maior: a regra jurídica; premissa menor: os fatos; e conclusão), seja porque se adota no Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, o *judicial review* (isto é, o controle difuso da constitucionalidade), nos moldes norte-americanos, decorrente do caso *Marbury v. Madison* (1803), com a possibilidade de se negar – no plano formal e/ou material – validade à regra jurídica por se opor a um princípio constitucional, seja porque a técnica legislativa se ampara cada vez mais nas *cláusulas gerais* (p. ex., art. 421/CC, ao tratar da função social do contrato; art. 1.228/CC, par. 1º, ao prever a função social da propriedade; art. 113/CC, prevendo que os contratos devem ser interpretados à luz da boa-fé etc), sendo os textos legislativos *polissêmicos*, a possibilitar mais de uma interpretação possível.

1.3. Aspecto teórico

Sob o aspecto teórico, o neoconstitucionalismo, sempre na precisa lição de Luis Roberto Barroso, caracteriza-se por três vertentes: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional⁷.

7. Cfr. Luis Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do

1.3.1. Força normativa da Constituição

Afirmar que as normas constitucionais têm *força normativa* é reconhecer que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo. Se a Constituição vale como uma lei, as regras e os princípios constitucionais devem obter *normatividade*, regulando jurídica e efetivamente as condutas e dando segurança a expectativas de comportamentos⁸. Com efeito, o reconhecimento da força normativa da Constituição marca uma ruptura com o Direito Constitucional clássico, onde se visualizavam *normas constitucionais programáticas* que seriam simples declarações políticas, exortações morais ou programas futuros e, por isto, destituída de positividade ou de eficácia vinculativa.

A positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente: i) vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (*imposição constitucional*); ii) vinculação *positiva* de todos os órgãos concretizadores (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais devem tomá-las como *diretivas materiais permanentes*; iii) servirem de *limites materiais negativos* dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que as contrariam⁹.

Conclui, pois, José Joaquim Gomes Canotilho, valendo-se da lição de Garcia de Enterría, que em “*virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘normas programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’ (altuelle Rechtsnorm-Programmsatz): todas as normas são actuais, isto é, tem força normativa independente do acto de transformação legislativa. Não há, pois, na constituição, ‘simples declarações (sejam oportunas ou inoportunas, felizes ou desafortunadas, precisas ou indeterminadas) a que não se deva dar valor normativo, e só seu conteúdo concreto poderá determinar em cada caso o alcance específico de dito valor’ (Garcia de Enterría)”¹⁰.*

A vinculação positiva de todas as normas constitucionais, inclusive aquelas que a doutrina clássica taxava de *programáticas*, implica, conseqüentemente, na expansão da jurisdição constitucional.

Direito Constitucional no Brasil. Cit.

8. Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. Pág. 183.

9. Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Cit. Pág. 184.

10. Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Cit. Pág. 184-5.

1.3.2. *Expansão da jurisdição constitucional*

O estudo da jurisdição constitucional nunca esteve tão em voga quanto agora e isto se explica, primeiro, pelo fenômeno da *expansão de litigiosidade*, vivenciada nas últimas décadas, decorrente da *ampliação do acesso à justiça*.

A simplificação do acesso ao Poder Judiciário, após os Juizados de Pequenas Causas, transformados pela Constituição Federal de 1988 em Juizados Especiais Cíveis e ampliados para a esfera criminal e federal, dispensando, inclusive, a presença de advogado foi um fator importante para que os cidadãos fossem buscar os seus direitos.

A tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, por sua vez, permitiu que as questões sociais juridicamente relevantes fossem resolvidas de forma mais adequada e rápida. Para isto, foi indispensável modificar o perfil do Ministério Público que, no âmbito do direito processual civil, antes atuava basicamente como um fiscal da lei (*custos legis*; art. 82/CPC), passando dispor de mecanismos eficientes como o inquérito civil, o compromisso de ajustamento de conduta e, em última análise, a titularidade das ações civis coletivas.

Não obstante as resistências governamentais, legislativas, judiciais e doutrinárias, provenientes dos pensamentos jurídicos mais retrógrados – que insistentemente procuram minimizar esta importe *onda revolucionária* trazida pelo movimento de acesso à justiça – essas demandas coletivas têm proporcionado a possibilidade do Judiciário, nos últimos anos, dar efetividade aos direitos fundamentais – sobretudo os de caráter social (previstos no artigo 6º, da CF) – o que coloca o Poder Judiciário, hoje, no centro das atenções e das perspectivas da sociedade.

O Poder Judiciário brasileiro, conforme já referido, desde a Constituição Republicana de 1891, pode realizar o controle (difuso) da constitucionalidade. Qualquer magistrado, desde o recém-ingresso na carreira (juiz substituto), até o mais experiente Ministro do Supremo Tribunal Federal podem, no caso concreto, verificar se a lei ou o ato normativo está em consonância com a Constituição. Pelo princípio da *supremacia da Constituição*, nenhuma lei e, assim, nenhum ato administrativo pode ferir a Constituição, sob pena de carecer de validade e merecer a censura judicial.

A *judicial review* aproxima o Direito da Política, permitindo que ações governamentais sejam contestadas perante o Poder Judiciário. Para que se possa enfrentar as críticas que tal controle tem suscitado, já que, segundo seus opositores, fere a clássica tripartição dos poderes, é antidemocrático e conduz a *ditadura* do Judiciário, é preciso compreender as suas origens históricas, a

partir da análise do caso *Marbury vs. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte norte-americana.

No final de 1801, antes do término de seu mandato, o Presidente norte-americano John Adams apontou Willian Marbury para um cargo no judiciário federal norte-americano¹¹. O novo Presidente, Thomas Jefferson, do partido rival, assumiu antes que Willian Marbury tomasse posse e recusou a sua nomeação ao cargo de juiz federal. Inconformado Marbury demandou James Madison, secretário de Estado de Thomas Jefferson, na Suprema Corte, a fim de que o Judiciário ordenasse Jefferson a nomeá-lo magistrado federal. James Madison simplesmente não contestou o pedido, ignorando que a matéria estivesse pendente no Judiciário. O Presidente da Suprema Corte John Marshall, que havia sido secretário de Estado de John Adams, foi colocado em situação difícil, pois, se determinasse que Marbury fosse empossado, não teria como implementar o comando e a Suprema Corte ficaria desmoralizada; por outro lado, o mesmo Tribunal ficaria desmoralizado se desse razão a Jefferson que tinha ignorado a demanda. Diante deste impasse, John Marshall, após criticar Jefferson e a política de seu partido, considerou inconstitucional (nulo) o Ato Judiciário de 1799, que fundamentava a pretensão de Marbury. Em outras palavras, Marshall deu razão a Marbury, mas considerou que seu pedido estava calcado em regra inconstitucional. Com isto, não enfrentou o Presidente Thomas Jefferson, salvou a Suprema Corte do descrédito e deu início ao controle de constitucionalidade nos Estados Unidos.

Não obstante a sua origem truncada, o controle difuso da constitucionalidade ganhou força ao longo dos séculos, sendo uma realidade em grande parte do mundo ocidental.

No Brasil, além do controle incidental (difuso), há também o controle abstrato ou concentrado, desde a Emenda Constitucional 16/1965, que inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a ação genérica (hoje denominada de ação direta). A Constituição Federal de 1988 ampliou os mecanismos de controle abstrato da constitucionalidade, alargando o rol dos legitimados ativos e criando outros instrumentos como a ação declaratória de constitucionalidade. Deste modo, o controle abstrato da constitucionalidade pode ser realizado mediante os seguintes instrumentos: i) ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, inc. I, letra “a”, CF); ii) ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, inc. I, letra “a” e 103, par. 4º, da CF); iii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, par. 2º, CF); iv) a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, par. 1º, CF); v) ação direta interventiva (art. 36, III).

11. Cfr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy. *Direito nos Estados Unidos*. Barueri: Manole, 2004. Pág. 64-6.

As informações constantes no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário revelam números expressivos quanto à utilização destes mecanismos. Somente no que concerne às ações diretas de inconstitucionalidade (ADIN) e declaratórias de constitucionalidade (ADC) tais estatísticas apontam: i) que, desde 1988 até 17.04.2005, foram distribuídas 3.464 ADINS (sendo 90 ADINS por omissão), julgadas 2.420 e proferidas medidas liminares em 1.482; ii) que, de 1993 até 2005, foram ajuizadas 9 ADC, julgadas procedentes 2, não conhecidas 3 e, ainda em tramitação, 4¹².

Somadas ambas as formas de controle, cujos números as estatísticas não podem precisar¹³, mas a prática revela intensa, é natural a existência de reações. As críticas, como já salientado, partem da ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário. Poderiam os magistrados, não tendo sido eleitos pelo voto direto, tomar decisões políticas, em nome da maioria da população?

Antes de responder a pergunta, há que se fazer a indagação do que vem a ser a democracia. Norberto Bobbio compreende a democracia em duplo sentido: formal e material¹⁴.

Em sentido *formal*, democracia é o “governo *do* povo”: preocupa-se com a *forma* da representação política, independentemente de qualquer conteúdo. Desta forma, cabe ao Poder Legislativo, eleito direta ou indiretamente pelo povo, a função de elaborar leis; deve existir junto a ele um órgão administrativo, para a execução da lei, com dirigentes eleitos; todo cidadão, a partir da maioria, tem direito ao voto; todos os eleitos devem ter voto igual; o sufrágio deve ser universal; o cidadão deve ser livre para votar, formando a sua opinião a partir da disputa livre entre partidos políticos que buscam a consolidação de uma representação nacional; prevalece o princípio majoritário, pelo qual a vontade da maioria predomina, sem, contudo, suprimir o direito da minoria, especialmente o direito a igualdade de condições para se tornar maioria. Em síntese, a democracia, em sentido formal, aceita qualquer conteúdo ideológico, porque se estabelecem regras sobre *como* se chega à decisão política e não *o que* se decide.

12. Disponível em: <<http://stj.gov.br/bndpj>>. Acesso em: 1 dez. 2005.

13. O mesmo Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário revela que, somente no ano de 2004, foram julgados 35.793 recursos extraordinários, o que indica somente uma parcela do controle (difuso) da constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal naquele ano. Com a introdução do parágrafo 4º, ao artigo 102, da CF, pela Emenda Constitucional 45/2004, exigindo que o recorrente demonstre a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso concreto, a tendência é que aquele número diminua, uma vez que tal alteração restringe à admissibilidade do recurso extraordinário e, conseqüentemente, o acesso ao Supremo Tribunal Federal.

14. Cfr. *Dicionário de Política*. Vol. I. 12ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. Pág. 319-329.

Entretanto, vive-se a *crise da democracia representativa*, uma vez presentes tais fatores como: a vontade do representante não se identifica com a do representado; cada vez mais se verifica o afastamento do povo do processo político; falta de igualdade de participação no processo político (os *lobbies* ou grupos de pressão, por exemplo, exercem uma influência avassaladora no processo legislativo); existe a previsão de mecanismos antidemocráticos no seio do parlamento (p. ex., voto de lideranças); e, enfim, a falência do Parlamento como principal órgão legislativo (em 2004, menos de 7% da legislação originou do Congresso Nacional, em um evidente abuso das medidas provisórias).

Como conseqüência direta da insuficiência do conceito formal de democracia, ocorre a cisão entre o Direito e a lei. Esta, quando injusta, ou melhor, quando contraria os *standards* de justiça previstos pela Constituição, é um não-Direito. Assim, a democracia, em sentido *material*, deixa de ser somente um governo *do* povo para ser um governo *para* o povo. Para isto, a Constituição Federal de 1988 elege certos *conteúdos* mínimos, sem os quais não há Estado *Democrático* de Direito, enaltecendo a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político. Em síntese, não há democracia, em sentido *substancial*, sem a efetivação dos direitos fundamentais.

Voltando a questão formulada acima: – é insofismável que os membros do Poder Judiciário não são eleitos; isto, contudo, não lhes retira missão constitucional de concretização dos direitos fundamentais. O problema não é atribuir-lhes poder para dizer, no caso concreto, se as leis ou os atos normativos são constitucionais, mas instituir *mecanismos de controle* para assegurar que a escolha, a opção e a decisão obtida sejam aquelas que melhor concretizem à Constituição. A legitimidade do poder dos juízes coloca a *jurisdição* – de *iuris* (direito) *dictio* (dizer) – no centro das discussões constitucionais e processuais contemporâneas.

O princípio do livre convencimento judicial (art. 131/CPC) é mitigado pelo *sensu de responsabilidade*, norteado pelos padrões de justiça e pelos limites econômicos e políticos plasmados na Constituição, além de serem buscados, mediante um *processo justo*, com ampla participação e controle das partes.

A expansão ou a restrição da jurisdição constitucional deve ser vista, no contexto de um pêndulo, que vai da autocontenção ou ativismo judicial. A atuação do Poder Judiciário, contudo, não deve alternar ao “sabor dos ventos”, casuisticamente pendendo ora para a autocontenção ora para o ativismo.

A *reserva do possível* e a *reserva de consistência* são dois marcos limitativos, entre outros¹⁵, para a atuação jurisdicional.

A expressão *reserva do possível* procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas com a implementação dos direitos. A concretização dos direitos tem custos, a serem suportados pelo Estado. Logo, a postura do *ativismo judicial* deve ser reservada à concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (*mínimo existencial*)¹⁶. A questão, por fim, do que vem a compor a esfera do *mínimo existencial* não está posta de forma explícita na Constituição, não prescindindo da necessária interação entre a Política e o Direito.

Nesta questão, é atual a questão da tutela dos direitos fundamentais sociais (art. 6º, CF: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados). Tais direitos não são verdadeiros *direitos subjetivos*, dotados de conteúdo líquido e certo, mas também não são meros instrumentos jurídicos para a luta política, dando ensejo à *atuação positiva* do Estado – e, portanto, conferindo legitimidade individual ou coletiva para demandar judicialmente – quando tais direitos, ainda que gerem custos à sua implementação, forem indispensáveis à concretização do valor constitucional da dignidade humana¹⁷. Exemplo emblemático deste *ativismo*

15. No tópico seguinte, será abordado o princípio da proporcionalidade e, ainda mais adiante, o dever de motivação das decisões.
16. Segundo Ana Paula de Barcellos, a “*meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida (...) na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições da própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível*” (A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Pág. 246).
17. “*A qualidade de direitos fundamentais atribuída aos direitos sociais integra-se no espírito do ‘instituto’, que visa a defesa da dignidade das pessoas concretas e tem, nessa medida, uma expressão prática na garantia a cada indivíduo de um conteúdo mínimo de solidariedade social. E, nesta perspectiva e com esse alcance, podem funcionar também as garantias típicas do Estado-de-Direito. O recurso directo aos tribunais é admissível quando estejam em causa prestações de sobrevivência ou haja lesão directa de bens constitucionalmente protegidos (cf., por exemplo, o n. 3 do artigo 66, relativo ao ambiente). Aí poderão obter indemnizações ou, pelo menos, declaração da existência do seu direito, senão a anulação do indeferimento tácito do seu requerimento (cf. art. 268, n. 3, in fine). Por outro lado, os cidadãos podem ‘provocar processos’ e invocar em juízo a inconstitucionalidade de normas que violem o conteúdo mínimo dos direitos sociais, para além dos casos de arbítrio, discriminação ou desigualdade manifesta de tratamento. Por último, os direitos sociais constitucionalmente protegidos operam como garantia de estabilidade dos direitos subjectivos resultantes da intervenção legislativa concretizadora, que desde modo*

judicial se deu na elogiável e sempre citada decisão do Supremo Tribunal Federal para a concessão de medicamentos aos aidéticos¹⁸.

Não se pode ignorar, todavia, que a tutela dos direitos sociais, diversamente dos direitos subjetivos de conteúdo líquido e certo, é limitada, de um lado, pelo que deve integrar o *mínimo existencial* e, de outro, pelas questões orçamentárias, rotuladas na expressão *reserva do possível*, que, por sua vez, como se viu, não pode ser um obstáculo intransponível à efetivação dos direitos fundamentais.

Já por *reserva da consistência* entende-se que o Judiciário, ao proceder a interpretação judicial, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição. A autocontenção judicial deve sempre ser adotada quando não for superada tal reserva de consistência, isto é, quando o magistrado não tiver argumentos jurídicos consistentes o suficiente para demonstrar a sua interferência na atividade política.

adquirem maior solidez jurídica ao nível infra-constitucional, onde voltam a funcionar em pleno as garantias da justiciabilidade. Nestes termos, podemos concluir que os preceitos relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais contêm programas de socialização que dependem, para a sua efectivação, da vontade política da comunidade – dos órgãos de direcção política, dos partidos e grupos sociais, dos cidadãos –, mas dispõem igualmente de garantias jurídicas, ainda que limitadas, que correspondem à sua qualidade essencial de direitos fundamentais constitucionais dos indivíduos” (José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. Pág. 345-6).

18. “*Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – Fornecimento gratuito de medicamentos – Dever do Poder Público (CF, arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido. O direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idóneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. – A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. – Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”* (AgRgRE n. 271.286-RS – 2ª T. – rel. Min. Celso de Mello – j. 12.09.2000 – pub. DJU 24.11.2000, vol. 101).

Assim sendo, em nível principiológico, o ativismo judicial deve imperar quando se trate de concretizar os direitos fundamentais inerentes ao que se denominou de *mínimo existencial*¹⁹ e a autocontenção prevalecer, como postura geral, em relação às atividades dos demais poderes²⁰.

Como última barreira à atuação do Poder Judiciário, impõe-se o mito do *legislador positivo*, pelo qual o juiz pode, nos moldes do pensamento iluminista, apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador negativo declarando a inconstitucionalidade de uma lei contrária à Constituição, não tendo ampla liberdade para a concretização de direitos²¹. Tal compreensão se dirigia ao Estado Liberal, quando se impunha ao agente estatal apenas *deveres negativos* (de não-fazer), não se compatibilizando com o modelo de Estado previsto na Constituição Brasileira de 1988, que requer, além das prestações negativas para a garantia dos direitos de liberdade, também *prestações positivas* inerentes à implementação de direitos fundamentais à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia²².

O pós-positivismo jurídico, ao resgatar a força normativa dos princípios constitucionais, bem como a moderna hermenêutica jurídica, que ressalta sempre o papel criativo do intérprete, reforçado pelas técnicas legislativas que cada vez mais adotam *cláusulas gerais* (como as da boa-fé e das funções sociais do contrato e da propriedade), permitem concluir que o juiz, ao atribuir sentido o texto da Constituição ou da lei, constrói a norma jurídica no caso concreto²³.

19. Sérgio Fernando Moro, apesar de não se valer da expressão *mínimo existencial*, sugere uma postura ativa da jurisdição constitucional, nos seguintes casos: “a) para proteção e promoção dos direitos necessários ao funcionamento da democracia, especificamente a liberdade de expressão, o direito à informação e os direitos de participação; b) para a proteção judicial de direitos titularizados, ainda que não de forma exaustiva, pelos pobres, considerando a pobreza como obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia; c) para o resguardo do caráter republicano da democracia, evitando-se a degeneração do processo político em processo de barganha” (*Jurisdição constitucional e democracia*. São Paulo: RT, 2004. Pág. 315.).

20. Cfr. Sérgio Fernando Moro. *Jurisdição constitucional e democracia*. Cit. Pág. 314-5.

21. “Nada me parece tão perigoso para a democracia como substituir um poder político, eleito pelo povo, por um poder técnico, que não foi concebido para legislar cujos integrantes são escolhidos por um homem só (Presidente da República). Não me oponho aqui em questão a idoneidade e o imenso saber jurídico dos Ministros do STF. O que coloco é que sua função institucional não é legislar, não são políticos e falta-lhes representatividade de um mandato outorgado pela sociedade” (Ives Gandra Martins. Poder Legislativo e Poder Judiciário? *Júris Plenum*, vol. 1, jan./2005, pág. 51).

22. Cfr. Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. 5ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2001. Pág. 861). Sobre a atual interação entre direito e política, envolvendo políticas públicas, conferir: Eduardo Appio. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

23. Na lição de Eros Roberto Grau, o “texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A sua ‘completude’ [do texto] somente é realizada quando o sentido por ele expresso é produzido, como forma de expressão pelo intérprete. Mas o ‘sentido expressado pelo texto’ já é algo novo, distinto do texto: é a norma” (A interpretação constitucional como processo. *Revista jurídica Consulex*, vol. 3. Pág. 41). Nesse sentido, explica Mauro Cappelletti, “com ou sem consciência

A sentença é, pois, o resultado da interpretação dinâmica dos fatos à luz dos valores, princípios e regras jurídicas, a ser desenvolvido pelo juiz, não seguindo uma lógica formal (produto de um raciocínio matemático ou silogístico) nem com o intuito de se criar um preceito legal casuístico e dissociado do ordenamento jurídico, mas, dentro das amplas molduras traçadas pela Constituição, permitir, mediante a valoração específica do caso concreto, à solução mais justa dentre as possíveis²⁴.

1.3.3. Desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional

A falência do positivismo jurídico, marcada pela diferenciação da norma e do preceito normativo, rompeu o método silogístico, abrindo espaço para o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

Tal movimento foi incentivado pela *constitucionalização* dos direitos materiais e processuais fundamentais, retirando dos Códigos e, portanto, do direito infraconstitucional o núcleo hermenêutico do intérprete.

do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, ‘aplicá-los’ e ‘realizá-los’ em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. Quem pretenderia comparar a execução musical de Arthur Rubinstein com a do nosso ruidoso vizinho? E, na verdade, quem poderia confundir as interpretações geniais de Rubinstein, com as também geniais, mas diversas, de Cortot, Gieseking ou de Horowitz? Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas” (Juizes legisladores? Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. Pág. 21-2). Sobre o poder criador do juiz, verificar, ainda: Carlos Cossio. Teoría de la verdad jurídica. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954. Pág. 255; Hamilton Elliot Akel. O poder judicial e a criação da norma individual. São Paulo: Saraiva, 1995. Pág. 120-7; Michele Taruffo. Il giudice e la “Rule of Law”. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1999. Pág. 931-43; Michele Taruffo. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. Rivista di diritto e procedura civile, 2001. Pág. 11-31.

24. Nas palavras de Eduardo J. Couture, a “sentencia no es, pues, la ley del caso concreto, sino la justicia del caso concreto, dictada de acuerdo con las previsiones de la ley. El juez tiene el deber de ser fiel al programa legislativo y el orden jurídico presente no tolera, por razones de política muy claras, que el juez se emancipe de las soluciones de la ley e se lance con su programa legislativo propio. El juez de la Constitución no es sino un juez que hace efectiva la ley en la justa medida en que al sistema de la Constitución corresponde. Pero ese proceso no es la aplicación matemática de un precepto, sino el desenvolvimiento de un pensamiento normativo del legislador, mediante la valoración específica de sus circunstancias” (Las garantías constitucionales del proceso civil. In: Estudios de derecho procesal civil. Tomo I. 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1978. Pág. 80).

A nova interpretação constitucional não abandonou os elementos clássicos (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas revitalizou a hermenêutica jurídica ressaltando a teoria dos princípios sobre a das regras. Isto possibilitou encontrar um meio-termo entre a *vinculação* e a *flexibilidade*²⁵, buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais. Explica-se: pela teoria das regras, prevalece a dimensão da *validez* ou *não-validez*, isto é, a partir dos critérios de solução de antinomias jurídicas (*lex superior derogat inferior*, *lex specialis derogat generalis* e *lex posterior derogat priori*) faz-se necessário decisões do tipo *tudo ou nada*. Por outro lado, valendo-se da teoria dos princípios – os quais diferentes das regras não têm a pretensão de exclusividade – é possível buscar *soluções ajustadas* às pretensões sociais legítimas, que sejam, ao mesmo tempo, sejam vinculantes e flexíveis. Assim, é possível ajustar a Lei Fundamental às circunstâncias do caso concreto, permitindo solucionar as complexas colisões entre direitos fundamentais²⁶ e, assim, levar a sério a Constituição²⁷.

Jorge Miranda, ao tratar da *função ordenadora dos princípios*, capaz de superar as concepções positivistas das fontes legais, explica que eles exercem: i) uma *ação imediata*, quando diretamente aplicáveis ou diretamente capazes de conformarem as relações político-constitucionais; ii) uma *ação mediata*, quando funcionam como: a) critérios de interpretação e integração (dando coerência geral às normas que o constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente); b) servem de elementos de construção e qualificação do sistema constitucional; c) e, finalmente, são dotados de *função prospectiva, dinamizadora e transformadora*, em razão da sua maior indeterminação ou generalidade e da força expansiva que

-
25. Conforme Jorge Miranda, “os princípios admitem ou postulam desenvolvimentos, concretizações, desinificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento” (*Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. Pág. 434).
26. “Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?” (Luís Roberto Barroso. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Cit. Nota 76).
27. Cfr. Robert Alexy. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. Trad. de Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 217. Pág. 79; Jürgen Habermas. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pág. 259; Eduardo Cambi. *Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica*. Curitiba: Juruá, 2002. Pág. 110-1.

possuem, o que permite a interpretação evolutiva, sugerindo novas formulações ou normas que melhor se coadunem com as idéias de Direito inspiradoras da Constituição²⁸.

No contexto da nova dogmática da interpretação constitucional, princípios como o da *unidade da Constituição* (pelo qual o intérprete deve considerar as normas constitucionais não como preceitos isolados e dispersos, mas sim integrados a um sistema unitário de regras e princípios, evitando, com isto, contradições entre as normas constitucionais), o do *efeito integrador* (na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social), o da *máxima efetividade* (à norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê), o da *conformidade funcional* (o intérprete não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional), o da *concordância prática ou da harmonização* (o qual procura impor à coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de modo a evitar o sacrifício – total – de uns em relação aos outros), o da *força normativa da Constituição* (pelo qual deve dar primazia às soluções hermenêuticas quem ressaltem a *eficácia ótima* da Lei Fundamental) e, ainda, o princípio das *leis conforme à Constituição* (que permite o controle de constitucionalidade das leis)²⁹.

Importante ressaltar, ainda, o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, que decorre da garantia do devido processo legal em sentido substancial (*substantive due process of law*), construído ao longo da experiência constitucional norte-americana³⁰ e alemã, incorporado pela Constituição Federal de 1988 ao ordenamento jurídico nacional, pelo qual o intérprete deve verificar: i)

28. Cfr. *Teoria do Estado e da Constituição*. Cit. Pág. 434.

29. Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. Cit. Pág. 226-230.

30. A respeito do controle judicial dos atos legislativos, como consequência, do devido processo legal, ensina F. C. de San Tiago Dantas, que “a jurisprudência não poderia considerar *law of the land* toda lei que dispusesse com caráter geral, para um grupo ou classe de indivíduos, a menos que ela preenchesse dois requisitos: 1º, que compreenda no seu âmbito todos os que se encontram ou se venham a encontrar em igual situação; 2º, que a diferenciação ou classificação feita na lei seja natural e razoável, e não arbitrária ou caprichosa (Vd. *Magrath, loc. cit.*, pág. 302). A *extensibilidade a todas as situações idênticas* é um requisito que, no fundo, prova o caráter genérico da lei. Não é *geral* a norma cujo comando carece de fungibilidade perfeita; e não lhe poderá ser, portanto, reconhecido o caráter de *due process of law* (*Sutton v. State*, 96 *Tenn.* 710; *Woodard v. Brien*, 14 *Lea, Tenn.*, 531; *State v. Burnetts*, 6 *Heisk, Tenn.*, 186; etc). No segundo requisito, o da *racionalidade da classificação*, abre-se ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa; repelindo como *um due process of law* a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar o tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos, o tribunal faz o cotejo da lei especial com as normas gerais de direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado” (Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: *Problemas de direito positivo. Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. Pág. 46).

a *adequação dos meios aos fins* (se o meio utilizado pelo legislador na obtenção do fim for infundado ou arbitrário, isto é, não proporcional às circunstâncias que o motiva e ao resultado que procura alcançar será considerado inconstitucional); ii) a *necessidade* ou a *exigibilidade* da medida, isto é, os meios utilizados para a obtenção dos fins visados devem ser *os menos onerosos possíveis*, devendo ser considerada inconstitucional a lei, por violação ao princípio da proporcionalidade, se houve, inequivocamente, *outras medidas menos lesivas*; iii) a verificação da *proporcionalidade em sentido estrito*, vale dizer, há que se proceder a uma relação de *custo-benefício* entre as *desvantagens* dos meios (prejuízos a serem causados) e às *vantagens* dos fins (resultados a serem obtidos)³¹.

Na solução de conflitos entre direitos fundamentais ou na colisão de princípios, assume grande importância operacional o valor da *dignidade da pessoa humana*. Antes mesmo de aparecer na Constituição Federal de 1988 como um alicerce do Estado Democrático de Direito, constou do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, que assim inicia: “*Considerando que o reconhecimento da **dignidade** inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem da liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum (...)*”. Por isso, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana está na base de **todos** os direitos constitucionalmente consagrados³². Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que “*a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária*”³³.

Com efeito, pode-se afirmar que o valor da dignidade da pessoa humana funciona como um *vetor-mor* da hermenêutica jurídica, podendo-se afirmar que, na dúvida entre a proteção de dois direitos fundamentais contrapostos, deve ser preservado aquele que melhor atenda a dignidade da pessoa humana³⁴.

31. Cfr. Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. Pág. 207-9.

32. Cfr. José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Cit. Pág. 102.

33. Cfr. HC 9.892-RJ – 6ª T. – rel. Min. Fontes de Alencar – j. 16.12.1999 – pub. DJU 26.03.2001, pág. 473.

34. Conforme Juarez Freitas, “*urge que a exegese promova e concretize o princípio jurídico da dignidade da pessoa, sendo como é um dos pilares supremos do nosso ordenamento, apto a funcionar como vetor-mor da compreensão superior de todos os ramos do Direito. Mais que in dubio pro libertate, princípio valioso*”

No entanto, a concretização da dignidade humana, nos casos concretos, não é uma atividade simples, em razão do conteúdo altamente abstrato deste conceito que, na medida em que se aproxima de dados reais, acaba por se tornar contingente e relativo.

Assim, não há controvérsia quando se defende, em tese, a dignidade da pessoa humana, mas quando, por exemplo, discute-se se, em determinado caso concreto, é possível a interrupção da gravidez de um feto com anencefalia, alguns defenderão, sob o argumento da tutela da dignidade humana, a vida do feto (bem indisponível e acima de qualquer outro direito contraposto), já outros, com o mesmo argumento da dignidade, em favor da gestante, argumentarão que deve ser preservada a integridade física e psíquica da mulher, evitando um sofrimento imenso e inútil, sabendo-se que a gestação é, cientificamente, inviável³⁵. Pode-se afirmar que ambas as argumentações são simultaneamente válidas; contudo, isto torna a *dignidade da pessoa humana* uma fórmula vazia, sem nenhum valor argumentativo. Para dar conteúdo ao referido valor, uma das duas interpretações deve ser considerada, necessariamente, falsa, tornando a dignidade humana um valor relativo às circunstâncias situacionais importas pelo caso concreto.

É oportuna, pois, a advertência de Arthur Kaufmann: “*Não se podem ‘aplicar’ princípios gerais de direito como se de uma receita culinária se tratasse; e não se pode neles ‘subsumir’ como se faz sob o tipo de furto. Eles são demasiado gerais para que tal seja possível. Mas tais princípios são importantes tópicos de argumentação e assumem um especial relevo, sobretudo, quando está em causa tutela das minorias e dos mais fracos. Está claro que tais princípios são tanto mais contingentes quanto mais concretamente os concebemos e raramente se poderá fundamentar uma decisão apenas em um desses princípios. Não se pode expor em abstracto a forma como operam os princípios gerais de direito na argumentação, apenas se podem dar exemplos*”³⁶.

Enfim, só o caso concreto tornará possível, pela argumentação jurídica, dizer o que deve ser entendido por dignidade humana e qual será o seu conteúdo e signifi-

nas relações do cidadão perante o Poder Público, faz-se irretorquível o mandamento humanizante segundo o qual em favor da dignidade, não deve haver dúvida” (O intérprete e o poder de dar vida à Constituição. *Revista da faculdade de direito da UFPR*, vol. 23 (2000), pág. 71). Ainda, no plano da jurisprudência, vale salientar as palavras do Des. Accácio Cambi: “(...) é correto dizer que, na dúvida entre a proteção de dois direitos fundamentais contrapostos, deve ser preservado aquele que mais atenda ao princípio da dignidade da pessoa humana” (TJ/PR – Ap. Civ. n. 124.094-6 – 7ª Câm. Civ. – Ac. n. 504 – j. 09.09.2002 – pub. DJPR 23.09.2002, pág. 6213).

35. Cfr. STF – APF n. 54.

36. Cfr. *Filosofia do Direito*. Trad. de António Ulisses Cortês. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004. Pág. 272-3.

cado na resolução do conflito entre direitos contrapostos. É, portanto, no processo judicial que a atividade das partes e do juiz assumirá tal papel de concretização dos princípios constitucionais e do valor jurídico da dignidade humana.

2. NEOPROCESSUALISMO

2.1. Constituição e Processo

A Constituição, como demonstrado no tópico anterior, é o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídicas, assumindo um caráter fundamental na construção do *neoprocessualismo*.

A Constituição brasileira de 1988 ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou *constitucional* os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais (fenômeno da *constitucionalização do direito infraconstitucional*).

Deste modo, alterou-se, radicalmente, o modo de construção (exegese) da norma jurídica. Antes da constitucionalização do direito privado, como a Constituição não passava de uma Carta Política, destituída de *força normativa*, a lei e os Códigos se colocavam no centro do sistema jurídico.

A necessidade de legislação escrita, como uma decorrência de segurança jurídica encontrou seu ápice no século XIX. Foi exigência do iluminismo a sistematização racional do Direito, em um ordenamento dotado de unidade, coerência e hierarquia. A codificação serviu para tornar o ordenamento jurídico claro, harmônico e ordenado, mediante a previsão de princípios gerais que informassem todo o corpo legislativo, evitando contradições, simplificando o conhecimento do Direito e possibilitando a sua melhor aplicação e controle³⁷. Em torno ao *Code Napoléon*, formou-se a Escola da Exegese, que erigiu este Código como sendo a única fonte do Direito Civil, reduzindo o trabalho exegético à explicação literal dos textos legais (*dura lex sed lex*)³⁸. Houve, com efeito, uma tentativa de manipular ideologicamente o Direito, com o fundamento de que a lei seria a tradução da vontade geral e do bem comum. Essa manipulação ideológica partiu da burguesia que, pretendendo a manutenção do *status quo*, visou ocultar o conflito de classes e de interesses, difundindo a idéia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso

37. Cfr. Erouths Cortiano Júnior. O direito de família no Projeto do Código Civil. Monografia apresentada na disciplina de Novas Tendências do Direito Civil, ministrada, em 1998, pelo Prof. Dr. Eduardo de Oliveira Leite, no Curso de Doutorado em Direito das Relações Sociais da UFPR.

38. Cfr. Caio Mário da Silva Pereira. Código Napoleão. *Revista de Direito Civil*, vol. 51. Pág. 13.

e felicidade geral³⁹. Tratava-se, também, de uma reação ao *ancien régime*, pois a codificação visava prevenir o arbítrio estatal contra possíveis inovações judiciais. O juiz, portanto, deveria ser neutro aos interesses em jogo e aos valores plasmados no Código, sendo considerado simplesmente como sendo *la bouche de la loi* (a boca da lei). A sentença deveria subsumir-se, direta e automaticamente, à lei para que, desta forma, ficasse mais fácil controlar a atividade jurisdicional.

No entanto, neutralidade da lei e da jurisdição se justificam na identificação da “lei” com a “vontade geral” e, portanto, na “lei” com sinônimo de “direito”. A premissa da lei geral e abstrata, desenvolvida pelo Estado Liberal, propunha que todos os homens são livres e iguais, bem como são dotados das mesmas necessidades. Tal concepção, ao afirmar que todos são iguais perante a lei, pretendia acabar com os privilégios existentes no *ancien régime* e teve a sua importância histórica. Porém, não se sustenta, na medida em que ignora as diferenças entre as pessoas e, assim, assegura a liberdade somente àqueles que têm condições materiais mínimas de usufruir uma vida digna. A vontade geral da burguesia que ocupava o Parlamento, no século XIX, e se expressava na lei perdeu o caráter genérico e abstrato. A lei, no Estado Contemporâneo, é resultado de ajustes legislativos marcados pela vontade dos *lobbys* e dos grupos de pressão. O fracasso da soberania do Parlamento e da concepção da lei como vontade geral sepultaram o positivismo jurídico clássico centrado na identificação da lei como expressão do direito.

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição⁴⁰, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos

39. Aliás, a preocupação com a ideologia está inserida na própria noção de Direito, vez que, etimologicamente, a palavra “Direito” traduz, no senso comum, a idéia daquilo que se dirige para o caminho do bem, como algo essencialmente bom e justo; assim sendo, a imagem ideológica do Direito exclui os privilégios, o direito injusto e as leis titânicas que, quando ocorrem, constituem algo excepcional, que não compromete a essência ética universal da juridicidade. Cfr. Luiz Fernando Coelho. *Uma teoria crítica do Direito. Estudo em homenagem a Luiz Legaz y Lacambra*. Curitiba: Bonijuris, 1993. Pág. 18-9.

40. O fenômeno da constitucionalização dos direitos e, conseqüentemente, da sua *descodificação* foi bem asseverado, entre outros, por Pietro Perlingieri: “*O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional. Falar de descodificação relativamente ao Código vigente não implica absolutamente a perda do fundamento unitário do ordenamento, de modo a propor a sua fragmentação em diversos microordenamentos e em diversos micro-sistemas, com ausência de um desenho global. Desenho que, se não aparece no plano legislativo, deve ser identificado no constante e tenaz trabalho do intérprete, orientado a detectar os princípios constantes na legislação chamada especial, reconduzindo-os à unidade, mesmo do ponto de vista da sua legitimidade. O respeito aos valores e aos princípios fundamentais da República representa a passagem essencial para estabelecer uma correta e rigorosa relação entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre poder econômico e os direitos dos marginalizados, dos mais desfavorecidos*” (*Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 1997. Pág. 6).

direitos fundamentais. A função dos juízes, pois, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei⁴¹ e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da *judicial review* desenvolvida historicamente em 1803 no caso *Marbury v. Madison*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos⁴².

A supremacia da Constituição sobre a lei e a repulsa à neutralidade da lei e da jurisdição encontram, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal um importante alicerce teórico. Ao se incluir no rol do artigo 5º da CF a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito, consagrou-se não apenas a garantia de inafastabilidade da jurisdição (acesso à justiça), mas um verdadeiro direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa)⁴³.

2.2. Direito fundamental à ordem jurídica justa, direito fundamental ao processo justo e a visão publicística do processo

O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, significa o direito à ordem jurídica justa⁴⁴. Assim, a designação *acesso à justiça* não se limita apenas à mera *admissão ao processo* ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do *acesso à ordem jurídica justa*, que abrange: i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

41. "Como função da soberania, a jurisdição tem a mesma extensão dela. Mas, pois que a jurisdição é atuação de lei, não pode haver **sujeição à jurisdição** senão onde pode haver **sujeição à lei**; e, vice-versa, **em regra**, onde há **sujeição à lei**, aí há **sujeição à jurisdição**" (Giuseppe Chiovenda. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1943. Pág. 55).

42. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: RT, 2005. Pág. 13-66.

43. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: RT, 1997. Pág. 20; Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória*. São Paulo: RT, 1998. Pág. 391. Nota 31; José Rogério Cruz e Tucci. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: RT, 1999. Pág. 237.

44. Cfr. Kazuo Watanabe. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988. Pág. 135.

Por isso, para a noção de acesso à ordem jurídica justa converge o conjunto das garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual⁴⁵, o qual se insere no denominado *direito fundamental ao processo justo*.

Este direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões etc. Desse modo, pode-se afirmar que *o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada*⁴⁶.

É importante frisar o fenômeno da *constitucionalização* dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da *descodificação*), ressalta o caráter publicístico do processo.

Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social⁴⁷. O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc⁴⁸.

45. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria geral do processo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 1997. Pág. 34.

46. Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo. *Lezioni sul processo civile*. Bolonia: Il Mulino, 1995. Pág. 62. Segundo Eduardo Couture, o processo “*debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo sólo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma*” (Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho procesal civil. Tomo I*. Cit. Pág. 23).

47. Cfr. José Carlos Barbosa Moreira. Dimensiones sociales del proceso civil. In: *Temas de derecho procesal. 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989. Pág. 26.

48. Cfr. Cândido Rangel Dinamarco. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. Pág.

Desse modo, os fins públicos buscados pelo processo, como instrumento democrático do poder jurisdicional, transcendem os interesses individuais das partes na solução do litígio. Esta visão publicística, imposta pela constitucionalização dos direitos e garantias processuais (neoprocessualismo), não se esgota na sujeição das partes ao processo.

2.3. Direito fundamental à tutela jurisdicional, instrumentalidade do processo e a construção de técnicas processuais adequadas à realização dos direitos materiais

A percepção de que a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é um direito fundamental (art. 5º, inc. XXXV, CF)⁴⁹ vincula o legislador, o administrador e o juiz isto porque os direitos fundamentais possuem uma *dimensão objetiva*, ou seja, constituem um *conjunto de valores objetivos básicos e fins diretos da ação positiva do Estado*⁵⁰.

Assim, é possível quebrar a clássica dicotomia entre direito e processo (*substance-procedure*)⁵¹, passando-se a falar em *instrumentalidade do processo* e em *técnicas processuais*.

A instrumentalidade do processo, como explica Cândido Rangel Dinamarco, tem aspectos negativos e positivos⁵². Sob o viés negativo, a instrumentalidade pretende combater o *formalismo* (isto é, sem tornar o processo um conjunto de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuciosa em detrimento da mais incauta), capaz de menosprezar o caráter instrumental (como bem sentiu o legislador ao adotar a fungibilidade entre tutela cautelar e antecipada, no parágrafo 7º, do art. 273 do CPC), mas, ao mesmo tempo, sem cair em um *alternativismo* destrambelhado, capaz de produzir a insegurança jurídica. Por exemplo, a tese da relativização da coisa julgada material merece ser acolhida para se tutelar os direitos da personalidade do filho que, com a chegada do DNA, pretende a descoberta da verdade científica a respeito de seu suposto pai, mas não deve ser estendida

51, nota 17.

49. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Genesis – Revista de Direito Processual Civil*, vol. 28. Pág. 304-5.

50. Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. Pág. 140.

51. Cfr., entre outros: Cândido Rangel Dinamarco. *Direito e processo. Fundamentos do processo civil moderno*. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2000; José Roberto dos Santos Bedaque. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

52. Cfr. *A instrumentalidade do processo*. Cit. Pág. 267-303.

de forma desmensurada a gerar a instabilidade jurídico-social⁵³. Sob o aspecto positivo, o processo deve ser apto a produzir todos os seus escopos institucionais (jurídicos-políticos-sociais), em quatro campos fundamentais: a) a admissão em juízo (envolvendo temas como o Juizado Especial Cível, a efetiva ampliação das defensorias públicas e a consolidação do papel do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos); b) o modo-de-ser do processo (abrangendo a dinâmica relação entre as partes, entre elas e o juiz, bem como entre o juiz e o processo; a plenitude e a restrição das garantias processuais, dentro do contexto do princípio da proporcionalidade; a elaboração de procedimentos diferenciados à tutela dos direitos materiais etc); c) a justiça das decisões (seja pela utilização de um procedimento válido e justo para se chegar a decisão, seja pela reconstrução fiel dos fatos relevantes para a causa, seja ainda pela adequada interpretação das regras e princípios aplicáveis ao caso concreto); d) a efetividade das decisões (envolvendo temas como a melhor distribuição do *onus do tempo do processo* entre as partes, a ampliação das sentenças mandamentais e executivas lato sensu, a concretização dos provimentos urgentes baseados em cognição sumária, o abandono da rígida separação entre cognição e execução, a desmitificação da verdade processual “obtida” formalmente com a coisa julgada etc).

O grande desafio do legislador e do juiz, na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva é a construção de técnicas processuais capazes de tutelarem os direitos materiais.

No âmbito do processo civil, a depender do bem jurídico lesado, nem tudo deve ser solucionado por intermédio do processo, mas aquilo que depender da técnica processual deve ser resolvido de modo adequado.

Por isto, a adoção do procedimento ordinário, prevista no Código de Processo Civil, deve ser a exceção, não a regra, e ser utilizado tão somente quando não houver, no ordenamento jurídico, outros instrumentos processuais mais adequados à realização do direito material.

O princípio da adequação do procedimento à causa assume grande relevância, na medida que o legislador, atendo às necessidades do direito material, permite uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva. O procedimento do mandado de segurança, permitindo apenas provas pré-constituídas, é um bom exemplo de

53. Cfr. Cândido Rangel Dinamarco. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de processo*, vol. 109, pág. 9-38; Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: RT, 2003; Eduardo Cambi. Coisa julgada e cognição secundum eventum probationis. *Revista de processo*, vol. 109, pág. 71-96; Eduardo Talamini. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

como um procedimento diferenciado pode contribuir com a tutela célere dos direitos.

Não se pode ignorar que, em sua gênese, o processo civil estava ligado ao direito civil e, por isto, seus institutos sempre estiveram voltados muito mais à tutela do patrimônio do que de qualquer outro bem jurídico. Entretanto, o processo civil não se aplica somente ao direito privado e, ainda que assim fosse, não se ignora que o próprio direito civil se alterou nos dois últimos séculos, distanciando-se das matrizes liberais que marcaram o Código de Napoleão, para assumir contornos publicísticos, aumentando a interferência do Estado-juiz nas relações outrora reservadas apenas aos entes privados.

O Código de Processo Civil foi pensado para a tutela dos interesses individuais (*direitos subjetivos*), sobretudo os de caráter patrimonial. A titularidade do direito subjetivo, irradiada no ordenamento processual pelo *princípio dispositivo* (pelo qual a *sorte do processo* está, em certa medida, entregue à *vontade das partes*), projetou o caráter eminentemente *individualista* do CPC. Esta compreensão está expressa, por exemplo, em regras como as dos artigos 6º (sobre a legitimação ordinária) e 472 (sobre os limites subjetivos da coisa julgada material), cabendo ao titular do direito subjetivo o poder de fruir ou não dele, ou dele desistir, transacionar etc, não podendo os efeitos da decisão ultrapassar a pessoa dos litigantes⁵⁴.

Assim, institutos como o da legitimidade *ad causam*, a prova, a sentença e a coisa julgada, porque moldados sob o paradigma do Estado Liberal Clássico, impossibilitavam que a sociedade civil organizada e os órgãos públicos de defesa dos interesses coletivos pudessem levar e ver tutelados pelo Judiciário tais direitos de caráter transindividual⁵⁵. Com efeito, esses institutos não acompanharam a passagem do Estado Liberal para o de Bem-Estar Social.

54. Cfr. Arruda Alvim. Ação civil pública – sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 76; Ronaldo Porto Macedo Júnior. Ação civil pública, o direito social e os princípios. In: *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2005. Pág. 560.

55. Nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, a “*concepção tradicional do processo civil não deixa espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares*” (*Acesso à justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. Pág. 50).

Três fatores acentuaram uma *nova era de direitos*, a partir de meados do século passado⁵⁶: i) aumentaram os *bens* merecedores de tutela (as meras *liberdades negativas*, de religião, opinião, imprensa etc, deram lugar aos direitos *sociais e econômicos*, a exigir uma *intervenção positiva* do Estado); ii) surgiram outros *sujeitos de direitos*, além do indivíduo (singular), como a família, as minorias étnicas e religiosas e toda a humanidade em seu conjunto; iii) o próprio homem deixou de ser considerado *em abstracto*, para ser visto na *concretude* das relações sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (sexo, idade, condições físicas etc), passando a tratado especificamente como homem, mulher, homossexual, criança, idoso, deficiente físico, consumidor etc.

Fatores como a circunstância do Código Civil ter deixado de ser o centro do ordenamento jurídico, o surgimento dos microssistemas (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código do Consumidor, Estatuto do Idoso etc), o fenômeno da constitucionalização dos direitos materiais e processuais fundamentais, a crescente adoção da técnica legislativa das cláusulas gerais e o aumento dos poderes do juiz explicam o surgimento do neoprocessualismo.

Com o sepultamento do modelo liberal de direito, de cunho eminentemente patrimonial, passando o Estado, por imposição constitucional, a tutelar bens jurídicos de caráter extrapatrimonial (direitos da personalidade, direitos do consumidor, direito ao meio ambiente saudável etc) os conceitos e institutos processuais clássicos precisaram ser revistos.

A descrença de que, pelo direito, se poderia obter a verdade, herança do pensamento iluminista, permitiu a construção de técnicas cognitivas diferenciadas. A visualização do tempo, como um ônus, a ser distribuído, de forma isonômica, entre as partes, contribuiu para adiantar (para antes da sentença e do seu trânsito em julgado) à adequada e mais rápida tutela jurisdicional.

A tutela antecipada, por isto, representa uma grande revolução conceitual na estrutura do processo civil clássico, porque, em nome de uma técnica processual mais adequada a realização dos direitos substanciais, quebra-se o mito do juiz que simplesmente servia para, após tomar amplo conhecimento dos fatos, revelar a verdade, pela intermediação dos acontecimentos com a lei.

Conhecer e Executar (efetivar) passou a ser duas necessidades contemporâneas à concretização da tutela jurisdicional, superando-se o princípio liberal da *nulla executio sine titulo*. Com efeito, a sentença condenatória e o meio de execução

56. Cfr. Norberto Bobbio. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

por sub-rogação (execução forçada), que eram a regra no Código de Processo Civil, voltada somente para a tutela ressarcitória, mostraram-se extremamente ineficientes, pois, a distribuição do ônus do tempo do processo implicou a necessidade de se assumir alguns riscos, sem os quais sempre o autor pagaria o preço da morosidade processual e direitos de caráter não-patrimonial não poderiam ser adequadamente protegidos.

A aproximação da cognição à execução fez ruir a estrutura da classificação trinária das sentenças, a qual, destituindo o juiz de poder de efetivar a decisão, impossibilitava a efetiva tutela jurisdicional, sobretudo quando se pretendia evitar a lesão a bens jurídicos não patrimoniais, os quais, para serem adequadamente protegidos, não poderiam ser sempre convertidos em perdas e danos.

Logo, eram necessárias técnicas preventivas demandando, inclusive, a técnica da tutela inibitória *atípica* a evitar que a ilicitude ocorresse ou continuasse a ocorrer, considerando que a prevenção, nestas hipótese, é mais importante que a reparação. Por exemplo, se um medicamento nocivo à saúde do consumidor (que, por hipótese, possa gerar câncer) seja colocado no mercado, mais importante que buscar a proteção pecuniária ao consumidor doente é evitar que o produto seja vendido⁵⁷.

Sistematicamente, pode-se afirmar que a natureza da tutela jurisdicional a ser prestada vai depender do exame da *causa de pedir* revelada pela situação concreta: se ocorreu o dano, a tutela será *ressarcitória*, mas se o escopo é remover o ilícito ou mesmo inibir a prática de novos ilícitos, as tutelas serão de remoção do ilícito e inibitória.

Com as técnicas processuais previstas nos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor, os meios de coerção indireta (quando é necessário contar com a vontade do obrigado) e direta (quando a vontade do obrigado é irrelevante), atrelados às técnicas das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, permitiram que, em um só processo, fossem realizados todos os atos necessários à efetivação da tutela jurisdicional. Com isto, o meio de execução por sub-rogação adequado somente à tutela ressarcitória,

57. A tutela inibitória assume grande importância, porque está voltada a conservar a integralidade do ordenamento jurídico, na medida em que *há direitos que não podem ser tutelados adequadamente através da tutela ressarcitória* (conversão da obrigação em perdas e danos), além de *ser melhor prevenir que ressarcir*. Isto ocorre, p. ex., na concorrência desleal (pretende-se que o concorrente não faça algo nocivo, não se quer a reparação dos danos), na proteção da propriedade imaterial (quer-se, preferencialmente, que não seja divulgado o segredo industrial, não os danos dali advindos), na tutela do meio ambiente e também do consumidor (p. ex., venda de bens nocivos à saúde). Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. Pág. 249 e seg.

quando se fazia a conversão da obrigação em perdas e danos, deixou de ser meio executivo mais adequado para a realização de outras obrigações (de fazer, não-fazer e entregar) ligadas aos direitos não-patrimoniais.

O parágrafo 5º do artigo 461 do CPC, destarte, adotou o princípio da atipicidade dos meios executivos, mediante a cláusula geral, “meios necessários”, possibilitando que o juiz, no caso concreto, opte pelo meio executivo mais adequado à realização do direito material.

Tal poder, contudo, não deve ser utilizado arbitrariamente, devendo ser controlado pelas partes, à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, é de se indagar: i) o meio executivo é *adequado* (compatibiliza-se com o ordenamento jurídico): por exemplo, a prisão civil, por força do artigo 5º, inc. LXVII, da CF, não pode ser estendida além do devedor de alimentos e do depositário infiel; ii) o meio executivo deve ser *necessário*: deve-se indagar se existe outro meio menos oneroso ao executado: por exemplo, entre aplicar a multa diária e fechar o estabelecimento do executado, criando desemprego e extinguindo uma fonte de tributos, sendo aquela medida capaz de se chegar ao fim pretendido, esta não pode ser aplicada; iii) as vantagens da adoção do meio executivo devem ser superiores às desvantagens: por exemplo, quando se concede a tutela antecipada, em favor de incapaz, cujo pai foi vítima de acidente de trânsito, para lhe assegurar o imediato pagamento de alimentos decorrentes de ato ilícito, a ser descontado na folha de pagamento da empresa, sob pena de multa, está se tutelando a sobrevivência digna da criança ou do adolescente desamparado, em detrimento da redução do patrimônio do demandado, com o risco de, na impossibilidade de se exigir caução, gerar prejuízos ao executado⁵⁸.

A possibilidade de o juiz concretizar a cláusula geral – “meios necessários” – contida no artigo 461, par. 5º, do CPC faz com que restem superados os princípios da congruência entre o pedido e a sentença (arts. 128 e 461 do CPC)⁵⁹, permitindo

58. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de processo*, vol. 127. Pág. 54-74.

59. O princípio da congruência entre o pedido e a sentença é um corolário do princípio da imparcialidade do juiz constituindo um limite à sua atuação. Contudo, tal limitação não é absoluta nem deve ser um obstáculo à realização da justiça da decisão. O artigo 461, par. 5º, do CPC está inserido em um conjunto de regras de ordem pública que mitigam o princípio dispositivo no processo civil e que encontram vários outros exemplos no ordenamento jurídico (v.g., o art. 267, par. 3º, do CPC), possibilitando que o magistrado, de ofício, aplique o direito ao caso concreto. A jurisprudência também tem dado interpretações interessantes a outras regras, atribuindo-lhes o caráter de matérias de ordem pública e, assim, mitigando o princípio da congruência. Dois exemplos: i) Interpretando o artigo 7º da Lei nº 8.560-1992 (“Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”), o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem afirmado que, em ações de investigação de paternidade, o juiz pode fixar alimentos, independentemente de pedido expresso, sem com isto haver jul-

que o juiz, mesmo sem pedido expresso das partes, aplique o meio necessário à efetividade da tutela jurisdicional, bem como a regra do artigo 471 do CPC, ensejando a possibilidade de o magistrado, mesmo após ter proferido a sentença, modificar o meio executivo para que a tutela jurisdicional se efetive (p. ex., reduzindo ou majorando o valor da multa; substituindo a multa pelo impedimento da atividade nociva etc).

A Emenda Constitucional 45/2004, ao introduzir o direito fundamental à razoável duração do processo a todos, no âmbito judicial e administrativo, e assegurar os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Art. 5º, inc. LXXVIII, CF) veio a ressaltar a necessidade de construção de outras técnicas processuais capazes de reformular conceitos e institutos clássicos do direito processual⁶⁰.

A efetivação do direito fundamental à celeridade processual exige a adoção de técnicas como a introduzidas no artigo 273, par. 6º, do Código de Processo Civil, a qual evidencia, pela melhor distribuição do ônus do tempo do processo, a possibilidade de cisão do processo em decisões autônomas a possibilitar, inclusive, a decisão definitiva (com força de coisa julgada material), apesar de parcela da demanda exigir a continuidade do processo.

O art. 273, par. 6º, do CPC, ao permitir a concessão da tutela antecipada quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso consagra o direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional, na medida em que permite que o pedido que está *maduro* para julgamento (não depende da produção de provas para ser esclarecido) seja realizado primeiro, quebrando o princípio da unicidade do julgamento⁶¹.

Por exemplo, é possível a concessão da tutela antecipada, quanto a um ou mais de um dos pedidos cumulados forem incontroversos. Logo, se o autor da

gamento extra petita: “*Apelação. Investigação de Paternidade. Alimentos. Fixação independentemente de pedido. Possibilidade. Em ações de investigação de paternidade julgadas procedentes, a fixação de alimentos é de rigor e pode ser feita independentemente de pedido expresso na inicial, sem que isso represente julgamento extra petita. Inteligência do art. 7º da Lei n.º 8.560/92. Precedentes jurisprudenciais (26ª conclusão do Centro de Estudos). Apelo desprovido. Em monocrática*” (Apelação Cível nº 70011116068 – 8ª Câmara Cível – rel. Des. Rui Portanova – j. em 01/04/2005); ii) interpretando o artigo 1º da Lei 8.078/90 (CDC), que prevê “*normas de ordem pública e interesse social*”, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná considerou inaplicável o artigo 302 do CPC, que trata da presunção de veracidade imposta pela revelia, ao consumidor, considerando que o “*ônus da impugnação específica do réu (art. 302/CPC), inerente ao princípio dispositivo, cede espaço para que o Estado-Juiz, rompida a inércia jurisdicional, analise as cláusulas contratuais de acordo com as normas de ordem pública protetivas do consumidor, evitando que o fornecedor que descumpra a Lei 8.078/90 seja beneficiado pela negligência da defesa*” (Ap. Cív. n. 127.821-5 – 7ª C.C. – rel. Des. Accácio Cambi – unân. – j. 16.09.2002).

60. Cfr. Teresa Arruda Alvim Wambier e outros. *Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

61. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Cit. Pág. 141-4.

demanda é vítima de *acidente de consumo* (v.g., desabamento de uma casa, pela falta de consistência dos cálculos do engenheiro) e pede que o demandado seja condenado ao pagamento de danos emergentes e de lucros cessantes, tendo o réu reconhecido o defeito no serviço, contestando apenas a existência dos lucros cessantes, deve-se reconhecer, imediatamente, os danos emergentes, cuja prova se fez documentalmente (p. ex., mediante a apresentação de três orçamentos de construtoras diferentes), fica apenas o reconhecimento do dano moral na dependência da realização da prova testemunhal e pericial.

Do mesmo modo, tendo o demandante (instituição bancária) pedido que o demandado (mutuário) seja condenado a pagar R\$ 100.000,00 (cem mil reais), e este reconhecido a dívida, mas afirmado dever apenas R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), o reconhecimento parcial do pedido impõe, em nome do direito fundamental à celeridade processual, a concessão de tutela antecipada, com cognição exauriente, dos R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) não controvertidos.

Portanto, a técnica introduzida no artigo 273, par. 6º, do CPC abre-se a possibilidade de uma nova espécie de tutela antecipada que está desvinculada da alegação de *perigo* (art. 273, inc. I: receio de dano irreparável ou de difícil reparação) e não está baseada em cognição sumária, mas em cognição definitiva. Supera-se, destarte, o princípio da unidade e da unicidade do julgamento, que havia sido formulado por Giuseppe Chiovenda com fundamento na sua preocupação com a *oralidade* no processo e os seus desdobramentos (concentração dos atos processuais, imediatidade do contato entre o juiz com as partes e com as testemunhas, além da identidade física do juiz do começo ao fim do processo), os quais, na prática tanto brasileira quanto italiana, não resultaram na maior celeridade processual. Assim sendo, a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional célere e a realidade forense implicou a necessidade de *cisão* do julgamento do mérito, ao contrário do que propugnava o modelo processual clássico⁶².

A questão do tempo no processo, como direito fundamental, a partir da exegese do artigo 5º, inc. XXXV, da CF, ou do expresso reconhecimento pelo artigo 5º, LXXVIII, da CF, assume grande importância no processo penal, já que neste, nas hipóteses de prisão preventiva, o demandado (acusado) responde o processo preso, sendo esta prisão uma antecipação das consequências sancionatórias, caso o réu venha a ser condenado.

Um dos intrigantes aspectos deste complexo problema é a manutenção da prisão provisória, depois da sentença de pronúncia, que, verificando a existência de

62. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. Cit. Pág. 141-4.

indícios de autoria (art. 408/CPP) e a prova da materialidade, remete o acusado ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, letra “d”, CF). Confrontando o prisão cautelar, com o direito fundamental à presunção de inocência (art. 5º, inc. LVII, CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 21, pela qual: “Pronunciado o réu fica superada a alegação de constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução”.

Este enunciado tem sofrido várias críticas, intensificadas a partir da previsão constitucional da garantia do tempo razoável (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF), na medida em que não há limitação temporal para que o acusado pronunciado aguarde, preso, o julgamento pelo Tribunal do Júri.

A questão jurídica foi recentemente analisada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o *Habeas Corpus* n. 41.182-SP, impetrado pelos irmãos Cravinhos, que, juntamente com Suzane Richthofen, assassinaram, em 31 de outubro de 2002, o casal Manfred e Marisia von Richthofen.

Não obstante sejam réus confessos, o Tribunal Superior, em decisão polêmica, considerou que não prevalecia os fundamentos da prisão provisória, ainda que tenha o caso causado enorme clamor público, porque considerou que os acusados não foram julgados em tempo razoável, devendo aguardar a realização do Júri em liberdade⁶³.

A referida decisão abre um precedente importante contra a Súmula 21/STJ e torna urgente a necessidade de aperfeiçoamento do procedimento dos crimes da competência do Tribunal do Júri.

Resgata-se, destarte, o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (2002), que prevê um novo procedimento do júri, com uma fase preliminar contraditória (antes do recebimento da denúncia), em que o juiz ouvirá testemunhas (até cinco de cada parte), interrogará o acusado, determinará diligências e em

63. “Prisão preventiva. Pronúncia. Fundamentação (falta). 1. A preventiva e a oriunda de pronúncia são espécies de prisão provisória; delas se exige venham sempre fundamentadas. Ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. 2. A superveniência de pronúncia não atrapalha o raciocínio relativo à preventiva sem efetiva fundamentação. Quando existente a ilegalidade, vai à frente – protraí no tempo. 3. Gravidade e circunstâncias do fato criminoso (clamor público), bem como a proteção à integridade física dos acusados, não justificam, por si sós, prisão de natureza provisória. 4. Caso de falta de precisa fundamentação, tanto em relação à preventiva quanto à resultante da pronúncia. 5. Caso, também, em que não mais se justifica, pelo excesso de tempo, prisão de cunho provisório. 6. Habeas corpus deferido para se revogar a prisão” (HC 41.182-SP – 6ª T. – rel. Min. Nilson Naves – j. 28.06.2005 – pub. DJU 05.09.2005, pág. 495).

seguida decidirá sobre a admissibilidade (ou não) da peça acusatória. Caso o juízo de admissibilidade da acusação seja positivo, o acusado é imediatamente levado à julgamento pelo Tribunal do Júri, o que abrevia o processo, evitando maiores influências sobre o jurado e extinguindo o libelo, peça repetitiva e inútil⁶⁴.

Além disso, o Projeto de Reforma do Código de Processo Penal amplia a possibilidade de *desaforamento*, que poderá ser determinado em virtude de excesso de trabalho na comarca⁶⁵. Assim, caso o julgamento não for realizado no prazo de seis meses, contados da preclusão (do trânsito em julgado) da decisão de pronúncia, pode o acusado pedir o desaforamento para comarca mais próxima, onde não haja impedimento. Ademais, mesmo não havendo excesso de trabalho, se o acusado não seja julgado no prazo acima assinalado, pode requerer ao Tribunal que determine sua imediata realização.

Tal técnica processual pretende ser um meio voltado a assegurar a garantia fundamental do processo em tempo razoável (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), permitindo que o acusado seja julgado no menor tempo devido e, com isto, encurtando o tempo da prisão provisória. Com isto, será possível sintonizar a súmula 21 do STJ com o direito fundamental à tutela jurisdicional célere, adequada e eficaz, evitando também que acusados propensos à prática criminosa fiquem anos aguardando, em liberdade, até serem julgados pelo Tribunal do Júri, o que, além de poder representar concreta ameaça à sociedade, torna sempre mais difícil a sua responsabilização penal. A realização de um julgamento de um acusado de homicídio qualificado, por exemplo, vários anos depois da morte da vítima é fator de descrédito na Justiça, na medida em que propaga na comunidade o sentimento de impunidade.

2.4. Instrumentalidade e garantismo

O grande desafio do neoprocessualismo, imposto pela constitucionalização das garantias processuais fundamentais, é conciliar a instrumentalidade do processo, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais (arts. 5º, inc. XXXV e LXXVIII), com o garantismo.

Em outras palavras, a instrumentalidade do processo, relativizando o binômio *substance-procedure*, permite a construção de técnicas processuais efetivas,

64. Cfr. Luiz Flávio Gomes. Caso Richthofen e a reforma do Tribunal do Júri. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 874, 24 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7622>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

65. Cfr. Luiz Flávio Gomes. Caso Richthofen e a reforma do Tribunal do Júri. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 874, 24 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7622>>. Acesso em: 24 nov. 2005.

rápidas e adequadas à realização do direito processual. Este viés metodológico do neoprocessualismo, contudo, precisa ser compatibilizado com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado, no processo civil, e do acusado, no processo penal, que estão na essência do garantismo⁶⁶.

Aliás, o garantismo, como explica Luigi Ferrajoli, está sustentado em três pilares: o Estado de Direito (com seus níveis de normas e de deslegitimação), a teoria do direito e a crítica do direito, e, por último, a filosofia do direito e a crítica da política⁶⁷. O garantismo pretende ser o aporte teórico da democracia, em sentido substancial, que, conforme a formulação de Norberto Bobbio analisada no item 1.3.2 (acima), só se realiza com o respeito aos direitos fundamentais. Com efeito, a teoria do garantismo não se aplica exclusivamente ao direito penal⁶⁸, atingindo todos os ramos do direito e, por isto, influenciando a construção do neoprocessualismo.

O moderno processo penal, como explica Aury Lopes Jr., está assentado tanto na *instrumentalidade* quanto no *garantismo*⁶⁹. Esses dois pilares permitem assegurar as duas funções do Direito Penal, isto é, torna, de um lado, viável a realização

66. Conforme a bem elaborada síntese de Aury Lopes Jr.: “É importante destacar que o *garantismo* não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo. Consiste na tutela dos direitos fundamentais, os quais – da vida à liberdade pessoal, das liberdades civis e políticas às expectativas sociais de subsistência, dos direitos individuais aos coletivos – representam os valores, os bens e os interesses, materiais e prepolíticos, que fundam e justificam a existência daqueles *artifícios* – como chamou Hobbes – que são o Direito e o Estado, cujo desfrute por parte de todos constitui a base substancial da democracia. Dessa afirmação de Ferrajoli é possível extrair um imperativo básico: o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais” (A instrumentalidade garantista do processo penal. Disponível em: <<http://www.aurylopes.com>>. Acesso em: 24 nov. 2005.).

67. Cfr. *Derecho e razón. Teoría del garantismo penal*. Madri: Editorial Trotta, 2001. Pág. 851 e seg.

68. Nas palavras de Luigi Ferrajoli, as “*tres acepciones de ‘garantismo’ (...)* [referidas no início do parágrafo] *tienen a mi juicio un alcance teórico y filosófico general que merece ser explicado. Delinean, efectivamente, los elementos de una teoría general del galantismo: el carácter vinculado del poder público en el estado de derecho; la divergencia entre validez y vigencia producida por los desniveles de normas y un cierto grado irreductible de ilegitimidad jurídica de las actividades normativas de nivel inferior; la distinción entre punto de vista externo (o ético-político) y punto de vista interno (o jurídico) y la correspondiente divergencia entre justicia y validez; la autonomía y la precedencia del primero y un cierto grado irreductible de ilegitimidad política de las instituciones vigentes con respecto a él. Estos elementos no valen sólo en derecho penal, sino también en los otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otros sectores del ordenamiento. Por consiguiente es también posible elaborar para ellos, con referencia a otros derechos fundamentales y a otras técnicas o criterios de legitimación, modelos de justicia y modelos garantistas de legalidad – de derecho civil, administrativo, constitucional, internacional, laboral – estructuralmente análogos al penal aquí elaborado. Y también para ellos las aludidas categorías, en las que se expresa el planteamiento garantista, representan instrumentos esenciales para el análisis científico y para la crítica interna y externa de las antinomias y de las lacunas – jurídicas y políticas – que permiten poner de manifiesto*” (Op. Cit. Pág. 854).

69. Cfr. A instrumentalidade garantista do processo penal. Op. Cit.

da justiça corretiva e a aplicação da pena e, de outro, serve como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, protegendo os acusados de atos abusivos do Estado, no exercício dos direitos de perseguir e punir.

Neste contexto, a aplicação de “sanções” penais, quando da aplicação da transação penal (art. 76/Lei 9.099/95), para não ferir a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CF), deve ser aplicada com extrema responsabilidade, pelo representante do Ministério Público, devendo-se, primeiramente, observar se o caso não é de arquivamento (aplicando-se, por exemplo, o princípio da insignificância) e, depois, se há elementos mínimos suficientes para a comprovação da autoria da infração de menor potencial ofensivo. Na dúvida, há que se converter o processo em diligência, a fim de que o fato seja melhor investigado, ou, então, com a orientação de um defensor, respeitar o direito do suposto autor do fato demonstrar que inexistem provas suficientes para uma futura condenação ou, quando menos, simplesmente para o oferecimento da denúncia.

Por outro lado, há que se evitar os excessos garantistas, elastecendo, desmesuradamente, as garantias de defesa. Por exemplo, o artigo 5º, inciso LXIII, da CF assegura o direito do preso permanecer calado. Tal dispositivo constitucional tem sido interpretado de forma extensiva para assegurar o direito à não auto-incriminação ao interrogado em geral⁷⁰ e ao depoente em Comissões Parlamentares de Inquérito⁷¹. Tem-se entendido, inclusive, que o réu preso em flagrante não tem o dever de identificar-se corretamente à autoridade policial e ao Ministério Público, sendo atípica a conduta do acusado (não configurando o crime de falsa identidade – art. 307/CP), em razão de seu direito de autodefesa estar assegurado constitucionalmente⁷².

A questão do conflito entre direitos fundamentais deve ser resolvida à luz do princípio da proporcionalidade, não sendo razoável que os direitos da vítima (nas ações penais privadas) e do Estado (nas ações penais públicas) fiquem sempre relegados ao respeito ao direito do acusado de não auto-incriminação. Sopesando bens jurídicos que se opõe no caso concreto, o Supremo Tribunal Federal considerou lícita a realização de exame de DNA mesmo contra a vontade de seu titular, entendendo que o direito a persecução penal pública era mais relevante do que o direito à intimidade⁷³.

70. Cfr. STF – HC 80.949 – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – pub. *DJU* 14 dez. 2001.

71. Cfr. STF – HC 79.812 – Rel. Min. Celso de Mello – pub. *DJU* 16 fev. 2001.

72. Cfr. STJ – HC 35.309 – 6ª T. – rel. Min. Paulo Medina – j. 21.10.2005.

73. Na Reclamação 2040-DF, o STF determinou que fosse coletado material biológico da placenta, com o propósito de se fazer o exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a extraditanda – a cantora Glória Trevi – se opusesse. O STF tutelou a moralidade pública, a persecução penal pública e

Na hipótese de um crime de estupro, encontrado sêmen do suposto autor no corpo da vítima, feriria o princípio da proporcionalidade reconhecer o direito deste em não fornecer material genético, em detrimento do direito à persecução penal.

Ademais, não obstante o dever da autoridade policial identificar criminalmente o preso em flagrante não identificado civilmente (art. 1º, par. ún., da Lei 10.054/2000), é um exagero garantista considerar legítima a situação de um indiciado que, preso durante a execução do crime, apresenta carteira de identidade de terceiro e, com isto, impede que se conheça seus antecedentes criminais, com a consequência de eximir-se da responsabilidade penal e o que é, ainda mais grave, gerar a condenação de um inocente.

Já, no processo civil, fere o garantismo, por exemplo, as decisões que invertem o ônus da prova, na sentença, ensejando *sentenças surpresas*, que ferem a garantia do contraditório, inviabilizando a ampla defesa do fornecedor em juízo⁷⁴.

Por outro lado, representam, por exemplo, excesso garantista: as decisões que condicionam sempre à antecipação de tutela à prévia realização da garantia do contraditório, ignorando a urgência do pedido; a restrição da prisão civil (art. 5º, in LXVII, CF) somente ao não pagamento de dívida alimentar decorrente de direito de família, não estendendo este importante meio de coerção indireta aos alimentos decorrente de ato ilícito; bem como aquelas que tornam impossível a aplicação de presunções probatórias, exigindo, de forma rígida, que o demandante se desincumba da prova de um fato, cuja demonstração seria facilmente realizada pelo demandado, o que contraria a moderna teoria do ônus dinâmico da prova⁷⁵.

Acrescente-se, quanto a este último exemplo, a exegese da Súmula 301 do STJ, pela qual *a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame do DNA induz presunção iuris tantum de paternidade*, corroborando antiga presunção jurisprudencial tornada legal após Novo Código Civil (arts. 231-2). Trata-se de verdadeira técnica de inversão judicial do ônus da prova, com o escopo de melhor tutelar os direitos do demandante que, caso tivesse que provar o fato constitutivo de seu direito, jamais ou muito dificilmente obteria a tutela jurisdicional, ainda que

à segurança pública, que são bens jurídicos da comunidade, bem como o direito à honra e à imagem dos policiais federais que foram acusados de estupro, nas dependências da Polícia Federal, em detrimento do direito à intimidade e a preservação da identidade do pai da criança.

74. Cfr. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo. *Lezioni sul processo civile*. Cit. Pág. 70-1; Eduardo Cambi. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

75. Cfr. Eduardo Cambi. *Admissibilidade e relevância da prova no processo civil*. No prelo.

tivesse razão. Essa técnica de inversão do ônus da prova é, destarte, uma decorrência da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa, permitindo, com auxílio do princípio constitucional da isonomia, que a parte hipossuficiente (ou seja, em condições mais difíceis de provar um fato que seria mais facilmente comprovado pelo demandado), obtenha a tutela jurisdicional.

Entretanto, inicia-se, no próprio Superior Tribunal de Justiça, um processo de relativização da Súmula 301. Continua-se afirmando que o não comparecimento, injustificado, do demandado (suposto pai) à realização do exame do DNA configura a recusa; no entanto, afirma-se que tal recusa gera uma presunção *iuris tantum* de paternidade que não desonera o(a) demandante de provar, ao menos com provas indiciárias, a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai⁷⁶. Esta orientação é criticável, pois revigora a *exceptio plurium concurrentium* como um condenável argumento a favor da negativa da paternidade. Os filhos – mesmo de mulheres “desonestas”, prostitutas ou de honra duvidosa – não podem ser culpados pela vida pregressa de sua mãe; nada tem com isto, merecem a inversão do ônus da prova, cabendo ao investigado a decisão de fornecer ou não o material genético, com os riscos do não fornecimento reconhecidos pela Súmula 301/STJ, sem eximir o demandante, caso a paternidade não se confirme, da responsabilidade pelo pagamento das custas do exame do DNA. Desta maneira, não se incentiva ações “oportunistas”, que muitas vezes destroem a vida familiar do demandado, mas também se evitam mera evasivas, como a simples alegação de ter havido relações sexuais com “mulheres desonestas”, o que, de outro lado, pode tornar muito difícil o reconhecimento da paternidade, penalizando a criança ou a pessoa que, mesmo tendo resultado de uma relação sexual descompromissada com a formação de vínculos afetivos (familiares), não deve ficar desamparada por condutas censuráveis não somente imputadas a sua mãe, mas também a seu pai (“irresponsável”).

Portanto, a justa medida entre as tendências instrumentalista e garantista que, como acima observado, complementam-se, pela adoção do princípio da proporcionalidade, permitirá que os conflitos de direitos fundamentais sejam resolvidos, à luz do caso concreto, sem posturas inflexíveis que negariam tanto o neoconstitucionalismo quanto o neoprocessualismo.

76. Cfr. STJ – REsp. 692.242-MG – 3ª T. – rel. Mina. Fátima Nancy Andrichi – j. 28.06.2005 – pub. DJU 12.09.2005, pág. 327; STJ – REsp. 557.365-RO – 3ª T. – rel. Mina. Fátima Nancy Andrichi – j. 07.04.2005 – pub. DJU 03.10.2005, pág. 242. Verificar, ainda (embora sem sentido contrário ao que pensamos), análise de Zeno Veloso, aos Embargos Infringentes n. 173.580-2/01, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (j. 23.04.2002), *Um caso em que a recusa ao exame de DNA não presume a paternidade*, disponível: <http://www.gontijo-familia.adv.br/mjtexjur.htm>. Acesso em: 03 nov. 2005.

CONCLUSÃO

O discurso “neo” é sedutor e essencial para a construção de novas práticas, estas não menos complexas, na medida em que colocam o operador jurídico diante de saberes acumulados que, muitas vezes, em face da riqueza dos fatos, de nada servem senão para propagar o sofrimento e a injustiça.

Por isto, o verdadeiro desafio é cultural, mudar o modo como o homem opera o direito é o escopo final e, reconheça-se, muito mais difícil que, simplesmente (sem embargo disto ser absolutamente necessário), criar, em abstrato, as teorias.

A teoria e a prática se complementam e encontram, na solução do caso concreto, seu ponto culminante, quando, efetivamente, as pessoas de carne e osso sentem que o direito existe para protegê-lo, não para amesquinhar a sua condição humana.

Neste sentido, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas a prestação jurisdicional.

O “novo” deve se impor na medida em que mostre ser uma alternativa melhor que a velha. A mudança não pode ser feita para que as coisas continuem substancialmente as mesmas, apenas com uma aparência diferente. Mudar por mudar é esconder a vontade de manter as coisas como já eram ou dar uma aparência nova para poder retroceder aos avanços já conquistados.

À guisa de ilustração, para finalizar, é importante consignar, ainda que rapidamente, a tentativa de inviabilizar a tutela coletiva, imposta pela Lei 9.494/97, ao alterar o artigo 16 da Lei 7.347/85, asseverando que a coisa julgada *erga omnes* se restringe a “competência territorial do órgão prolator”. Isto implica, na prática, a necessidade de ajuizar uma ação coletiva em cada comarca ou seção judiciária brasileira. Pior que a má-intenção do legislador, em acabar com a tutela coletiva, é a inércia do Judiciário, em não considerar tal excrescência inconstitucional, por manifesta violação do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva⁷⁷.

77. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão que discordamos, reduziu o conteúdo da tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos, contribuindo para a maior morosidade da justiça: “*Processual civil. Ação civil pública. APADECO. Empréstimo Compulsório de Combustíveis (DL 2.288/86). Execução de sentença. Eficácia da sentença delimitada ao Estado do Paraná. Violação do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97. Ilegitimidade das partes exequentes. 1. Impossibilidade de ajuizamento de ação de execução em outros estados da Federação com base na sentença prolatada pela Juízo Federal do Paraná nos autos da Ação*”

Portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, seja possível resistir, sempre com apego na Constituição, a toda a forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da *consciência constitucional* e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

*Civil Pública n. 93.0013933-9 pleiteando a restituição de valores recolhidos a título de empréstimo compulsório cobrado sobre a aquisição de álcool e gasolina no período de jul/87 a out/88, em razão de que em seu dispositivo se encontra expressa a delimitação territorial adrede mencionada. 2. A abrangência da ação de execução se restringe a pessoas domiciliadas no Estado do Paraná, caso contrário geraria violação do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97, **litteris**: ‘A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator’” (AgRg nos EDcl no REsp. 639.158-SC – 1ª T. – rel. Min. José Delgado – j. 22.03.2005 – pub. DJU 02.05.2005, pág. 187).*

VI

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO PROCESSO DO TRABALHO: A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PELOS CRÉDITOS INADIMPLIDOS PELO EMPREITEIRO CONTRATADO

Floriano de Azevedo Marques Neto

Professor Associado de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo (USP); Doutor e Livre Docente em Direito pela Universidade de São Paulo (USP); Advogado e Consultor Jurídico em São Paulo.

Eduardo Ferreira Jordão

Doutorando em Direito pelas Universidade de Paris (Panthéon-Sorbonne) e de Roma (La Sapienza); Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics (LSE); Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP); Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Advogado.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As medidas “processuais”: 2.1. Considerações iniciais; 2.2. A análise da legalidade da responsabilidade subsidiária da Administração Pública: 2.2.1. Da aplicação analógica do art. 455 da CLT; 2.2.2. A questão da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*; 2.2.3. A suposta violação ao princípio da proteção ao trabalhador; 2.2.4. O falacioso argumento da “realização da justiça”; 2.3. A necessária atenção aos termos do Enunciado nº 331 do TST: 2.3.1. A responsabilidade: subsidiariedade e solidariedade; 2.3.2. Do direito de regresso; 2.3.3. Da integração ao processo; 2.4. Resumo das medidas “processuais” – 3. As medidas “pré-processuais”: 3.1. A fiscalização; 3.2. A previsão de obrigação do contratado de pedir a exclusão da Administração; 3.3. Exigência de seguro específico; 3.4. A retenção da garantia; 3.5. Conclusão – 4. Conclusão – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Por força de entendimento jurisprudencial cristalizado no Enunciado nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, entidades da Administração Pública Direta e Indireta (doravante também referidas por meio do termo genérico “Administração Pública”) têm sido chamadas a compor o pólo passivo de reclamações trabalhistas

propostas por empregados ou ex-empregados das empresas por elas contratadas para a realização de obras e serviços. Em consequência, não é raro que arquem com os débitos trabalhistas eventualmente certificados em sentença, cuja satisfação caberia originariamente às empresas contratadas e cujos valores, afinal, já haviam sido incluídos no preço cobrado para a prestação do objeto do contrato.

A solução ortodoxa consiste no exercício do direito de regresso, para reaver do empreiteiro os valores pagos ao trabalhador reclamante.¹ Esta alternativa, contudo, muitas vezes se revela ineficaz ou demasiadamente lenta, implicando custos irrecuperáveis ou, no mínimo, custos de oportunidade para a Administração Pública. Surge daí a preocupação relativa às medidas que poderiam ser adotadas para minorar tais ônus.

Este estudo se propõe ao enfrentamento desta problemática. A intenção é responder à seguinte questão: *quais alternativas jurídicas podem ser cogitadas para eliminar ou mitigar os custos decorrentes do entendimento jurisprudencial segundo o qual a Administração Pública responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelas empresas contratadas para a realização de obras e serviços?*

Para tanto, optou-se por dividi-lo em duas partes principais, além desta introdução. Na primeira delas, examina-se a questão numa perspectiva “intraprocessual” (ou, simplesmente, “processual”). Admite-se já haver uma reclamação trabalhista em curso e expõem-se medidas e argumentos para serem utilizados nesta hipótese pela entidade integrante da Administração Pública (item 2). Na segunda parte, cuida-se especificamente das providências que devem anteceder a eventual propositura de uma reclamação trabalhista, motivo pelo qual será possível denominá-las de “pré-processuais” (item 3).

Perceba-se que a estrutura do estudo comportará a exposição em separado de duas ordens de medidas de cautela (processuais e pré-processuais). É certo, contudo, que ambas servirão ao mesmo fim: tentar reduzir os ônus que podem decorrer à Administração Pública em razão de inadimplência dos encargos trabalhistas por parte do empreiteiro contratado. Adicione-se, finalmente, que esta macroestrutura não prejudica subdivisões complementares, as quais serão apresentadas no início de cada uma das partes antes referidas.

1. De acordo com o art. 80 do Código de Processo Civil: “A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar”.

2. AS MEDIDAS “PROCESSUAIS”

2.1. Considerações iniciais

Consoante afirmado acima, nesta primeira parte, cuidar-se-á das providências “intraprocessuais” para eliminar ou diminuir o ônus à Administração decorrente do inadimplemento de encargos trabalhistas pelas empresas contratadas. A questão que se pretende responder é a seguinte: *admitindo-se haver reclamação trabalhista proposta por empregados ou ex-empregados das empresas contratadas, o que pode ser feito para que disso decorra o menor prejuízo possível para a Administração Pública?*

2.2. A análise da legalidade da responsabilidade subsidiária da Administração Pública

Principie-se por uma constatação peremptória: não há, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhum dispositivo normativo que estabeleça, para o caso de inadimplemento dos encargos trabalhistas por parte do empreiteiro, a responsabilidade do tomador do serviço, solidária ou subsidiariamente. É indiscutível, ao menos, que o nosso sistema jurídico não consagra esta solução *expressamente* em nenhum de seus dispositivos.² A tese, portanto, não está fundamentada em norma explícita que facilitasse a sua aceitação.

Mais do que isso. Tratando-se o tomador de serviço de entidade participante da Administração Pública direta ou indireta, há dispositivo legal que afasta expressamente a sua responsabilidade em relação a estas verbas. É esta a dicção do art. 71 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (lei n. 8.666/93):

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Por esta razão, a correta interpretação de nosso sistema jurídico parece ser aquela que aponta para a não-responsabilização da Administração Pública em

2. “Tão certa é a incoerência com a ordem jurídica nesse sentido, que se tem ouvido dizer, recentemente, da tramitação de projeto de lei contendo previsão expressa dessa responsabilidade, quiça, solidária do tomador de serviços, a contratante” (in Janildo Honório da SILVA, “Terceirização – Responsabilidade subsidiária da empresa contratante no processo do trabalho”, *Suplemento Trabalhista*, Revista LTr, 134/02, p. 635).

relação aos débitos trabalhistas inadimplidos pelo empreiteiro contratado.³ Note-se que a procedência jurídica da tese em sentido contrário dependeria de demonstração da inconstitucionalidade desta expressa ressalva legal, ou da existência de lei revogadora da disposição do regramento geral da contratação administrativa. Nenhuma dessas hipóteses se verifica, tal como se demonstrará adiante.

Sem embargo destas afirmações, deve-se reconhecer que prevalece o entendimento contrário. A Corte Superior Trabalhista (TST) e, na sua esteira, os Tribunais Regionais Trabalhistas (TRTs) têm decidido reiteradamente que o tomador de serviço responde pelos encargos trabalhistas inadimplidos pelo empreiteiro.⁴ A tese restou cristalizada a partir da elaboração do Enunciado 331 do TST, através da qual se buscou a uniformização jurisprudencial.

A redação original do inciso IV do Enunciado 331 do TST não continha previsão expressa quanto à sua aplicação aos entes da Administração Pública Direta e Indireta. A ausência gerou dúvidas relevantes, principalmente em face do que dispõe o já mencionado art. 71 da lei n. 8.666/93. Diante disto, por meio da Resolução 96, de 18/09/2000, o TST alterou a redação de seu enunciado, fazendo constar a alusão expressa a estes entes. Confirmam-se os termos do referido inciso, em seu texto atual:

Enunciado 331 – TST

(...)

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n° 8.666, de 21.06.1993).

De todo modo, as razões que fundamentam a tese sumulada são bastante frágeis e não convencem. Sempre com o fito de afastar os ônus decorrentes da eventual

3. Também neste sentido, Marçal JUSTEN FILHO sustenta que “[a] Administração Pública não se transforma em devedora solidária ou subsidiária perante os credores do contratado. Mesmo quando as dívidas se originarem de operação necessária à execução do contrato, o contratado permanecerá como único devedor perante terceiros” (in *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 10. ed, São Paulo, Dialética, 2004, p. 544).
4. No que se refere à jurisprudência do TST, vejam-se, por exemplo, os acórdão prolatados nos autos dos processos a seguir referidos: RR – 2767/2001-037-02-40 (DJ: 11/03/2005); AIRR – 377/2002-026-09-40 (DJ: 11/03/2005); RR – 2767/2001-037-02-40 (DJ: 11/03/2005); RR – 448/2003-006-06-00 (DJ: 11/03/2005); AIRR – 533/2002-018-04-40 (DJ: 11/03/2005); AIRR – 215/2003-003-06-40 (DJ: 11/03/2005); AIRR – 1187/1998-252-02-40 (DJ: 11/03/2005). Janildo Honório da SILVA informa que é semelhante o posicionamento da maioria dos Tribunais Regionais do Trabalho (in “Terceirização – Responsabilidade subsidiária da empresa contratante no processo do trabalho”, *Suplemento Trabalhista*, Revista LTr, 134/02, p. 634).

responsabilização subsidiária da Administração Pública, é essencial refutá-las a seguir, de modo a que os argumentos enumerados possam ser desenvolvidos em sede de contestação. Com isso será possível pleitear o afastamento do Enunciado, já que ele não possui efeito vinculante (é *possível*, pois, que os juízes das instâncias inferiores ao TST não o apliquem).⁵

Caso a incidência do Enunciado seja afastada pelos juízes trabalhistas, a isto poderá seguir-se a inércia do reclamante durante o prazo recursal ou mesmo sua resignação com a decisão desfavorável, do que resultaria a sua definitividade e a exclusão da Administração Pública do pólo passivo da reclamação trabalhista. Eis aí a utilidade de enfrentar os argumentos que poderiam ser levantados para sustentar a tese da responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo empreiteiro contratado.

2.2.1. Da aplicação analógica do art. 455 da CLT

O primeiro dos argumentos utilizados para defender a responsabilização subsidiária da Administração Pública pelos débitos inadimplidos pelo empreiteiro contrato é o da aplicação analógica do art. 455 da Consolidação das Leis do Trabalho⁶, que prescreve o seguinte:

Art. 455. Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.

Parágrafo único. Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da Lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

Atente-se que o referido dispositivo celetista regulamenta a relação jurídica entre o empreiteiro principal e o subempreiteiro. Refere-se, apenas, aos contratos

5. A afirmação não colide com a introdução das súmulas vinculantes em nosso sistema jurídico, por meio da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004. Em primeiro lugar, o novo art. 103-A da Constituição Federal não conferiu efeito vinculante às súmulas já existentes. Não se estabeleceu um efeito pretérito desta disposição constitucional às súmulas que lhe são anteriores. Neste sentido, Humberto THEODORO JÚNIOR afirma que, “quanto às súmulas anteriores, a EC 45 não lhes conferiu força vinculante. Permitiu, porém, que tal possa vir a acontecer se o STF as confirmar por dois terços de seus integrantes, e as fizer publicar, em seguida, pela imprensa oficial (art. 8º da Emenda)” (in “Alguns reflexos da emenda constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil”, *Revista de Processo*, n. 124, ano 30, jun/2005, p. 35). Cf., também, Eduardo de Avelar LAMY, “Súmula Vinculante: um desafio”, *Revista de Processo*, n. 120, ano 30, fev/2005, p. 120. Além disso, note-se que a competência para elaborar súmulas vinculantes foi atribuída apenas ao Supremo Tribunal Federal. Falece ao Tribunal Superior do Trabalho, pois, tal prerrogativa.
6. Cf. Rodolfo PAMPLONA FILHO, “Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fevereiro, 2002, p. 06. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2006.

de subempreitada. Há quem defenda, no entanto, a extensão dos efeitos nele previstos aos contratos de empreitada. Assim, também seria possível que o tomador do serviço respondesse pelo inadimplemento trabalhista do empreiteiro. Pois bem.

De acordo com Miguel Reale, “*pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões*”.⁷ Na lição do ilustre jurista, avultam os dois pressupostos da aplicação da analogia: (i) a imprevisibilidade de regulamentação de uma dada situação fática; (ii) a sua identidade ou semelhança a outra situação, esta, sim, regulamentada. Por qualquer destes ângulos, não se justifica a extensão dos efeitos do art. 455 aos contratos de empreitada em que uma entidade da Administração Pública figure como tomador da obra.

Em primeiro lugar, descabe afirmar-se a identidade entre os contratos de empreitada e subempreitada, para fins de aplicar àquele a regulamentação deste, na medida em que os contratos possuem pressupostos e efeitos distintos. Observe-se que, enquanto a empreitada enceta uma relação entre um empresário e o dono da obra, a subempreitada envolve dois empresários. Evidentemente, apenas neste último caso é lógica a incidência da responsabilidade subsidiária. Isto porque se insere no risco empresarial do negócio do empreiteiro principal a contratação de um parceiro (subempreiteiro) para realizar o objeto do seu contrato com o dono da obra.

Aliás, parece claro que a extensão das conseqüências previstas no art. 455 para os contratos de empreitada é claramente violadora de sua *ratio*. Se a intenção do legislador fosse estabelecer conseqüências aplicáveis tanto aos contratos de empreitada como aos de subempreitada, certamente faria referência genérica às “empreitadas”, termo que abarcaria ambas as hipóteses. Como a sua referência foi expressa e direta à “subempreitada”, é evidente que a conseqüência prevista no dispositivo é específica para esta espécie de contrato.

Em segundo lugar, pelo menos no que se refere às hipóteses em que o tomador de serviço é um ente de Administração Pública, não há o vazio normativo autorizador da analogia. Pelo contrário, há norma expressa que estabelece que “*a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento*” (art. 71, § 1º, lei n. 8.666/93). Dito de outro modo, não cabe pretender aplicar outra norma, oblíqua, quando há norma direta e específica a regular a situação em questão.

7. Miguel REALE, *Lições preliminares de Direito*, 26. ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 298.

É preciso ir ainda mais além. Suponha-se que o art. 455 fosse expresso em determinar a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço para as hipóteses de inadimplemento do empreiteiro principal (o que, repise-se, não é o caso). Ainda assim, sua aplicação aos casos em que o tomador de serviço é um ente da Administração Pública seria inadmissível. Isto por uma razão bem simples: no que respeita às relações de empreitada travadas pela Administração Pública, a lei n. 8.666/93 é *mais específica* (porque rege estritamente as contratações administrativas e as relações trabalhistas dela decorrentes) e *mais recente* (a Consolidação das Leis Trabalhistas em que consta o art. 455 data de 1943, enquanto o dispositivo da lei de licitações foi inserido por lei de 1995).

Ou seja, sob qualquer ângulo de análise, a aplicação analógica do art. 455 da CLT para fundamentar a responsabilidade do tomador de serviço, ente da Administração Pública, nos casos de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empreiteiro, é injustificável.

2.2.2. A questão da culpa *in eligendo* ou *in vigilando*

Uma segunda tese pretende estribar a responsabilidade do tomador de serviço pelas obrigações trabalhistas inadimplidas pelo empreiteiro na sua culpa *in vigilando* ou *in eligendo* (ou seja, culpa por má fiscalização ou má escolha de parceiros).⁸ De acordo com esta corrente, portanto, o fundamento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública estaria no art. 186 do código civil⁹, caracterizando-se como negligência lesiva sua.¹⁰

Ocorre, em primeiro lugar e já definitivamente, que a norma do art. 71, § 1º, da Lei de Licitações contém justamente uma ressalva de exclusão de responsa-

8. É esta a opinião, por exemplo, de Francisco Antonio de OLIVEIRA, *Comentários aos Enunciados do TST*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 812; Ísis de ALMEIDA, “A intervenção de terceiro no processo trabalhista”, *Compêndio de Direito Processual do Trabalho*, 3. ed., São Paulo, LTr, p. 206; Rodrigo Curado FLEURY, “A responsabilidade da Administração Pública na contratação de serviços terceirizados”, *Revista LTr*. Ano 66. Março/2002; Desirré BOLLMANN e Darlene Dorneles de ÁVILA. “Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei de licitações: responsabilidade da Administração Pública direta e indireta (inclusive empresa pública e sociedade de economia mista) à luz do Enunciado n. 331, do TST”. *Revista LTr*. Ano 61. Fevereiro de 1997, p. 184; e Guilherme Guimarães FELICIANO, “Do chamamento ao processo e da responsabilidade subsidiária no direito processual trabalhista”, *Revista LTr*, v. 62, n. 9, Set/98, p. 1205.
9. Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
10. Há precedentes jurisprudenciais. Confira-se esta decisão do TRT da 1ª Região: “*Responsabilidade do Administrador Público. Não pode ela ser limitada à observância dos aspectos formais que cercam uma licitação e permitir que, qual Pilatos, ele lave as mãos quando o fornecedor da mão-de-obra deixa de cumprir suas obrigações de empregador. Nem se pode liberar a Administração Pública dos ônus decorrentes de suas culpas in eligendo, in contrahendo e in vigilando, concedendo-lhe privilégios que não se reconhecem aos particulares com iguais culpas*” (6ª Turma do TRT da 1ª Região, DOERJ, 16.05.01, Rel. Doris Castro Neves).

bilidade, não sendo possível sustentar uma sua derrogação por norma geral que estatui esta responsabilidade, ainda que posterior.¹¹ É a lição expressa no brocardo latino *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*.¹² Portanto, não há como aplicar ao tomador de serviço responsabilidade por uma suposta culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, quando há norma específica que afasta esta conclusão.

Em segundo lugar, deve-se ter em mente que a culpa *in eligendo* ou *in vigilando* encerra apenas uma presunção relativa, sendo possível a produção de prova em sentido contrário. Ao que parece, tal não se permite na tese da responsabilidade subsidiária aqui combatida.

Em terceiro lugar, no que atine, especificamente, à suposta culpa *in eligendo*, sua aplicação à Administração Pública é bastante duvidosa. É que esta espécie de culpa tem fundamento na relação de confiança existente entre contratante e contratado. A pessoa jurídica que escolheu é responsabilizada pela sua escolha. Este raciocínio, no entanto, é inaplicável às contratações da Administração Pública, precedidas, em regra, por procedimento licitatório que as torna impessoais. Em suma, não há uma relação de confiança entre a Administração Pública e o particular contratado após licitação. Ela não o escolhe diretamente, razão pela qual não pode ser responsabilizado por esta escolha. Nas palavras de Luciano Palhano Guedes, “[a] culpa *in eligendo* pressupõe um agir culposo, e não há caracterização de culpa quando se age em acordo com o Direito”.¹³

11. Inaceitável a tese em sentido contrário, propugnada por Rodrigo Curado FLEURY, “A responsabilidade da Administração Pública na contratação de serviços terceirizados”. *Revista LTr*. Ano 66. Março/2002, p. 315. Este autor invoca o “princípio da norma mais benéfica ao trabalhador” para justificar o afastamento do art. 71 da Lei de Licitações em prol do art. 186 do Código Civil: “*existindo duas regras disciplinando uma determinada situação concreta – em se tratando de direito do trabalho, ainda que decorrente de legislação não específica, com a devida vênua dos entendimentos diversos – aplica-se aquela que resulte em maiores benefícios ao empregado, afastando-se o princípio da hierarquia das normas, bem como as regras de aplicação das leis no tempo e no espaço*”. A toda evidência, está completamente deturpada a aplicação do referido princípio. Fosse este o seu conteúdo e o Direito do Trabalho estaria a impedir revogações de quaisquer direitos dos trabalhadores – constituiriam todos eles verdadeiras cláusulas pétéreas, inafastáveis, até mesmo, por via de emenda constitucional (note-se que o autor chega a defender o afastamento do princípio da hierarquia das normas). Nada mais absurdo.
12. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no REsp 5.344-MG, da 3.ª Turma do STJ, de 11.03.91, rel. Min. Eduardo Ribeiro: “*leis especiais não se hão de reputar revogadas pelas gerais, salvo quando expressamente regulem a matéria ou explicitem a revogação*”.
13. Luciano Palhano GUEDES, “A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de suas contratadas – uma leitura constitucional”. *Revista Contexto Jurídico*, n. 1, Setembro de 2005, p. 51. É importante salientar, contudo, que este autor entende que a Administração deve responder pelos débitos trabalhistas na hipótese de inadimplemento do empregado contratado. Suas razões são fundadas nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. Estas teses serão refutadas no presente trabalho, embora nenhuma delas mereça uma análise em separado, em subitem específico.

Até se poderia cogitar da culpa na escolha nas hipóteses de contratação direta ou nos casos em que se verificasse, no procedimento licitatório, fraude promovida pela entidade da Administração Pública. O que não se pode admitir é a aplicabilidade indiscriminada da *culpa in eligendo* para responsabilizar a Administração pela inadimplência dos seus contratados.

Por fim, quanto à idéia de que a inadimplência do empreiteiro teria decorrido de uma má fiscalização da Administração Pública, a qual fundamentaria a sua responsabilização com base no art. 186 do Código Civil, é ela absolutamente improcedente, por uma simples razão: não há mecanismos ou procedimentos adequados e suficientes para serem adotados pela Administração Pública para afastar totalmente a hipótese de inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empreiteiro – ou pelo menos não os há a preços razoáveis, não proibitivos. Figure-se, por exemplo, uma obra em que estejam empregados centenas ou milhares de operários. Como poderá a Administração fiscalizar o efetivo pagamento de todas as horas extraordinárias efetivamente trabalhadas, por exemplo? Logo se vê descabida a idéia de que o descumprimento das obrigações trabalhistas do empreiteiro decorreria de uma suposta má-fiscalização por parte do tomador do serviço.

2.2.3. A suposta violação ao princípio da proteção ao trabalhador¹⁴

Uma terceira tese a ser examinada é aquela segundo a qual a responsabilidade da Administração Pública na hipótese de inadimplemento do empreiteiro contratado seria decorrência lógica do princípio da proteção ao trabalhador, que informa o Direito do Trabalho e lhe serve de fundamento.¹⁵

14. Os mesmos argumentos que aqui se utilizam para afastar a tese da violação ao princípio da proteção ao trabalhador podem ser utilizados para confrontar a idéia de ferimento ao princípio do valor social do trabalho, ao qual se refere, por exemplo, Luciano Palhano GUEDES, “A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de suas contratadas – uma leitura constitucional”. *Revista Contexto Jurídico*, n. 1, Setembro de 2005, p. 50.

15. Confira-se, por exemplo, esta decisão da 9ª Turma do TRT da 1ª Região: “O tomador dos serviços responde subsidiariamente quanto às obrigações contraídas pelo contratado com seus empregados, quando inadimplidas, eis que a índole protecionista do Direito do Trabalho acentuou a garantia econômica dos direitos do empregado, que não podem ficar à mercê de eventual idoneidade econômica da empresa contratada. Ademais, as normas legais, que regulam a responsabilidade subsidiária, não prevêm qualquer exceção, pelo que responde o ente público, integralmente, e sem qualquer ressalva, por toda a dívida, mesmo porque se trata de créditos de natureza trabalhista, pelo que não há escusa para que o segundo réu se exima do pagamento, nos termos do inciso IV, do Enunciado n. 331, do C. TST” (DOERJ 16.05.01, p. 159, Rel. Juiz Izidoro Soler Guelman). Neste mesmo sentido, pode-se citar a seguinte decisão da 3ª Turma do TRT da 12ª Região: “A aplicação do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93 não impõe a exclusão do administrador da responsabilidade subsidiária sobre a relação de trabalho que lhe beneficiou. Apenas o alija da responsabilidade direta. A exegese da exclusão de qualquer encargo não se compatibiliza com o espírito tuitivo do

É evidente, no entanto, que este princípio não pode justificar toda e qualquer decisão em benefício do trabalhador. Está claro que não se deve aceder a tão amplo espectro normativo para este princípio. Fosse assim e não seria necessária toda a regulamentação que *enumera e relaciona* os direitos do trabalhador. Levando esta interpretação principiológica às últimas conseqüências, qualquer pretensão do empregado, prevista ou não em lei – e ainda quando expressamente vedada em lei (como, aliás, é o caso) – haveria de ser acolhida.¹⁶

Américo Plá Rodriguez, em obra clássica sobre a principiológica do Direito do Trabalho, esclarece o alcance do princípio da proteção ao trabalhador, no mesmo sentido do que aqui se defende:

*“Pergolesi particularmente insiste em esclarecer que não se trata de um permissivo outorgado ao juiz ou ao intérprete para que atuem livremente, como lhes pareça. Esse poder discricionário do juiz poderia ter sido justificado na etapa inicial, em que o Direito do Trabalho estava cheio de lacunas, ou na etapa corporativa, em que ao juiz caberia resolver os conflitos de interesses, mas de modo nenhum cabe na etapa atual do Direito do Trabalho e, muito menos, no marco da fase jurisprudencial que se limita a resolver os conflitos jurídicos”*¹⁷

Parece claro que o princípio da proteção ao trabalhador não pode servir de supedâneo para legitimar teses sem específico arrimo legal. O referido princípio cumpre, sobretudo, um papel hermenêutico. Em razão dele, as normas ambíguas deverão ser interpretadas de modo mais benéfico ao trabalhador.¹⁸ Mas é óbvio que disto não decorre a invalidade de qualquer norma que restrinja ou negue algum benefício específico aos trabalhadores. Não cabe afastá-las com base neste fundamento principiológico.

Destaque-se, por fim, a circunstância de o tomador de serviço nem mesmo ter participado de relação empregatícia com o eventual reclamante. Não foi ele o seu empregado. Sua atuação deu-se exclusivamente em face do empreiteiro. Daí porque é questionável a aplicação de uma diretiva que busca “equilibrar relações ontologicamente desequilibradas”.

Direito do Trabalho e não pode gerar integral desoneração daquele que usufruiu da mão de obra” (RO V 4462/97, Ac. 3.714/98, rel. Juiz Roberto Luiz Guglielmetto).

16. Afirma Carlos Marcos Batista de MELO: “*Não vemos como dar tamanha proteção a um trabalhador a ponto de contrariar o disposto no art. 71 da lei de licitações e na própria CF/88, aplicando-se o inciso IV do En. 331*” (in “Os enunciados ns. 331, IV e 363, do C. TST”, Revista LTr, v. 65, Nov/2001, p. 1341).

17. Américo Plá RODRIGUEZ, *Princípios de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1997, p. 37.

18. É como entende CESARINO JR.: “*Sendo o direito social, em última análise, o sistema legal de proteção dos economicamente mais fracos (hipossuficientes), é claro que, em caso de dúvida, a interpretação deve ser sempre a favor do economicamente fraco, que é empregado, se em litígio com o empregador*” (in *Direito social brasileiro*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1963, t.1, p. 116).

2.2.4. O falacioso argumento da “realização da justiça”

Há ainda o argumento da realização da justiça: de que, enfim, seria injusto que o empregado desempenhasse o seu trabalho, não percebendo, após isto, a remuneração correspondente. Daí porque a Administração Pública – que, na hipótese, terá participado dos bônus decorrentes deste trabalho – deveria assumir o seu custo.¹⁹ Não é fácil encontrar quem defenda esta tese de forma explícita, mas ela é sugerida, ainda que sutilmente, em quase todos os textos que se alinham com o Enunciado nº 331 do TST.²⁰

As razões que podem ser apontadas para demonstrar o seu descabimento são inúmeras. Princípie-se pela mais simples: a substituição, pelo juiz, da solução prevista na lei por aquela decorrente do seu próprio critério de justiça é prática vedada em nosso sistema jurídico. Não cabe ao magistrado afastar a aplicabilidade de uma disposição normativa simplesmente porque a entende injusta. Nada mais despropositado ou arbitrário. Mesmo no Direito do Trabalho, em que se admite a equidade como fonte do Direito, o recurso a ela só é permitido “na falta de disposições legais ou contratuais”, de acordo com a redação do art. 8º da CLT. Não é o caso: há disposição legal expressa que veda a solução defendida. Em outras palavras, aceder a tal tese é cometer uma ilegalidade como outra qualquer, a despeito das boas intenções que possam tê-la motivado.

Adicione-se que não apenas os nossos magistrados não estão legitimados a decidir de acordo com o seu critério de justiça, como tampouco são eles testados

19. Semelhante é a tese relativa à suposta violação à dignidade da pessoa humana, referida por Luciano Palhano GUEDES, “A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de suas contratadas – uma leitura constitucional”. *Revista Contexto Jurídico*, n. 1, Setembro de 2005, p. 50). Os argumentos aqui expostos lhe são extensíveis.
20. Este parece ser um dos argumentos de Rodolfo PAMPLONA FILHO, que afirma o seguinte: “*Se, na máxima de Rudolf Stammler, o ‘Direito deve ser, sempre, uma tentativa de Direito Justo’, a aplicação da regra jurídica deve procurar observar continuamente a enorme gama de repercussões sociais que acarreta. Por isto mesmo, parece-nos, sem qualquer hesitação, que acertou o mais alto pretório trabalhista ao atualizar a sua jurisprudência, para abarcar também a responsabilidade patrimonial subsidiária da Administração Pública na terceirização, moralizando-a, de forma a evitar a simples dilapidação de direitos trabalhistas*” (in “Terceirização e responsabilidade patrimonial da administração pública. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2006). Em direção semelhante, eis como se pronuncia Luciano Palhano GUEDES: “*Parece-me que os defensores da irresponsabilidade dos entes públicos pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas realizam um juízo de abstração, excluindo a realidade fática e limitando-se a fazer um frio juízo de subsunção do caso ao tipo legal. Tal exercício hermenêutico, todavia, além de ser extremamente pobre, nega ao Direito o seu caráter de transformação (...). Não parece justo exigir do trabalhador suportar o inadimplemento da empresa contratada, tendo em vista sua condição de hipossuficiência*” (in “A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de suas contratadas – uma leitura constitucional”. *Revista Contexto Jurídico*, n. 1, Setembro de 2005, p. 50).

para tanto nos concursos públicos para ingresso na sua carreira. Em regra, os concursos visam à contratação de técnicos qualificados, não pessoas de bom senso.

No mais, não se deve ignorar que a tese da “decisão justa” ao arripio da lei implica flagrante frustração do processo legislativo e carece, também por isso, de legitimidade democrática.

De todo modo, permita-se avançar um pouco mais. Suponha-se que, de fato, pudesse o magistrado fundamentar as suas decisões no seu próprio critério de justiça. Ainda que tal se admitisse, seria difícil compreender porque a realização da justiça, no caso, consistiria em ficar do lado do empregado. Note-se que a Administração Pública, pelo menos em tese, já cumprira com todas as suas obrigações, pagando ao empregado contratado um valor no qual certamente estavam incluídos os custos referentes aos direitos trabalhistas dos empregados. Em última análise, isto significa que a suposta “decisão justa” acaba por exigir que a Administração pague duas vezes estes valores. A propósito, as palavras de Janildo Honório da Silva são precisas:

“Os que defendem a justiça para os trabalhadores olham apenas para um dos lados da moeda e ficam a exigir que alguém pague o que lhes seja devido, custe o que custar. (...) Todavia, é inadmissível que, no Estado de Direito, se procure cancelar uma violência no estilo Robin Hood, sem lei que autorize o agir, ou se proíba o que a lei permite”²¹

Não se ignore, ademais, que, na hipótese, todos os cidadãos estarão pagando pela ilicitude cometida por uma empresa privada. A tese em questão consagra solução não apenas injustificável, como, do ponto de vista jurídico, esdrúxula, subvertendo completamente a noção de responsabilidade da Administração Pública.

Vê-se, portanto, ser completamente descabida, por todos os ângulos de análise, a tese de que a responsabilidade subsidiária trabalhista da Administração seria “imperativo da justiça”.

2.3. A necessária atenção aos termos do Enunciado nº 331 do TST.

Não obstante toda a argumentação acima desenvolvida, não há como negar que, correto ou incorreto, o Enunciado do Tribunal Superior do Trabalho consagra

21. Janildo Honório da SILVA, “Terceirização – Responsabilidade subsidiária da empresa contratante no processo do trabalho”, *Suplemento Trabalhista*, Revista LTr, 134/02, p. 635. É este mesmo autor quem complementa: “É injusta a condenação subsidiária porque o contratado ao formar seu orçamento declarou à contratante que em sua planilha de preços unitários foram computados todos os custos com insumos, salários, tributos e lucro líquido”.

entendimento que, provavelmente, será seguido nas reclamações trabalhistas de que a Administração Pública fizer parte como tomadora da obra. Isto porque a prática demonstra que a maioria dos juízes trabalhistas endossa o entendimento firmado pelos Tribunais superiores, até porque a decisão que o contraria pode ser reformada por meio de recursos extraordinários (no caso do Direito do Trabalho, o recurso de revista, previsto no art. 896 da CLT).

Daí ser imperativo mudar a perspectiva da análise. A partir deste ponto, resta ultrapassada a questão da correção do entendimento sumulado pelo Tribunal Superior do Trabalho. O enunciado 331 é um dado a partir do qual serão feitas as próximas observações. Sob este ângulo, caberá utilizá-lo para que os ônus decorrentes da inadimplência do contratado não ultrapassem aqueles estritamente autorizados pelos seus termos.

Neste sentido, veja-se, de logo, que o Enunciado define como pressupostos da aplicação da responsabilidade ali prevista os fatos (i) de que o tomador do serviço haja participado da relação processual e (ii) de que a sua responsabilidade conste do título executivo judicial. Não tendo sido preenchidos estes dois requisitos, o tomador do serviço não terá responsabilidade sobre os créditos certificados no título executivo judicial.

Ademais disso, sublinhe-se que a responsabilidade que toca ao tomador de serviços é subsidiária, e não solidária, conforme os expressos termos do enunciado (“*O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços...*”). Esta última observação é bastante relevante, por duas razões.

Em primeiro lugar, não são poucos os doutrinadores que sustentam que a responsabilidade do tomador de serviço deveria ser solidária, nem poucos são os magistrados que têm aplicado esta tese.²² O entendimento é flagrantemente ilegal. É clara a dicção do art. 265 do Código Civil, ao estabelecer que “*a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes*”. Não tendo a solidariedade, neste caso, arrimo legal, nem estando prevista em contrato, sua aplicação é inarredavelmente contrária ao previsto no referido dispositivo civilista.

22. Afirma, com efeito, Guilherme Guimarães FELICIANO: “*Curiosamente, a despeito da letra expressa do Enunciado, a prática forense evidencia ser procedimento padrão, na Justiça do Trabalho, a propositura de demandas trabalhistas em face do prestador de serviços e de seu tomador como responsáveis solidários, apesar da menção ao item IV da Súmula n. 331 como fundamento jurídico do pedido*” (in “Do chamamento ao processo e da responsabilidade subsidiária no direito processual trabalhista”, *Revista LTr*, v. 62, n. 9, Set/98, p. 1205). É este o entendimento de Rosana Devito Cavaleiro de MACÊDO, “*Reclamação contra empregador e responsável subsidiário e intervenção iussu iudicis no processo trabalhista de conhecimento*”, *Revista LTr*, v. 60, n. 2, Fevereiro de 1996, p. 211.

Em segundo lugar, o reconhecimento do caráter subsidiário da responsabilidade da Administração implicará a imposição de conseqüências muito menos graves do que aquelas verificadas na hipótese de responsabilidade solidária. Atenhamo-nos um pouco a isto.

2.3.1. A responsabilidade: subsidiariedade e solidariedade

Diz-se haver responsabilidade solidária quando à mesma obrigação concorrer mais de um devedor, cada um obrigado à dívida toda (art. 264 do Código Civil). Por conseqüência, o credor terá o direito de exigir e receber de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (art. 275 do Código Civil).

A responsabilidade subsidiária, por sua vez, pressupõe a existência de uma *ordem de preferência* para a satisfação de um crédito. Do ponto de vista do credor, isto significa que ele só poderá exigí-lo do responsável subsidiário quando demonstrar ter sido infrutífera a tentativa de havê-lo do responsável principal. Do ponto de vista do responsável subsidiário, reconhece-se a existência do “benefício de ordem”. Ou seja, ser-lhe-á possível apontar bens desembaraçados de propriedade do responsável principal, para que sobre eles (e não sobre seus próprios bens) recaia a satisfação do débito.²³

2.3.2. Do direito de regresso

Foi a doutrina alemã que primeiro distinguiu as noções de débito (*schuld*) e responsabilidade (*haftung*).²⁴ Esta distinção permitiu compreender que, em alguns casos, poderá haver débito, sem que dele decorra responsabilidade (caso das dívidas de jogo). Noutros, poderá haver responsabilidade, sem que tenha havido débito (caso do fiador, que responde sobre o débito de terceiros).

De todo modo, a responsabilidade de um indivíduo pelo débito de outro dá origem ao chamado *direito de regresso*. Caberá àquele propor ação regressiva contra este, para dele haver o valor despendido. De acordo com o art. 80 do CPC, “a sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigí-la, por inteiro, do

23. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. Frustradas as tentativas de executar o devedor principal, direciona-se a execução para o patrimônio do responsável subsidiário reconhecido no título executivo. A este cabe exercer o benefício de ordem previsto pelo artigo 596, § 1º, do CPC, de aplicação subsidiária e analógica, nomeando bens livres e desembaraçados do devedor principal, suficientes para o pagamento da dívida, para não sofrer os efeitos da execução (TRT 14ª Região – Proc. n. 00500.2002.141.14.00-9 – Relator: Juiz Francisco de Paula Leal Filho).

24. Álvaro Villaça AZEVEDO, *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo, RT, 2001, p. 37.

devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar”.

O devedor subsidiário vale-se da ação regressiva para reaver todo o valor pago pelo devedor principal, já que é exclusivamente seu o débito que originou a responsabilidade. *Em regra* e por sua vez, o devedor solidário só poderá exigir dos demais o valor pago subtraído de sua quota-parte, já que também ele concorreu para o débito.

2.3.3. Da integração ao processo

O caráter subsidiário da responsabilidade ensancha também conseqüências distintas quanto à integração ao processo. Em termos claros, a integração ao processo do responsável subsidiário só poderá dar-se por ato do autor (reclamante, na esfera trabalhista).²⁵

Não pode o devedor principal, quando compuser de forma isolada o pólo passivo da reclamação trabalhista, valer-se do instituto do “chamamento ao processo”, para nele fazer integrar o responsável subsidiário. São as seguintes as razões desta conclusão.

Primeiro, de acordo com o art. 77 do Código de Processo Civil, o chamamento ao processo é admissível apenas nos casos de contrato de fiança (incisos I e II) e na hipótese de *solidariedade*, podendo um devedor solidário chamar o outro, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (inciso III). Tratando-se de responsabilidade subsidiária, o instituto é, pois, inaplicável.²⁶

Segundo, faltaria competência material à Justiça do Trabalho para deslindar litígio atinente ao direito regressivo entre as duas empresas (tomadora e prestadora), a teor do que dispõe o art. 114 da Constituição Federal.

25. Também neste sentido, Guilherme Guimarães FELICIANO, “Do chamamento ao processo e da responsabilidade subsidiária no direito processual trabalhista”, *Revista LTr*, v. 62, n. 9, Set/98, p. 1205, e Wagner GIGLIO, *Direito Processual do Trabalho*, 13. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 138. O entendimento não é pacífico. Em sentido contrário, perfilham-se, por exemplo, Amauri Mascaro do NASCIMENTO, *Curso de direito processual do trabalho*, 14. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 194; Ísis de ALMEIDA, “A intervenção de terceiro no processo trabalhista”, *Compêndio de Direito Processual do Trabalho*, 3. ed., São Paulo, LTr, p. 225; e José Augusto RODRIGUES PINTO, *Processo trabalhista de conhecimento*, 3. ed., São Paulo, LTr, 1994, p. 194.

26. “Ora, é lição consabida da ciência hermenêutica que preceitos restritivos devem ser interpretados restritivamente; e o art. 77, III, do CPC, por estender a legitimidade passiva ad causam a terceiros não mandados pelo autor, tem óbvia natureza restritiva. Assim, ao referir o instituto da solidariedade, deve-se entender abarcar única e exclusivamente a figura do art. 896 do Código Civil, e não seus congêneres” (in Guilherme Guimarães FELICIANO, “Do chamamento ao processo e da responsabilidade subsidiária no direito processual trabalhista”, *Revista LTr*, v. 62, n. 9, Set/98, p. 1205).

Terceiro, sendo a integração do responsável subsidiário de interesse exclusivo do reclamante, não cabe ao reclamado pleiteá-la, em face do proibitivo inserto no art. 6º do CPC.²⁷ Aliás, nenhuma figura de intervenção de terceiros respalda a integração pretendida, justamente porque não remanesce qualquer pretensão do prestador diante do tomador.

Tampouco cabe ao magistrado promover a integração do responsável subsidiário de ofício, em observância ao princípio da inércia. A responsabilidade subsidiária é instituída em benefício do autor (serve para garantir a satisfação do seu crédito). Trata-se, portanto, de uma *opção* sua a de demandar *também* contra o responsável subsidiário ou de fazê-lo apenas contra o responsável principal. A propósito, note-se que, no caso do responsável subsidiário em questão ser uma entidade integrante da Administração Pública, esta *opção* envolve ponderação a respeito da conveniência de chamá-la a compor o pólo passivo da reclamação, tendo em vista que isto implica a ampliação dos prazos de contestação e recursos, por exemplo.²⁸ Como é evidente, esta ponderação compete exclusivamente ao reclamante.²⁹

De acordo com estas observações feitas acima, tem-se que, processualmente, poderão configurar-se três situações diversas:

- 1) o reclamante propõe a reclamação contra o responsável principal (empregado) e o responsável subsidiário (tomador do serviço – entidade da Administração Pública): o processo segue normalmente e eventual condenação poderá dar ensejo à responsabilização da Administração Pública, na hipótese de inadimplemento dos débitos trabalhistas por parte do empregado, nos termos do Enunciado 331, IV, do TST.
- 2) o reclamante propõe a reclamação somente contra o responsável principal: nesta hipótese, nenhuma responsabilidade terá a entidade da Administração Pública sobre os débitos trabalhistas eventualmente certificados na sentença. Não cabe ao responsável principal chamá-la ao processo (por não estarem preenchidos os requisitos para a utilização desta medida processual); nem cabe ao juiz fazê-lo, em respeito ao princípio da inércia.

27. Art. 6º. *Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.*

28. É a determinação do art. 188 do CPC, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho, por força do parágrafo único do art. 8º da CLT. Também será aplicável o art. 191 do CPC, que duplica genericamente o prazo dos réus para falar nos autos, quando os litisconsortes tiverem procuradores diferentes.

29. De todo modo, ainda que a decisão final caiba ao reclamante, admite-se que o magistrado deve intimar o reclamante, informando-o da *possibilidade* de inserir a Administração no pólo passivo da reclamação. Isto é especialmente conveniente quando o reclamante não esteja sendo patrocinado por profissional da advocacia.

- 3) O reclamante propõe a ação trabalhista apenas contra a Administração: o processo deverá ser extinto sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC), por ilegitimidade passiva *ad causam* ou por impossibilidade jurídica do pedido, já que não poderá haver condenação isolada do responsável subsidiário.³⁰

2.4. Resumo das medidas intraprocessuais

Feitas todas estas considerações, passa-se a enumerar as observações de caráter “intraprocessual”:

- (i) A execução dos créditos trabalhistas certificados em sentença só poderá recair sobre a Administração Pública quando ela tenha participado da relação processual e quando a sua responsabilidade conste do título executivo judicial. Trata-se de decorrência direta do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, além de constar como pressuposto da responsabilidade subsidiária na redação do Enunciado 331 do TST;
- (ii) Apenas o próprio reclamante poderá determinar a inclusão da Administração no pólo passivo da reclamação trabalhista (pressuposto para a posterior execução de seus bens). Tratando-se de hipótese de responsabilidade *subsidiária*, o juiz não poderá determinar a inclusão de ofício (sob pena de violação ao princípio da inércia) nem caberá ao responsável principal (empreiteiro) fazê-lo. A entidade da Administração Pública deverá insurgir-se contra a eficácia de um eventual chamamento ao processo por parte do responsável principal (empreiteiro), pelas razões expostas acima;
- (iii) Caso venha a participar do processo, a Administração Pública deverá, em contestação, suscitar preliminar de ilegitimidade para figurar no pólo passivo da reclamação trabalhista. A preliminar deve ter como argumentos (a) a regularidade do contrato de empreitada estabelecido (inexistência de violação ou fraude à legislação trabalhista), (b) a inexistência de relação jurídica empregatícia entre a Administração e o reclamante;

30. “A relação processual, ademais, não poderá prosseguir, sob pena de se desenvolver teratologicamente: sem a presença do responsável principal, não há como se condenar o responsável solidário, até porque a inadimplência do primeiro, condição para a execução do segundo, somente será apurada por ocasião da fase satisfativa, se à responsável principal torna-se impossível alcançar semelhante fase, despiendo é que se conduz o processo até um tal momento” (in Guilherme Guimarães FELICIANO, “Do chamamento ao processo e da responsabilidade subsidiária no direito processual trabalhista”, *Revista LTr*, v. 62, n. 9, Set/98, p. 1206).

(c) a inexistência de dispositivo legal estabelecendo a responsabilidade trabalhista da tomadora de serviço, nos contratos de empreitada; e (d) a expressa previsão do § 1º do art. 71 da lei n. 8.666/93. É recomendável fazer expressa referência ao Enunciado 331, IV, do TST e pleitear a sua não aplicação, por ilegalidade. Deve ser observado que as súmulas uniformizadoras de jurisprudência não podem contrariar a lei e ressaltado que o Enunciado 331 não possui efeito vinculante, motivo pelo qual o magistrado poderá negar-lhe a aplicação, caso se convença da sua ilegalidade. O acatamento da arguição de ilegitimidade passiva deverá ser raro, uma vez que os juízes trabalhistas costumam seguir a orientação consagrada nas jurisprudências do TST.³¹ Além disso, o eventual acatamento em 1º grau poderá ser reformado mediante a interposição de recurso ordinário para os tribunais regionais e recurso de revista para o TST (art. 896, a, CLT). Ainda assim, a preliminar deverá ser suscitada, por cautela. É que, ao seu eventual acatamento em 1º ou 2º grau poderá seguir-se a inércia do reclamante durante o prazo recursal ou mesmo sua resignação com a decisão desfavorável, do que resultaria a sua definitividade e a exclusão da entidade da Administração Pública do processo;

- (iv) A entidade da Administração Pública deverá verificar se os créditos pleiteados pelo reclamante na reclamação trabalhista referem-se apenas ao período em que o empregado lhe prestou serviços. Poderá haver créditos relativos a períodos/obras anteriores ou posteriores, sobre os quais, evidentemente, ela não tem responsabilidade alguma;
- (v) Por força da fiscalização que deverá proceder a respeito do cumprimento, pelo contratado, de suas obrigações trabalhistas, é possível que a entidade da Administração Pública tenha como demonstrar a improcedência do pleito de algumas verbas por parte do reclamante. Verificando-se esta hipótese, poderá manifestar-se, em sede de contestação, atacando o próprio mérito da causa trabalhista;
- (vi) Ainda na contestação, em observância ao princípio da eventualidade, deverá ser registrado pela entidade da Administração que, caso alguma

31. Ademais, entre os juslaboristas, há quase uma unanimidade no aplauso ao Enunciado. Ressalva-se dela o professor Sergio Pinto MARTINS, para quem “a nova redação do inc. IV do Enunciado 331 do TST, ao tratar da administração direta e indireta, é ilegal, por violar expressamente o art. 71 da Lei 8.666, atribuindo responsabilidade a quem não a tem, além de haver expressa exclusão da responsabilidade trabalhista na Lei de Licitações” (in “Enunciado 331 e a nova redação do inc. IV: inadimplemento de encargos trabalhistas e responsabilidade da Administração Pública”. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 26, n. 100, out/dez 2000.

responsabilidade lhe seja imposta em sentença, tratar-se-á de responsabilidade *subsidiária*, a teor do disposto no Enunciado 331 do TST;

- (vii) Em sede de execução, a Administração Pública deverá fazer valer o benefício de ordem que lhe compete em função do caráter subsidiário de sua responsabilidade. Quando tal seja possível, devem ser apontados bens desembaraçados de propriedade do empreiteiro contratado, para que sobre eles recaia a execução. A execução só poderá recair sobre os bens da entidade da Administração após demonstração de que as tentativas de executar a empresa contratada foram infrutíferas.

3. AS MEDIDAS “PRÉ-PROCESSUAIS”

Nesta segunda parte, importará cogitar das medidas que podem ser adotadas *antes* da propositura de uma reclamação trabalhista em que figure no pólo passivo uma entidade da Administração Pública Direta ou Indireta. O objetivo é justamente evitar que isto aconteça ou precaver-se para minorar os efeitos patrimoniais que dela emanarão. Para tanto, passa-se a analisar a viabilidade das providências normalmente adotadas por estas entidades da Administração Pública, além de aventar algumas outras, menos comuns. Os benefícios e malefícios de cada uma delas serão apresentados para que a entidade em questão possa decidir sobre a providência a ser adotada.

3.1. A fiscalização

Como é de praxe, as entidades da Administração Pública normalmente promovem a fiscalização das atividades de seus contratados, de maneira a verificar o cumprimento de seus deveres contratuais e legais.

Uma providência adicional em relação à fiscalização seria a previsão contratual de que os valores devidos pela Administração só seriam pagos após a comprovação, por parte da empresa contratada, do cumprimento das suas obrigações trabalhistas (a retenção dos créditos teria fundamento no art. 80, IV, da lei n. 8.666/93). É a proposta defendida por Eliana dos Santos Alves Nogueira:

“... as empresas, ao realizarem os contratos de terceirização, deveriam estabelecer formas de fiscalização das empresas terceirizadas quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, relativamente aos empregados por estas contratadas. A empresa terceirizante deveria, mês a mês, verificar através dos documentos que deveriam ser apresentados pela empresa terceirizada, se a situação dos trabalhadores que para esta trabalham é regular, ou seja, se houve o respectivo registro em CTPS, pagamento de salários, depósitos de FGTS e recolhimento de contribuição previdenciária, nada impedindo que até mesmo os cartões de ponto

sejam vistados, para verificar se há o correto pagamento de horas extras (...) Creemos que a fiscalização seria interessante a todos, já que a empresa terceirizante poderia estabelecer que apenas após a comprovação retro indicada, a terceirizada receberia o valor pactuada pelo serviço prestado, reservando-se o direito de reter os valores até a regularização da situação pela terceirizada”³²

A medida é teoricamente interessante, mas pode esbarrar em dificuldades práticas. Apenas para ficar em um exemplo, os fiscais do ente público dificilmente poderão verificar se a quantidade de horas extraordinárias que a empresa contratada demonstrou ter pagado corresponde efetivamente ao montante prestado pelos seus empregados.³³

3.2. A previsão de obrigação do contratado de pedir a exclusão da Administração

Outra providência usualmente adotada é a inserção de uma cláusula no contrato administrativo que obriga a empresa contratada, quando demandada judicialmente, a requerer ao juízo da causa a exclusão da lide da entidade da Administração Pública que as contratou.

A propósito, importa considerar, de início, que a responsabilidade subsidiária do tomador de serviço é estabelecida *em benefício do empregador*. É a ele que interessa que o tomador figure no pólo passivo e possa satisfazer o seu crédito, na hipótese de inadimplemento do devedor principal.

Sendo assim, não é cabível a estipulação contratual em comento. A uma porque as partes (a entidade da Administração e a empresa contratada) não poderiam dispor, por meio de cláusula contratual, de interesses alheios.³⁴ A duas porque

32. Eliana dos Santos Alves NOGUEIRA, “A terceirização e a responsabilidade das empresas terceirizantes”, *Suplemento trabalhista*, Revista LTr, n. 67/99, p. 357. A medida é cogitada, também, por Dalva Amélia de OLIVEIRA, “A responsabilidade subsidiária do ente público pelo cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas para execução de serviço público”, *Revista da Ematra TRT/RJ*, ano 5, n. 6. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004, p. 45.

33. Ou, para que tal fiscalização fosse eficaz, seria necessário despender recursos proibitivos. No mesmo sentido do texto é a opinião de Janildo Honório da SILVA: “O aumento de atribuições de fiscais de contrato acarreta despesas com o pessoal que deverá ser ampliado, laborando nessa atividade. Assim mesmo, fiscalizar não significa supervisionar ou conferir cada um das unidades fiscalizáveis; é como se diz, por amostras, ação intermitente. Daí não se poder evitar as surpresas desagradáveis. É o que sói acontecer nas terceirizações” (in “Terceirização – Responsabilidade subsidiária da empresa contratante no processo do trabalho”, *Suplemento Trabalhista*, Revista LTr, 134/02, p. 635).

34. “É muito comum as empresas realizarem contratos entre si, indicando a terceirização e eximindo a responsabilidade da empresa terceirizante, quanto aos encargos trabalhistas advindos das contratações realizadas pela empresa terceirizada. No entanto, de nada valem referidas estipulações, notadamente porque há a lesão de direitos dos trabalhadores que não participaram de referida pactuação, e com muita frequência, não recebem as verbas trabalhistas que lhe são devidas” (in Eliana dos Santos Alves NOGUEIRA, “A

ainda que assim fosse feito e a empresa contratada viesse efetivamente a requerer em juízo a exclusão da entidade da Administração da lide, este pleito certamente não seria deferido.

Há, contudo, uma variante juridicamente possível: estabelecer contratualmente que, quando demandada judicialmente em litisconsórcio passivo com a entidade da Administração, a empresa contratada daria caução real ou fidejussória (por exemplo, fiança bancária) para garantir uma futura e eventual execução, pleiteando em seguida a exclusão processual da contratante. Nesta hipótese, nem mesmo seria necessária a anuência do reclamante. Estando a eventual execução garantida, não haveria razão para recusar-se o pleito.

Todavia, insta consignar que embora esta medida seja *juridicamente* viável (já que não há impedimento para a inserção de tal cláusula), não parece que ela seria, na prática, eficaz. Ora, é razoável supor que as empresas contratadas que, por problemas econômicos, viriam a inadimplir as obrigações trabalhistas certificadas em sentença são as mesmas que, por idênticas razões, não poderiam garantir previamente a execução.

Esta medida seria eficaz apenas quando a empresa contratante possuísse condições materiais de garantir a execução de forma prévia. Considerando que uma tal empresa provavelmente satisfaria também os créditos trabalhistas nos quais eventualmente viesse a ser condenada (e que portanto, neste caso específico, não haveria risco de ônus decorrentes da responsabilidade subsidiária), o benefício da medida consistiria apenas em fazer com que a Administração Pública nem mesmo participasse do processo (evitando, desta forma, os custos do acompanhamento processual da reclamação).

Cabe uma observação adicional. Poder-se-ia cogitar de estabelecer pesada multa contratual (como penalidade administrativa) para a hipótese de descumprimento da cláusula que obriga o contratante a garantir previamente a execução e requerer a exclusão da entidade da Administração Pública. Esta medida produziria dois efeitos: de um lado, facilitaria a recuperação dos gastos secundários da subsidiariedade (por exemplo, custo com advogados, sobrecarregamento do departamento jurídico/procuradoria, desvio de atenção para estas questões etc); de outro, desencorajaria a ação de empresas que, embora possuam patrimônio para satisfazer a execução trabalhista, dela se esquivam deliberadamente, já que deste comportamento poderá lhe resultar ônus ainda maior.

terceirização e a responsabilidade das empresas terceirizantes”, *Suplemento trabalhista*, Revista LTr, n. 67/99, p. 357).

3.3. A exigência de seguro específico

Outra possível medida que precisa ser analisada é exigir-se das contratadas apólice de seguro (na qual a entidade da Administração figuraria como beneficiária), objetivando ressarcimento de valores pagos a título de indenização trabalhista.

Em primeiro lugar, deve ficar claro que a Administração não pode definir a espécie de garantia que o particular irá prestar. De acordo com o § 1º do art. 56, cabe ao contratado optar por uma das modalidades ali previstas (caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária).

Quanto à exigência da garantia específica, até se poderia, em tese, fazê-lo, desde que respeitados os limites percentuais previstos na lei n. 8.666/93.³⁵ Acontece que a questão da exigência de garantia não é passível de resolução *a priori*. Ela envolve ponderação abrangente das circunstâncias do caso concreto.

Sob certo ângulo, é compreensível que a Administração Pública busque todas as formas de cautela para evitar prejuízo ao patrimônio público. Por outro lado, a prestação de garantia muitas vezes representa pesado ônus para o particular. E sob esta perspectiva, poderá dar ensejo à argumentação de que constitui fator de restrição da competição e da livre-participação dos interessados.

Em teoria, esta equação se resolve da seguinte forma: a Administração deverá exigir garantias apenas nas hipóteses em que tal seja *necessário*.³⁶ Na prática, está claro que os problemas decorrerão da interpretação da existência ou não desta necessidade.

Retomando, o que se pode dizer com segurança é que a exigência de uma garantia *específica* para cobrir as eventuais indenizações trabalhistas devidas aumenta os riscos de impugnação quanto à sua desnecessidade. Poder-se-ia argumentar, por exemplo, que a medida seria dispensável, já que a Administração Pública possui ação regressiva para reaver os valores pagos como devedora subsidiária.

35. Art. 56. (...)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

36. Jessé Torres PEREIRA JR., *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 572: "A exigência somente terá sentido se necessária ao adequado cumprimento do contrato, o que vincula a discricão da autoridade".

Ainda neste sentido, observe-se que o art. 71, § 1º da lei n. 8.666/93 dispõe que a inadimplência trabalhista do contratado “não poderá onerar o objeto do contrato”. A redação permite a interpretação de que não caberia constituir garantia específica para este fim.

Há uma última questão que deve ser ponderada a respeito da exigência de garantias. É evidente que o particular incluirá nos seus custos os encargos necessários à sua obtenção, repassando-os em seu preço. Por esta razão, é legítimo concluir que, em última análise, quem pagará pela garantia será a própria Administração. Ou seja, neste caso, a minoração dos ônus decorrentes da responsabilidade subsidiária trabalhista é meramente aparente.

Ainda mais, do ponto de vista econômico, a medida talvez não seja conveniente. É que a Administração acabará transformando uma obrigação futura e incerta em custos atuais e certos, ainda que de menor valor.

3.4. A retenção da garantia.

Uma alternativa a esta medida anterior seria a inclusão de cláusula contratual que previsse a *retenção* da garantia (ou de parte da garantia) fornecida pelo contratado por *um certo prazo* após o final das atividades relativas ao contrato. A retenção visaria à utilização desta garantia para cobrir os valores que a Administração viesse a suportar como responsável subsidiária pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do contratado. Ao final deste prazo, para liberação da garantia, o contratado teria que comprovar a inexistência de reclamações trabalhistas nas quais o reclamante pleiteie verbas relativas a atividades desenvolvidas na execução do serviço contratado pela Administração.³⁷

Nesta hipótese, ao contrário da anterior, não se exige garantia *adicional* do contratante, através da contratação de um seguro específico. Apenas retém-se aquilo (ou parte daquilo) que ele prestou como garantia geral da execução do contrato. Por isso mesmo, diminuem-se os riscos de impugnação por “desnecessidade da garantia exigida”. Ainda assim, tampouco esta solução está imune a problemas.

O primeiro deles é que o § 4º do art. 56 dispõe expressamente que “a *garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do*

37. Em consonância com a nossa observação anterior de que a execução só poderia recair sobre o patrimônio da consultante se ela houvesse participado da reclamação (o que, aliás, é decorrência do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, e requisito expresso do Enunciado 331 do TST), a comprovação de inexistência de reclamações trabalhistas seria dispensável. É apenas por cautela que se a recomenda, já que não se pode afastar a possibilidade de uma má-aplicação do Direito neste particular.

contrato”. Assim, seria possível impugnar a previsão de retenção da garantia com fulcro neste dispositivo.

Neste caso, no entanto, seria possível contra-argumentar que esta aludida “execução” compreende o período posterior às atividades relativas ao contrato em que o contratado ainda se encontra de algum modo responsável. Trata-se de tese que possui apoio doutrinário. Para Marçal Justen Filho, “*a garantia deve prevalecer se e enquanto persistir a responsabilidade do particular. Portanto, a ‘execução’ do contrato a que alude o § 4º deve ser entendida como a ‘total liberação’ do co-contratante*”.³⁸

Superada esta questão, no entanto, há uma segunda dificuldade: a definição do período de retenção da garantia. Uma primeira possibilidade seria utilizar o prazo de 2 (dois) anos, já que é este o prazo da prescrição total trabalhista. A reclamação proposta após dois anos de extinção do contrato de trabalho (cf. art. 7º, XXIX, da Constituição) poderia ser extinta de pronto, de acordo com o art. 269, IV, do Código de Processo Civil (aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho, a teor do art. 769 da CLT).

Repita-se, todavia, que o prazo prescricional se inicia da *extinção do contrato de trabalho* (e não do final das atividades relativas ao contrato firmado com o poder público). Para compreender o problema, imagine-se que, após a execução das atividades compreendidas no contrato de empreitada entre o Poder Público e a empreiteira, esta lota um de seus empregados em outras obras/serviços. Este empregado segue trabalhando para a empresa contratada. Seu contrato de trabalho só vem a ser extinto dois anos e meio após isto.

A partir desta data (quando, perceba-se, já não estaria mais retida a garantia prestada pelo contratado ao Poder Público), este empregado terá ainda dois anos para propor uma reclamação trabalhista. Quando o fizer, poderá pleitear todas as verbas trabalhistas inadimplidas não atingidas pela prescrição quinquenal.³⁹ Ou seja, poderá exigir todas as verbas inadimplidas a que tinha direito no prazo de cinco anos que antecedeu a data de propositura da reclamação. Nisso estarão certamente incluídas verbas relativas à época em que ele atuou “em benefício”

38. Marçal JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 8. ed., São Paulo, Dialética, 2000, p. 516.

39. Explica-se: a prescrição trabalhista é de duas espécies. Há a prescrição total (dois anos) e a prescrição parcial (cinco anos). A primeira relaciona-se como Em simples termos: após terminado o seu contrato de trabalho, o empregado tem dois anos para propor ação trabalhista. Quando o fizer, poderá pleitear todas as verbas relativas inadimplidas relativas aos serviços prestados nos cinco anos anteriores à data de propositura da reclamação.

da Administração. E em relação a estas verbas, haverá responsabilização subsidiária.

Até se poderia sustentar que, nesta hipótese, já teria havido prescrição total “em relação ao Poder Público”. Mas o acolhimento desta tese é duvidoso, uma vez que o dispositivo constitucional refere-se expressamente à “extinção do contrato de trabalho”.

Diante deste impasse, dois caminhos se descortinam. O primeiro é adotar esta medida tal qual acima apresentada (com o prazo de retenção de 2 anos), compreendendo que a proteção que dela advém será meramente temporária e parcial.

O segundo caminho é ampliar o prazo da retenção para o tempo em que a proteção seria plena. Isto implicaria a adoção do prazo de 5 (cinco) anos. No entanto, se por um lado esta solução garante a proteção da Administração, por outro lado onera demasiadamente a avença para o contratado. E disso decorrerá inevitavelmente uma destas duas coisas: ou a redução do número de interessados em contratar com o Poder Público (o que significa contratos menos vantajosos) ou o repasse destes ônus para o valor do contrato.

Além disso, aumenta-se a probabilidade de impugnação da disposição contratual pelos órgãos de controle, com fulcro seja no art. 71, § 1º, ou no art 56, § 4º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

4. CONCLUSÃO

Enfim, não nos parece haver solução jurídica que garanta a isenção total da Administração dos custos decorrentes da sua responsabilidade pelos débitos trabalhistas inadimplidos pelo empregado contratado. De todo modo, está claro que a utilização de alguma das medidas acima cogitadas, em conjunto ou separadamente, contribuirá para diminuir significativamente tais riscos, tornando-os menos constantes.

5. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ísis de. “A intervenção de terceiro no processo trabalhista”, *Compêndio de Direito Processual do Trabalho*, 3 ed., São Paulo, LTr, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo, RT, 2001.

BOLLMANN, Desirré; ÁVILA, Darlene Dorneles de. “Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei de licitações: responsabilidade da Administração Pública direta e indireta (inclusive empresa pública e sociedade de economia mista) à luz do Enunciado n. 331, do TST”. *Revista LTr*. Ano 61. Fevereiro de 1997.

- CESARINO JR., *Direito social brasileiro*, 5. ed., Rio de Janeiro, 1963, t.1.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Do chamamento ao processo e da responsabilidade subsidiária no direito processual trabalhista”, *Revista LTr*, v. 62, n. 9, Set/98.
- FLEURY, Rodrigo Curado. “A responsabilidade da Administração Pública na contratação de serviços terceirizados”. *Revista LTr*. Ano 66. Março/2002.
- GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*, 13. ed, São Paulo, Saraiva, 2003.
- GUEDES, Luciano Palhano. “A responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte de suas contratadas – uma leitura constitucional”. *Revista Contexto Jurídico*, n. 1, Setembro de 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 10. ed, São Paulo, Dialética, 2004.
- LAMY, Eduardo de Avelar. “Súmula Vinculante: um desafio”, *Revista de Processo*, n. 120, ano 30, fev/2005.
- MACÊDO, Rosana Devito Cavaleiro de. “Reclamação contra empregador e responsável subsidiário e intervenção iussu iudicis no processo trabalhista de conhecimento”, *Revista LTr*, v. 60, n. 2, Fevereiro de 1996.
- MARTINS, Sergio Pinto. “Enunciado 331 e a nova redação do inc. IV: inadimplemento de encargos trabalhistas e responsabilidade da Administração Pública”. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 26, n. 100, out/dez 2000.
- MELO, Carlos Marcos Batista de. “Os enunciados ns. 331, IV e 363, do C. TST”, *Revista LTr*, v. 65, Nov/2001.
- MOURA, Leonardo Jubé de. “Responsabilidade subsidiária dos entes da Administração por débitos trabalhistas – Enunciado 331/TST – Ilegalidade e Inconstitucionalidade”. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 8, n. 4, jan/mar 2002.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Curso de direito processual do trabalho*, 14. ed., São Paulo, Saraiva, 1999.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. “A terceirização e a responsabilidade das empresas terceirizantes”, *Suplemento trabalhista, Revista LTr*, n. 67/99.
- OLIVEIRA, Dalva Amélia de. “A responsabilidade subsidiária do ente público pelo cumprimento das obrigações trabalhistas pelas empresas contratadas para execução de serviço público”, *Revista da Ematra TRT/RJ*, ano 5, n. 6. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos Enunciados do TST*, 4. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. “Terceirização e responsabilidade patrimonial da Administração Pública”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n. 11, fevereiro, 2002, p. 06. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2006.
- PEREIRA JR., Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*, 26. ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Processo trabalhista de conhecimento*, 3. ed., São Paulo, LTr, 1994.
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 1997.
- SANTOS, Álvaro dos. “A responsabilidade civil da Administração Pública frente aos contratos de trabalho em face da concessão de serviços e obras públicas”. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho*, n. 10, 2000.
- SILVA, Janildo Honório da. “Terceirização – Responsabilidade subsidiária da empresa contratante no processo do trabalho”, *Suplemento Trabalhista, Revista LTr*, 134/02.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Alguns reflexos da emenda constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o processo civil”. *Revista de Processo*, n. 124, ano 30, jun/2005.

VII

A EFICÁCIA DA DECISÃO ENVOLVENDO A REPERCUSSÃO GERAL E OS NOVOS PODERES DOS RELATORES E DOS TRIBUNAIS LOCAIS¹

José Henrique Mouta Araújo

Mestre e doutor em direito (UFPA), professor da Universidade da Amazônia, do Centro Universitário do Estado do Pará da Faculdade Ideal, procurador do estado do Pará e advogado.

RESUMO: O ensaio procura enfrentar alguns aspectos ligados ao novo requisito de admissibilidade recursal, consagrado pela EC 45/2004 e regulamentado pela Lei 11.418/2006. Com efeito, procura-se demonstrar que, com a implantação da repercussão geral como requisito específico para o recurso extraordinário, há a necessidade de repensar alguns institutos processuais, como a competência recursal, a inalterabilidade do julgamento e os poderes dos relatores e do Plenário do STF. Outrossim, será enfrentada a hipótese da repercussão geral por amostragem (em causas repetidas), e os novos poderes dos ministros relatores e dos próprios tribunais ordinários no que respeita ao julgamento dos recursos sobrestados, incluindo a eficácia vinculante da decisão aos casos repetidos.

ABSTRACT: The present essay finds to face some aspects related to the new requirement of appeal admissibility; consecrated by the Constitutional Emend 45/2004, and regulated by Law 11.418/2006. With effect, the essay find to demonstrate that, with the implement of the general repercussion as specific requirement

to the extraordinary appeal, there is a need to rethink about some procedural rules, as the appeal competency, the unchangeability of the judgement and the powers of law reporter and SFC Plenary. Besides, it will be faced the hypothesis of general repercussion for sample (in repeated causes), the new powers of Minister Reporters and of the own ordinary courts in respect of judgement of suspended appeals, including the effectiveness relative to repeated cases decision.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal – Grande quantidade de recursos – Repercussão geral – Conceito – Requisitos de admissibilidade recursal – Poderes do Plenário do STF – Eficácia da decisão aos casos repetidos – Novos poderes do relator e do tribunal local – Juízo de mérito do recurso extraordinário.

KEYWORDS: Supreme Federal Court (SFC) – Great amount of appeals – General repercussion – Concept – Requirements of appeal admissibility – Effectiveness of decision to the repeated cases – New powers of law reporter and of local court – Judgement of merit of extraordinary appeal.

1. Este trabalho, revisto e atualizado após a Emenda Regimental 21/2007 do STF, foi publicado na versão original na Revista de Processo n. 152, ano 32, pp. 181-195.

SUMÁRIO: I. Introdução – II. Tentativa de conceituação da repercussão geral. Análise dos aspectos *objetivo* e subjetivo envolvendo a *questão constitucional* – III. Repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciado – os novos poderes do relator e do tribunal local. A análise por amostragem.

I. INTRODUÇÃO

Um tema que sempre provocou grandes discussões refere-se a chamada *crise do judiciário, inclusive dos Tribunais Superiores*. Especialmente nas últimas décadas novos instrumentos foram criados, e outros aperfeiçoados, visando a diminuição do tempo de duração da litispendência e do número de processos em tramitação em graus excepcionais.

Importante mencionar, à título de ilustração, alguns instrumentos consagrados no ordenamento jurídico nacional como tentativas de superação desta crise²: a) ampliação dos poderes dos relatores (art. 557 do CPC); b) implantação da súmula vinculante e da súmula impeditiva de processamento de recursos³; c) distribuição imediata dos processos; d) deslocamento da competência de alguns feitos para a Justiça Militar; e) criação de novo requisito de admissibilidade para o RE – a repercussão geral.

Com a repercussão geral para o RE – aspecto principal do presente trabalho – objetivou a EC 45, e posteriormente a lei 11.418/06, a criação de um filtro restritivo de acesso ao STF, deixando aquele Tribunal com competência apenas para apreciação dos casos com maior repercussão coletiva.

Estabeleceu, portanto, a EC 45/2004, um requisito de admissibilidade diferenciado para o cabimento do recurso extraordinário, sendo apenas indiretamente relevante a discussão da *justiça* ou *injustiça* individual, bem como a ocorrência de frontal violação à CF/88.

In casu, procurou o Constituinte restabelecer – com algumas diferenças – o instituto da *arguição de relevância* previsto na carta constitucional de 1967, eis

2. Outros institutos advindos da EC 45 também tiveram por enfoque a melhoria da prestação jurisdicional em nível recursal, como a alteração da competência para o STJ apreciar violação entre lei federal e ato de governo local, deixando para o STF apenas a competência recursal para análise de violação de lei federal em decorrência de lei local o que, em última análise, perpassa pela análise de preceitos constitucionais (arts. 105, III, *b c/c* art. 102, III, *d* da CF/88).
3. Recomenda-se a leitura dos seguintes textos, especialmente desenvolvidos para estes assuntos: ARAUJO, Jose Henrique Mouta. *Processos repetitivos e os poderes do Magistrados diante da Lei n 11.277/06. Observação e críticas*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 37, n. 8, p. 69-79, 2006 e ARAUJO, Jose Henrique Mouta. *Súmula impeditiva de recursos. Uma visão sobre o atual quadro processual brasileiro*. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, v. 39, p. 86-92, 2006.

que também consagrava competência específica ao STF para as *causas superiores*.

Contudo, com a CF/1988 a arguição de relevância foi extinta⁴, sendo consagrada uma *nova versão de restrição recursal* ao STF, advinda da EC 45.

Nessa nova versão, como já apontado, tem-se um requisito de admissibilidade diferenciado para o julgamento do mérito do RE, culminando com o estabelecimento de *novos poderes* aos Ministros Relatores e também aos tribunais locais.

Antes de se enfrentar estes *novos poderes*, cumpre discutir o que significa *repercussão geral*. O que pretende o constituinte e o legislador infraconstitucional com a expressão *repercussão geral*? *Qual seu conceito e suas hipóteses*? Assunto que merece tratamento no próximo item.

II. TENTATIVA DE CONCEITUAÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL. ANÁLISE DOS ASPECTOS OBJETIVO E SUBJETIVO ENVOLVENDO A QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Após a apresentação do tema e análise dos aspectos introdutórios, mister enfrentar o que pretende o constituinte e a lei 11.418/06 com a expressão *questão constitucional com repercussão geral*.

Visando melhor enquadramento do tema, mister dividi-lo em duas partes: i- Análise da expressão *questão constitucional*, prevista no art. 102, §3º, da CF/88 e no art. 543-A, do CPC; ii- Abordagem do que significa a *repercussão geral* como requisito específico para o recurso extraordinário.

O que será questão constitucional? O termo *questões* é extremamente relevante em direito processual e pode ter diversos significados. Ora é utilizado como *antecedente*, ora como *mérito* (objeto de decisão judicial) e, por vezes, como *fundamentos*.

Aliás, é possível distinguir o *objeto de cognição* e o *objeto de decisão*. Naquele, as questões (*incidenter tantum* – antecedentes) são conhecidas e enfrentadas, neste a questão (aqui sendo *principaliter tantum*) é conhecida, enfrentada e decidida, inclusive, formando coisa julgada material.

4. Interessante observar que o Regimento Interno do STF ainda mencionava, até as alterações advindas da Emenda Regimental n. 21/2007, em algumas passagens, o instituto da arguição de relevância, como se pode observar nas redações anteriores dos arts. 238, IV, VI, VII e 329.

Ainda há a necessidade de observar que *questão* pode ser de fato ou de direito, mas não se confunde com o próprio mérito (ou o *thema decidendum*). Realmente, na cognição judicial, devem ser enfrentadas questões processuais e questões substanciais, que corroboram para a solução do conflito.⁵

Por outro lado, a palavra *questão* também significa *ponto de fato ou de direito controvertido* de que dependa o pronunciamento judicial, hipótese em que é resolvido como incidente processual⁶ e constará na fundamentação do julgado, como prevê o art. 458, II, c/c art. 469, ambos do CPC. Nesse aspecto, as questões decididas *incidenter tantum* não ficam imunizadas pela coisa julgada.

Aliás, utilizando expressão de Francesco Carnelutti, pode-se aduzir que *questão* é ponto duvidoso, de fato ou de direito.⁷

Contudo, *questão* também é utilizada em direito processual como sinônimo de objeto litigioso (*thema decidendum*), atingido pela coisa julgada, haja vista que discutida *principaliter tantum*.

Neste aspecto, a palavra *questão* possui íntima ligação com o conceito de mérito (objeto litigioso do processo), aqui concebido como questão principal a ser enfrentada, discutida e discutida durante o andamento do feito.

De toda sorte, pela análise que se faz dos arts. 102, §3º, da CF/88 e 543-A, do CPC, é razoável entender como *questão constitucional* os pontos, fundamentos constitucionais tratados na demanda, e não necessariamente o *mérito da* demanda.

Esta *questão constitucional* deve trazer repercussão geral, conceito este ligado a assunto significativo, relevante, diferenciado, com repercussão social,

5. Cândido Rangel Dinamarco ensina que: “ponto é, em prestigiosa doutrina, aquele fundamento da demanda ou da defesa, que haja permanecido incontroverso durante o processo, sem que as partes tenham levantado discussão a respeito (e sem que o juiz tenha, de ofício, posto em dúvida o fundamento); discordem as partes, porém, isto é, havendo contestação de algum ponto por uma delas (ou, ainda, havendo o juiz suscitado a dúvida), o ponto se erige em questão. Questão é, portanto, o ponto duvidoso. Há questões de fato, correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes; e de direito, que correspondem à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma hierarquicamente superior”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo. n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 25).
6. Nesse sentido, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Item do pedido sobre o qual não houve decisão*: possibilidade de reiteração noutro processo. In *Temas de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. (2. série).
7. De acordo com suas lições: “In quanto una affermazione, compresa nella ragione (della pretesa o della contestazione), possa generare un dubbio e così debba essere verificata, diventa una *questione*. Perciò la questione si può definire un punto dubbio, di fatto o di diritto, e la sua nozione è correlativa a quella di affermazione”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1. p. 353).

econômica ou jurídica⁸. Enfim, pela leitura do dispositivo legal é possível afirmar a necessidade de demonstrar o aspecto diferenciado que ultrapasse os limites subjetivos da causa.

Aliás, possível é observar certa vagueza e indeterminabilidade⁹ no conceito de repercussão geral identificado no art. 543-A, §1º¹⁰. Assim, a interpretação e a conclusão acerca de sua presença devem ser demonstradas (de forma fundamentada) na decisão que a reconheça na causa em julgamento e, em maior grau, naquela plenária que a afasta.

Com esse novo requisito, o que se destaca é o papel do STF para, ao lado de primar pela correta aplicação dos preceitos constitucionais, discutir tão-somente as causas recursais com aspecto macro (supra, superior, diferenciado), não sendo mais órgão com competência para solucionar as demais amarguras recursais (sem qualquer reflexo coletivo diferenciado) mesmo nos casos de interpretação equivocada da própria Constituição¹¹.

Portanto, essa vagueza conceitual¹² deve ser interpretada caso a caso, servindo de parâmetro para os recursos subseqüentes que envolvem a mesma temática. Aliás, interessante é observar a previsão do §2º do mesmo dispositivo, ao imputar ao recorrente o ônus de demonstrar a existência da repercussão geral em seu apelo extremo.

8. Para Arruda Alvim, “a instituição da *repercussão geral* envolve a outorga de um *poder político* ao tribunal que haverá de apreciar as causas marcadas por importância social, econômica, institucional ou jurídica”. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 86.
9. Mas não discricionariedade. Aliás, no que respeita ao art. 543-A, §1º, vale transcrever as lições de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “embora não se esteja diante de conceitos determinados, ou seja, daqueles cujo referencial semântico é facilmente identificável no mundo empírico, existem indubitavelmente, critérios para que se possam identificar ‘questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa’. Deve-se afastar definitivamente a idéia de que se estaria aqui diante de uma decisão de natureza discricionária”. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 242.
10. Ao contrário, no caso do §3º do mesmo dispositivo não se observa essas características, tendo em vista que a repercussão geral estará presente por força do simples desatendimento de súmula ou jurisprudência dominante do STF. A análise, portanto, será objetiva.
11. Sobre o assunto, Rodrigo Barioni observou que “uma das mais importantes objeções contra a adoção do critério da ‘repercussão geral das questões constitucionais’ para a admissibilidade do recurso extraordinário diz respeito ao fato de a Corte Suprema voltar as costas para causas de interesse meramente individual, cujo *error in iudicando* da matéria constitucional, pela falta de ‘repercussão geral’, inviabilizará o reexame desse tema pelo STF”. *O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 722.
12. Comentando o texto constitucional, Elvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge ensinam que: “por se tratar de conceito vago, o importante é que ao menos se consiga vislumbrar diretivas claras e precisas capazes de permitir que os cidadãos tenham conhecimento mínimo de que tipo de ofensa à Constituição Federal poderá

Ora, mesmo tendo o recurso paradigma¹³ presunção de presença do requisito da repercussão geral (que apenas pode ser derrubada por deliberação de 2/3 dos membros do STF), ainda assim o legislador imputou àquele que detém a presunção o ônus de demonstrá-la. Essa demonstração, numa análise preliminar, tende apenas a ratificar a presença do requisito, eis que a presunção está em favor do recorrente.

A bem da verdade, a fundamentação envolvendo a repercussão geral é vista em três momentos: a) é ônus do recorrente demonstrar sua existência; b) a Turma julgadora, se decidir pela presença do requisito, também deverá demonstrar as razões de convencimento; c) o Plenário, ao afastá-la, também deverá fundamentar a decisão, inclusive levando em conta a importância da decisão para os casos posteriores (art. 543-A, §5º c/c art. 93, IX, CF/88).

Destarte, é razoável entender que pretendeu o legislador, ao regulamentar o texto constitucional no aspecto subjetivo, expressar conceitos vagos que passarão a delimitar o *aspecto coletivo das múltiplas controvérsias que serão apreciadas pelo STF*. Talvez na área do direito metaindividual a exclusão da repercussão geral seja pouco mais difícil, tendo em vista que o dano *metaindividual* (como, v.g. no direito ambiental) por certo enseja relevância pelo menos do ponto de vista social que possivelmente ultrapassa os limites da causa. Nesse caso, necessário será o enfrentamento concreto do conceito de repercussão geral, evitando-se que a decretação de inexistência acabe por gerar a própria negativa de prestação geral.

Outrossim, no aspecto *objetivo* (art. 543-A, §3º), a demonstração da repercussão geral tende a ser tarefa menos complexa. *In casu*, a intenção do dispositivo é bem diferenciada e indica clara tentativa de manutenção das decisões anteriores proferidas pelo próprio STF (plenárias ou não)¹⁴, inclusive em causas que não apontem necessariamente para o aspecto macro anteriormente demonstrado.

ser apreciada pelo STF. Como dito, o Supremo é o guardião da Constituição, contudo, após a EC n. 45, nem todas as decisões que porventura firmam o Texto Constitucional, ficarão submetidas a seu crivo. Assim é que, caberá à doutrina e principalmente ao Excelso Supremo a responsabilidade de indicar parâmetros tipificadores do novo requisito”. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 188.

13. Esta afirmação apenas pode ser feita para o *recurso paradigma*, eis que nas hipóteses de matérias repetidas e mesmo nos casos em que é analisado este requisito por amostragem, o tratamento legislativo ampliou os poderes dos Ministros Relatores e do próprio tribunal local para decretar sua inexistência, inclusive decidindo a sorte do recurso sem qualquer análise plenária (art. 543-A, §5º e 543-B, do CPC – redação advinda da Lei 11.418/06).

14. Realmente, ao apontar a expressão *jurisprudência dominante*, o legislador acaba por ampliar o âmbito de vinculação das decisões do STF, advindas ou não do Pleno.

Aliás, na nova regulamentação do RISTF, advinda da Emenda Regimental 21/2007, garantiu-se o poder do relator de decidir monocraticamente acerca da existência ou não de repercussão geral nas situações em comento, eis que o art. 323, §1º do regimento consagra a prescindibilidade de comunicação entre os Ministros nos casos em que a repercussão geral já houver sido reconhecida pelo Tribunal ou impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante do próprio Pretório.

Portanto, o poder do relator é mais claramente observado nas duas situações em que se dispensa a comunicação entre os demais membros da corte, a saber: a) casos repetidos em que já foi decretada a inexistência de RG; b) nas situações em que as decisões recorridos não atendem súmula ou jurisprudência dominante.

Necessário, afirmar, de passagem, que as últimas reformas constitucionais e infraconstitucionais caminharam no sentido de manutenção e preponderância dos precedentes dos Tribunais Superiores. De fato, a previsão de súmula vinculante, impeditiva de recurso e de reexame necessário podem bem exemplificar a tendência de preponderância das decisões coletivas oriundas destes Órgãos.

Assim, é possível identificar no âmbito da repercussão geral essa tentativa de preponderância, com a afirmação legal de que *haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal* (art. 543-A, §3º, do CPC). Se de um lado o não atendimento à súmula vinculante ensejará a apresentação de reclamação (art. 7º da Lei 11.417/06), de outro a não observância de súmula (sem caráter vinculante) ou de jurisprudência dominante do STF de imediato já demonstra a presença de repercussão geral.

A rigor não se está diante de causa *coletivamente relevante* (como as previstas no art. 543-A, §1º, do CPC), mas sim *juridicamente relevante*, eis que objetiva servir de estímulo ao atendimento dos pronunciamentos da Corte Máxima. A partir do momento que o legislador consagra a presença de repercussão geral pela simples inobservância do precedente do Tribunal, está claro o caráter pedagógico do recurso extraordinário sob dois enfoques: i- há tentativa de implementar *maior eficácia* às decisões proferidas pelo STF mesmo que não sumuladas ou quando estas não possuem o caráter vinculante; ii- pretende-se desestimular sejam prolatadas decisões contrárias às interpretações majoritárias perpetradas pelo STF.

Aliás, deve também restar claro que, nas situações previstas no art. 543-A, §3º, do CPC, não se está necessariamente diante de uma causa com um *aspecto coletivo do recurso*, mas sim do âmbito pedagógico da repercussão geral. É possível, inclusive, que o recurso extraordinário seja interposto discutindo causas individuais sem qualquer conotação relevante que ultrapasse o limite subjetivo

da lide, desde que o recorrente demonstre a presença de súmula ou jurisprudência dominante do STF em sentido contrário ao decidido nas instâncias ordinárias.

Em verdade, esta hipótese funciona como filtro de restrição recursal para o STF, desta feita muito mais ligado ao caráter pedagógico, talvez objetivando que os outros órgãos do Judiciário acolham e apliquem o entendimento colegiado do Excelso Tribunal.

Antes de encerrar este item, é interessante observar e indagar se tais restrições se aplicam no âmbito do processo penal. A Lei 11.418/06 acrescentou os arts. 543-A e 543-B, ao CPC, gerando uma interpretação inicial de que apenas se aplica aos processos cíveis. Contudo, a previsão constitucional da repercussão geral é ampla, envolvendo qualquer recurso extraordinário. Logo, será que a regulamentação do CPC também será aplicável ao processo penal?

Apenas o tempo dará a solução sobre esta problemática. Contudo, neste momento é possível indicar uma resposta negativa à referida indagação, mesmo se tratando de recurso de fundo constitucional.

Realmente, em que pese o recurso extraordinário ter fundo constitucional (art. 102, da CF/88), apenas com a Lei 11.418/06 ocorreu a regulamentação da repercussão geral, tão-somente para as causas cíveis ou, no mínimo, naquelas em que o CPC se aplique subsidiariamente, como no âmbito trabalhista¹⁵. Contudo, o processo penal tem preceitos e procedimento próprios, pelo que se defende a necessidade de regulamentação do instituto também na esfera penal.

Ademais, até que ocorra regulamentação e delimitação concreta, o próprio ilícito penal já indica a presença da repercussão geral do ponto de vista social. Logo, os recursos extraordinários que demonstrem a presença de violação constitucional no âmbito do processo penal já iriam merecer apreciação pelo Pretório Excelso. Visando evitar que tal requisito se torne letra morta no âmbito do processo penal, melhor será a regulamentação também naquele ramo do direito processual.

III- Repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciado – os novos poderes do Relator e do tribunal local. A análise por amostragem

Neste momento, cumpre enfrentar a repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciado e com eficácia vinculante.

15. Aliás, o legislador trabalhista antecipou-se ao próprio constituinte e estabeleceu, desde 2001, por medida provisória, que o TST examinará previamente, no recurso de revista, se a causa oferece transcendência com relação aos aspectos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica (art. 896-A, da CLT).

Os recursos excepcionais (RE e REsp, bem como o RR trabalhista), por força da cognição restrita (recursos de estrito direito) caracterizaram-se pela presença de requisitos de admissibilidade diferenciados, normalmente ligado às preliminares antecedentes do mérito recursal¹⁶. Estes requisitos, em regra, têm apreciação *bifásica*, primeiramente pelo tribunal local (art. 542, §1º, do CPC) e, em seguida, pelo Tribunal Superior, em dois momentos (pelo Relator – art. 557 e pelo Colegiado).

Enfim, a característica dos recursos excepcionais se pauta pelo duplo juízo de admissibilidade, permitindo com isso a negativa de seguimento aos recursos pelos próprios tribunais estaduais ou regionais (federais, trabalhistas, etc).

Contudo, quando o assunto é a repercussão geral como requisito de admissibilidade diferenciada, esta característica deve ser revisitada, bem como deve ser reinterpretado o poder do relator previsto no art. 557 do CPC.

Como já mencionado anteriormente, o recurso extraordinário paradigma goza de presunção de repercussão geral, que apenas pode ser derrubada por apreciação plenária¹⁷ e com voto de 2/3 dos Ministros do Supremo. Logo, trata-se de requisito de admissibilidade diferenciado, cuja apreciação não pode ocorrer, pelo menos no primeiro recurso (na primeira análise da *questão constitucional*), no tribunal local e nem pelo Relator do STF¹⁸⁻¹⁹.

16. “O juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado de questões prévias. Estas questões são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito do recurso, pois que lhe são antecedentes”. NERY JR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6ª edição. São Paulo: RT, 2004, p. 252.

17. Não se deve esquecer que o RISTF foi alterado para permitir, de forma constitucionalmente controvertida, a comunicação eletrônica entre os Ministros.

18. É interessante observar a utilização, pelo art. 102, §3º, da CF/88, da palavra Tribunal, com T maiúsculo, demonstrando que está se referindo ao Tribunal Excelso. Logo, a condição de admissibilidade envolvendo a repercussão geral é exclusiva do colegiado máximo do STF. No mesmo sentido, entendem Élvio Ferreira Sartório e Flávio Cheim Jorge que: “houve por bem o legislador em dizer que o Tribunal (com letra maiúscula) competente só pode recursar a causa por ausência da *repercussão geral* por meio a manifestação de dois terços de seus membros. A letra maiúscula de Tribunal sugere que o Tribunal competente é o STF, uma vez que na sistemática da Constituição Federal de 1988 a palavra tribunal (com letra minúscula), em regra, é utilizada para designar os tribunais em geral (ou os ordinários) e, em letra maiúscula, para designar os tribunais superiores”. *O recurso extraordinário e a demonstração da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 186.

19. Necessário observar que o § 4º do art. 543-A do CPC deixa claro que a dispensa de remessa do assunto para o plenário apenas ocorrerá se a turma decidir pela existência da repercussão geral. Se a interpretação for em sentido contrário, deverá o assunto ser apreciado pelo Plenário do STF. Logo, a Turma apenas pode declarar a presença da repercussão, configurando-se um requisito de admissibilidade de sua competência apenas no aspecto positivo.

Necessário observar que o § 4º do art. 543-A do CPC deixa claro que a dispensa de remessa do recurso para o julgamento Colegiado (não necessariamente em Plenário)²⁰ apenas ocorrerá se a Turma decidir pela existência da repercussão geral. Se a interpretação for em sentido contrário, deverá o assunto ser apreciado pelo Plenário do STF. Logo, para a Turma, trata-se de requisito de admissibilidade diferenciado e apenas em uma direção: a decretação de sua presença.

Nesse momento, mister abrir um parêntese para aduzir que a Emenda Regimental n. 21/2007, ao alterar dispositivos ligados ao Regimento Interno do STF, permitiu que a comunicação entre os Ministros não seja necessariamente no momento do julgamento em sessão, mas de forma eletrônica. Destarte, analisando-se os arts. 323, 324 e 325 do RISTF é possível concluir no seguinte sentido: a comunicação entre os Ministros, no sentido de verificar se há ou não repercussão, deve ser feita por meio eletrônico.

Assim, seguindo as diretrizes do RISTF poderão ocorrer as seguintes situações: i) não sendo inadmitido o recurso por outra razão, os demais Ministros apresentam suas manifestações sobre a existência ou não de RG. Não sendo recebida a resposta no prazo regimental de 20 dias ou caso a manifestação seja no sentido de que há este requisito, o recurso será julgado (art. 325); ii) caso as respostas, em sua maioria, seja no sentido de que não há RG, a inadmissão do recurso, mesmo que fundada também na manifestação dos demais membros da Corte Suprema, será feita individualmente pelo próprio Relator, cuja decisão será irrecurável (art. 325, § único, do RISTF, com as alterações advindas da Emenda Regimental 21/2007).

Com as alterações advindas da Emenda, alguns questionamentos precisam ser enfrentados, como os seguintes: como ficará a intervenção do *amicus curiae*? Será garantido o contraditório, ampla defesa ou mesmo defesa oral?

Não se pode deixar de registrar que a comunicação eletrônica entre os Ministros está em perfeita consonância com a nova sistemática processual. Contudo, com esta forma de comunicação, tudo também será eletrônico, como a defesa, a intervenção e mesmo a *defesa oral* (melhor denominada de *defesa oral eletrônica*).

Aliás, mister indicar que, em certo ponto, ocorre contradição entre os arts. 557 do CPC e o dispositivo que trata da repercussão geral. Ora, o art. 557

20. Mais uma vez mister observar que as alterações do RISTF podem ensejar discussões quanto a inconstitucionalidade dessa comunicação eletrônica, eis que a previsão constitucional de derrubada da RG é por voto de 2/3 dos Ministros. Esse voto, a rigor, é feito em sessão de julgamento, pelo que a comunicação e a votação eletrônica (sem reunião plenária), apesar de ensejar maior efetividade, pode provocar interpretações no sentido de violar o texto constitucional.

específica, dentre os poderes do relator, o de negar seguimento a recurso inadmissível.

Contudo, qual admissibilidade prevalece em termos procedimentais: aquela prevista no art. 557 do CPC que não incluiu a decretação da inexistência da repercussão geral, ou a do Colegiado do STF (competente para apreciar o instituto)? Caso a decisão plenária for no sentido de que há repercussão geral, poderá novamente o relator aplicar o art. 557 do CPC – não mais liminarmente - em relação aos demais requisitos de admissibilidade ou mesmo julgar o mérito recursal monocraticamente?

Pela análise sistemática do art. 543-A é possível afirmar que a repercussão geral é requisito de admissibilidade prévio aos demais requisitos de admissibilidade recursal²¹. Haverá, portanto, dois momentos de admissibilidade: o *prévio invertido*²², a ser feito pelo Colegiado e, com a decretação positiva, o *segundo*, feito para análise monocrática do Relator.

Não se deve olvidar que o procedimento de apreciação da repercussão geral é assim configurado: i) análise pelo Relator e pela Turma, admitindo-se inclusive manifestação de terceiros (inclusive atuação de *amicus curiae*²³); ii) estando presente o requisito, passa-se para análise dos demais (art 557 do CPC); iii) entendendo o Relator que esta repercussão inexistente, necessariamente a decretação final sobre a falta do requisito é exclusiva do Pleno, pela votação de 2/3 de seus membros, em decisão terá eficácia aos casos posteriores.

Conclui-se esta observação com a seguinte afirmação: o art. 543-A acabou, numa primeira análise, restringindo o poder do Relator previsto no art. 557 do CPC, eis que este não pode ser exercido quanto aos demais requisitos de admissibilidade e também quanto ao próprio mérito recursal antes da apreciação da existência ou não da repercussão geral no recurso paradigma.

21. Arruda Alvim, quanto ao assunto, assevera que “É ato prévio extrínseco à possibilidade mesma da admissão *jurisdicional* do recurso extraordinário, mas essencial, que se coloca como *conditio sine qua non*, para se poder vir a admitir, propriamente, ou para proferir a decisão de admissibilidade do recurso extraordinário”. *A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

22. Com a possibilidade de derrubar a presunção existente em favor do recorrente.

23. Destarte, é possível a manifestação de terceiros no procedimento de análise da repercussão geral, *ex vi*, art. 543-A, §6º, do CPC. Aliás, comentando este dispositivo, escrevem Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina: “Admite a norma, assim, a intervenção de *amicus curiae*, à semelhança do que ocorre no controle concentrado de constitucionalidade”. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 247.

Contudo, tal interpretação não deixa de estar sujeita a crítica, tendo em vista que poderá significar desperdício de tempo. Ora, melhor seria a aplicação do art. 557 do CPC antes da apreciação da repercussão geral, evitando-se que seja levada ao Plenário recurso que por certo ficará fadado ao insucesso diante da ausência dos demais requisitos de admissibilidade²⁴.

Registra-se, por oportuno, que, apesar da previsão do art. 543-A, o RISTF caminha no sentido da interpretação que se está fazendo, eis que o art. 323 esclarece que: *quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o Relator submeterá, por meio eletrônico, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral*²⁵. Esta redação tende a garantir o poder do Relator envolvendo os demais requisitos de admissibilidade, antes mesmo da discussão sobre a existência ou não de RG.

Destarte, a análise prévia da admissibilidade quanto aos demais requisitos de forma monocrática significa maior efetividade da prestação jurisdicional recursal, deslocando a apreciação da repercussão geral apenas nos casos em que a conclusão do Relator for positiva. Apenas o tempo e a interpretação conjunta dos dispositivos processuais poderão chegar a conclusão se realmente a repercussão geral é *admissibilidade dos demais requisitos de admissibilidade*.

De toda sorte, mesmo se a interpretação caminhar no sentido de que o art. 557 é precedente ao 543-A ou de que prevalece o art. 323 do RISTF, ainda assim este trouxe uma restrição ao poder do Relator de apreciar monocrática e imediatamente o mérito recursal (art. 557, §1º-A), tendo em vista que a análise meritória apenas poderá ocorrer após a apreciação e decretação da existência de repercussão geral a ser feita pela Turma. Tal contradição envolvendo o *poder monocrático liminar do Relator* deve ser enfrentada pelos operadores do direito visando estabelecer procedimento mais simples e célere de resolução dos recursos em tramitação no STF.

De outra banda, necessário destacar que a Lei 11.418/06 estabeleceu novos poderes para o Relator, para o Presidente do Tribunal²⁵ e para o próprio tribunal

24. No mesmo sentido, aponta Rodrigo Barioni: “melhor alternativa é conferir ao relator competência para, previamente, exercer o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, nas hipóteses do art. 557 do CPC. Em outras palavras, conclusos os autos ao relator, este poderá, *antes de levar ao colegiado a apreciação sobre a relevância da questão constitucional*, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível ou prejudicado. Não se tratando de inadmissibilidade a ser decretada individualmente pelo relator, deverá ser submetida à consideração do órgão colegiado a questão concernente à repercussão da matéria constitucional”. *O recurso extraordinário e as questões constitucionais de repercussão geral*. Reforma do judiciário. Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier, Luiz Manoel Gomes Jr., Octavio Campos Fischer e William Santos Ferreira (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 728.

25. Em relação a este, o novo art. 327 do RISTF assegura-lhe os seguintes poderes: i) não receber recurso que faltar a demonstração fundada de repercussão geral; ii) também negar recebimento aos recursos cuja matéria

local em outras situações envolvendo a repercussão geral. Fala-se em ampliação dos poderes para as *causas repetidas* cuja questão constitucional já tenha sido apreciada no recurso paradigma.

Destarte, interessante é observar que a sistemática de apreciação da inexistência de repercussão geral é colegiada, mas apenas para o recurso paradigma. Achou por bem o legislador estabelecer *eficácia vinculante* à negativa de repercussão para os recursos posteriores com a mesma *questão constitucional*.

Acredita-se que, em futuro recente, aqui estará um forte instrumento de diminuição do número de recursos idênticos em tramitação junto ao Pretório Excelso. A bem da verdade, de acordo com o dispositivo legal, não importa se houve *error in procedendo* ou *in judicando*, tão-pouco se ocorreu violação direta ao texto constitucional, a partir do momento em que o colegiado do Tribunal decidir que a questão constitucional não tem repercussão geral, *amplia-se o poder do Relator para indeferir liminarmente* outros recursos que tenha a mesma *questão constitucional*.

Trata-se, portanto de clara *eficácia vinculante às decisões que negam a existência de repercussão geral*. Assim, com o passar do tempo e a continuidade de julgamentos no STF, por certo tal dispositivo irá significar um grande e importante filtro de acesso ao Tribunal, sem que se possa falar em violação ao direito fundamental ligado ao acesso à justiça.

Com efeito, tratando-se de Tribunal Constitucional, a intenção da EC 45 foi estabelecer este filtro, também existente em outros países, para garantir a diminuição do número de acessos recursais ao STF. Logo, apenas a primeira análise da *questão constitucional* é feita pelo Colegiado que, decretando sua inexistência, passa a garantir a ampliação do poder monocrático do Relator para os casos repetidos (e também para o Presidente do Tribunal, *ex vi* do art 327 do RISTF).

Em suma, é possível afirmar que o legislador ordinário primeiramente restringiu o poder do Relator para o recurso paradigma; e, em seguida, ampliou este poder para permitir o indeferimento monocrático dos recursos repetidos, salvo se ocorrer revisão da tese (art. 543-A, §5º, do CPC e também art. 327, §1º, do RISTF), decisão esta passível de agravo.

E mais! A Lei 11.418/06, no momento em que acrescentou o art. 543-B ao CPC (bem como a Emenda Regimental 21/2007, ao alterar o RISTF) ampliou também os

carecer de repercussão geral, segundo precedente do próprio Tribunal, excetuando-se casos de revisão da tese.

poderes do tribunal local para as causas repetidas e simultâneas, atingindo – quem sabe – o próprio juízo de mérito dos recursos extraordinários posteriores²⁶.

Como mencionado anteriormente, a repercussão geral é, pelo menos para o paradigma, requisito de admissibilidade exclusivo do STF. Contudo, quando existir multiplicidade de recursos (extraordinários)²⁷ discutindo a mesma questão constitucional, é possível o seguinte procedimento: i) o tribunal local pode selecionar dois ou mais recursos que identifiquem a controvérsia e encaminhá-los ao STF; ii) no Tribunal Excelso, segue-se o procedimento já indicado para verificação da existência ou não da RG; iii) nesse ínterim, os recursos (extraordinários) repetidos ficam sobrestados no tribunal local até apreciação da repercussão geral a ser feita no(s) recurso(s) encaminhado(s) ao STF; iv) se a decretação for positiva quanto ao requisito, os recursos sobrestados terão seguimento ao STF, estando sujeitos, quem sabe, ao juízo de admissibilidade negativo pelo próprio Relator (art. 542, §1º, do CPC – exceto no que respeita a análise da repercussão geral – que já foi feita no recurso precedente)²⁸; v) se o Tribunal Excepcional decretar a inexistência de RG, automaticamente os recursos que estavam sobrestados não serão admitidos – decisão a ser feita no âmbito do próprio tribunal local²⁹; vi) caso o(s) recurso(s) encaminhado(s) seja(m) julgado(s) em seu mérito, os extraordinários pendentes podem ter a seguinte solução junto ao tribunal local: a) possibilidade de retratação, adaptando a decisão recorrida à interpretação do STF; b) caso seja mantido o posicionamento local e admitido o recurso, o STF poderá cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada no recurso paradigma.

26. O art. 543-B estabeleceu que estas alterações serão processadas nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que deverá ser adaptado a esta nova realidade.

27. Acredita-se que apenas poderá haver o sobrestamento dos recursos extraordinários em tramitação ainda no grau originário. A razão é simples: como a repercussão geral funciona como filtro de acesso ao STF, esta restrição não pode ser ampliada para alcançar, *v.g.*, a apelação, tendo em vista que é recurso de cognição ampla e com possibilidade de ampla discussão das questões resolvidas ou não em 1º grau. No que respeita a apelação, as restrições cognitivas estão previstas nos arts. 515 e 516 do CPC, não havendo a necessidade de demonstração da repercussão geral para garantir o julgamento do mérito recursal. Portanto, apenas os recursos extraordinários já interpostos envolvendo matéria constitucional repetida ainda em trâmite no tribunal *a quo* é que poderão ser sobrestados até o posicionamento final do STF em relação aos recursos paradigmas encaminhados.

28. Enquanto não ocorrer revisão da tese consagrada no julgamento do recurso paradigma.

29. Possível é observar, aqui, a clara *invasão* do STF no juízo de admissibilidade que sequer foi feito pelo tribunal local, eis que os recursos que ficaram sobrestados ainda estavam pendentes dessa apreciação. Contudo, a partir do momento que, por amostragem, o Tribunal conclui que a questão constitucional tratada não tem repercussão geral, automaticamente amplia a eficácia de tal decisão aos recursos sobrestados, independente de interpretação em sentido contrário da Presidência do tribunal local. Em última análise, o art. 543-B §2º do CPC, acaba por mitigar o juízo de admissibilidade previsto no art. 542, §1º, do CPC. Há, portanto, *eficácia vinculante* da decisão que reconheceu, por amostragem, a inexistência de repercussão geral.

O item *vi* merece outras reflexões, tendo em vista que interfere no próprio poder de criação dos magistrados dos tribunais locais, bem como na própria inalterabilidade do julgado.

Destarte, visando manter o posicionamento final do STF sobre o mérito do recurso paradigma e seu alcance para os recursos que estavam sobrestados, a alteração processual admite que os tribunais possam exercer o juízo de retratação em relação às decisões colegiadas anteriormente prolatadas, reformando ou mesmo declarando prejudicados os recursos que estavam sobrestados.

Nessa hipótese, em que pese o claro encerramento da competência do relator e do colegiado com a prolação da decisão impugnada pelo recurso extraordinário, o legislador consagrou (art. 543-B, §3º) *restabelecimento de competência* já exaurida.

A alteração legislativa provoca profunda reflexão em relação ao poder de revisão de decisões pelo próprio órgão prolator por influência de decisão externa à demanda em curso, antes ou mesmo sem a remessa ao Tribunal de hierarquia funcional superior. Trata-se, nesse particular, de mais uma exceção ao art. 463 do CPC³⁰, aliando-se àquelas previstas nos arts. 285-A e 295 do próprio CPC.

A rigor, é possível inclusive refletir acerca da existência de uma verdadeira *transferência de competência para análise do mérito dos recursos sobrestados*.

De fato, a partir do momento em que já existem recursos extraordinários interpostos, com processamento sobrestado, a aplicação do resultado do julgamento do apelo paradigma a estes ocasiona uma readaptação do papel dos recursos de competência do STF.

Ora, tendo sido interposto RE, o tribunal *a quo* (na pessoa de seu Presidente e não mais do órgão prolator do acórdão recorrido) apenas seria competente para o juízo de admissibilidade (art. 542 do CPC). Contudo, a partir do momento em que estas alterações permitem a retratação para adaptar o resultado do julgado à interpretação dada pelo STF no recurso *paradigma* (julgando prejudicados ou exercendo a retratação) serão possíveis duas conclusões: a) ou o sistema processual passa a admitir que o recurso já interposto seja simplesmente considerando

30. Aliás, no que respeita ao art. 543-B, §3º, ensinam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina que o tribunal *a quo* poderá: “(a) retratar-se, revendo a decisão recorrida em conformidade com o que tiver decidido o STF no recurso representativo da controvérsia. Constatase que, neste caso, está-se diante de exceção à regra do art. 463 (na redação da Lei 11.232/05), hipótese em que o recurso extraordinário sobrestado restará prejudicado (de conformidade com o §3.º do art. 543-B)...”. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 3*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2007, p. 251.

prejudicado (*análise de admissibilidade a ser dada pelo mesmo órgão que prolatou o acórdão recorrido e não pela Presidência*) por força da adaptação da decisão à superveniente interpretação do STF; b) ou a análise e a revisão do julgamento será em sede de *mérito do RE*, com o provimento ou improvimento deste apelo subsequente ao acórdão recorrido.

Não sendo assim, como ficará o RE sobrestado? Ao que parece, a redação legal ao aduzir que *os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais*, está consagrando não só juízo de admissibilidade, mas acaba por garantir indiretamente *juízo de mérito* aos recursos extraordinários sobrestados pelos próprios órgãos locais, redimensionando a competência que era exclusiva do STF³¹.

Talvez aqui, prevalecendo esta precoce interpretação, paira uma dúvida quanto a constitucionalidade deste dispositivo, eis que se encontra em contra-mão ao que dispõe o art. 102, III da CF/88.

Por outro lado, caso o tribunal local não pratique esta readaptação, o recurso, se admitido e remetido ao STF, pode ficar sujeito à análise liminar do Ministro Relator, sem necessidade de (nova) apreciação da repercussão geral ou mesmo do mérito pelo colegiado. Aliás, nessa análise monocrática, poderá ser reformada ou simplesmente cassado o acórdão local contrário à orientação firmada.

Aqui se apresenta novo instituto com eficácia vinculante, ao lado da súmula e da repercussão geral negada (art. 543-A, §5º, do CPC): a decisão do mérito do recurso paradigma terá eficácia vinculante, tendo em vista que os poderes do Ministro Relator englobam a cassação ou a reforma do acórdão contrário à orientação firmada.

Percebe-se, ademais, que a primeira apreciação da questão constitucional é paradigma e com eficácia ampla em relação aos recursos repetidos, que poderão ser rechaçados liminarmente pelo próprio relator do STF ou mesmo pelos tribunais locais.

Outrossim, a análise da multiplicidade de casos também pode partir de um procedimento do próprio STF, com reflexos nos diversos tribunais nacionais. O art.

31. A parte final do dispositivo é ainda mais intrigante. Ao prever que o tribunal pode *retratar-se ou declarar o recurso extraordinário sobrestado prejudicado* não estará (principalmente o *retratar-se*) a rigor diante de uma análise que pode ser de mérito (provimento ou improvimento do RE), eis que estará acolhendo o recurso para adaptá-lo à sua decisão anterior? Ao retratar e adaptar a decisão – em tese imutável para o órgão julgador (art. 463 do CPC) – estando já interposto o RE, não seria um indireto provimento do RE no tribunal local?

328 do RSTF, estabelece que o Presidente do STF ou o próprio Relator (de ofício ou mediante requerimento) comunicará a multiplicidade de demandas com mesma matéria constitucional ao tribunal ou turma recursal respectiva, para a observância do art. 543-B do CPC, inclusive com possibilidade de requerer informações.

Por outro lado, prevê o § único do art. 328 do RISTF o procedimento a ser adotado quando o STF já está diante de vários recursos com idêntica controvérsia constitucional, permitindo que a seleção dos apelos paradigmas seja feita em sede excepcional, com a devolução dos demais aos tribunais ou turmas recursais de origem, aplicando-se também o art. 543-B, do CPC.

Tratam-se de novos tempos e de novos instrumentos visando melhorar a tramitação recursal e a tutela jurisdicional para os casos repetidos. Apenas o tempo, e a prática forense irão responder se estas alterações serão efetivos instrumentos de melhoria da prestação jurisdicional.

VIII

DO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA ELEITORAL: POTENCIALIDADE HERMENÊUTICA DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Juvêncio Vasconcelos Viana

Doutor em Direito Processual Civil pela USP, Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC, Procurador do Estado do Ceará, Advogado.

Daniel Gomes de Miranda

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Bolsista do CNPq.

RESUMO: Os Tribunais Eleitorais apenas admitem a postulação de ação rescisória com vistas a desconstituir decisões sobre inelegibilidade prolatadas pelo TSE, reconhecendo competência ao próprio Tribunal Superior. Este Tribunal vem alterando concepções hermenêuticas firmadas na sua jurisprudência, mediante a aplicação de um enfoque interpretativo mais voltado aos princípios constitucionais, mormente àquele ligado à efetividade da jurisdição. É com esse mesmo fundamento que se defende, neste trabalho, a possibilidade de alteração de entendimento sobre o cabimento da ação rescisória no processo eleitoral. O art. 22, inciso I, alínea “j”, do Código Eleitoral é regra de competência, não disciplinando as demais possibilidades de interposição de Ação Rescisória em matéria eleitoral. Partindo-se de interpretação infraconstitucional, tem-se que inexistente norma expressa, no Código Eleitoral vedando a possibilidade de impetração de Ação Rescisória em casos que não versem sobre inelegibilidade. Verifica-se, portanto, vácuo legislativo, que merece ser preenchido por norma de natureza semelhante, processual, através de analogia, o que permite aplicar o Código de Processo Civil, sob pena de violação

da garantia de acesso à jurisdição e do princípio da efetividade da jurisdição, que, sopesados com o princípio da segurança, devem sobre ele prevalecer. Dessa forma, todos os outros processos eleitorais em que exista sentença de mérito maculada por alguma das circunstâncias dispostas no do Código de Processo Civil, podem ser questionadas por meio de Ação Rescisória. A competência para julgamento é dos Tribunais Regionais Eleitorais, salvo quando a causa de pedir versar sobre inelegibilidade, em que a competência é exclusiva do TSE.

PALAVRAS-CHAVES: processo eleitoral; ação rescisória; cabimento; nova hermenêutica constitucional; princípio da efetividade da jurisdição.

RÉSUMÉ: Les Tribunaux Électoraux en Brésil admettent tout simplement l'action de rescision destinée à desconstitution des decisions à propos de l'élegibilité produites pour le Tribunal Superieur Électoral brésilien, en reconnaissant la compétence de la court. Ce Tribunal est en train de transformer les compréhensions hermeneutiques de sa jurisprudence, au moyen de l'application d'une interprétation retournée aux principes constitutionnelles, surtout celui lié au

principe d'effectivité de la juridiction. On défend, dans ce travail, avec le même fondement, la possibilité de changement de compréhension à propos de la place de l'action de rescision dans le procès électoral. L'article 22, I, "j" du Code Électoral est la règle de compétence, et ne prévoit pas d'autres possibilités d'interposition de l'action de rescision électoral. On sait, en comprenant l'interprétation infraconstitutionnelle, qu'il n'y a pas une norme expresse, dans le Code Électoral, en établissant une clôture à l'interposition de l'action de rescision dans les cas que ne traitent pas de l'éligibilité. Il y a une absence de disposition législative que doit être surmontée par une norme semblable, au moyen

de l'analogie, en permettant l'application du Code de Procès Civil. Cet argument garantit l'accès à la juridiction et le principe de l'effectivité de la juridiction, qui doivent prévaloir sur le principe de la sécurité. Donc, tous les procès électoraux où il y a un jugement de mérite maculé par quelque circonstance prévue dans le Code de Procès Civil puissent être controversés au moyen de l'action de rescision. La compétence par le jugement est des Tribunaux Régionaux Électorales, sauf dans les cas d'inegibilité, quand le pouvoir de juger est exclusif du TSE.

MOT-CLÉS: proces electoral; action de rescision; place; nouvelle hermeneutique constitutionnelle; principe d'effectivité de la juridiction.

SUMÁRIO: Introdução – 1. Do atual entendimento do TSE sobre a matéria – 2. Da colocação da matéria sob o foco da nova hermenêutica constitucional – 3. Da natureza do art. 22, Inciso i, alínea "j", do Código Eleitoral – 4. Razões infraconstitucionais do cabimento da ação rescisória – 5. Da competência para o julgamento – Considerações finais – Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a, partindo de uma análise do entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade de postulação de ação rescisória em matéria eleitoral, confrontado com a nova hermenêutica constitucional, tecer argumentos no sentido de demonstrar o que se nos afigura como a possibilidade de uma nova tendência hermenêutica do Tribunal Superior Eleitoral.

O fato de o art. 22, do Código Eleitoral, prever a competência do TSE para julgar as Ações Rescisórias que versem sobre inelegibilidade fez com que as Cortes entendessem que esta era a única possibilidade de interposição de tais demandas, afastando toda e qualquer outra pretensão de rescisão de julgado.

Todavia, partindo-se de premissas constitucionais e processuais, verifica-se que esta não se afigura como a melhor compreensão do tema, na medida em que olvida diversos princípios norteadores do processo, inseridos na Constituição e no Código de Processo Civil, conforme se intentará demonstrar.

Em verdade, a Nova Hermenêutica Constitucional aponta no sentido de render maior efetividade aos princípios constitucionais, ainda que, nesse proceder, surjam antinomias entre os valores (princípios) colocados em jogo.

O cabimento de ação rescisória em processo eleitoral diz, diretamente, com essa questão, na medida em que se digladiam dois princípios fundamentais: a) a segurança, visando a manter a estabilidade dos julgados eleitorais, estatuída no *caput* do art. 5º, da Constituição Federal; e b) inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário, assegurado pelo inciso XXXV, do mesmo art. 5º.

A segurança é a razão da própria rigidez do processo eleitoral e, sendo assim concebida, não se pode negar uma mudança de paradigmas acenada pelo TSE, porquanto, em julgados recentes, preferiu render efetividade a suas decisões, em detrimento do rigorismo processual dos procedimentos submetidos à sua jurisdição.

Essa tendência é que nos leva a crer que, sob fundamento diverso, mas seguindo a mesma linha de orientação, o TSE poderá modificar seu entendimento sobre o cabimento de ação rescisória em casos outros que não versem sobre inelegibilidade, como conseqüência do sopesamento dos princípios constitucionais que se ligam, umbilicalmente, à matéria.

No âmbito infraconstitucional, há, também, razões para a modificação do entendimento. Isso porque o artigo 22, inciso I, alínea “j”, do Código Eleitoral, não exclui o cabimento de ação rescisória em situações diversas daquelas que tratem de inelegibilidade, delimitando, unicamente, a competência do TSE para julgamento dessas contendas.

Reconhecendo-se que o dispositivo em comento apenas define a competência, é de se afirmar que se mantém inalterada a possibilidade de manejo de ação rescisória em casos outros, no prazo de dois anos do trânsito em julgado da sentença de mérito que tenha imposto, ou isentado, o réu de qualquer acusação que lhe tenha sido feita, seja a pena a inelegibilidade ou não.

Razões há, portanto, para julgar que o TSE, diante da aplicação da Nova Hermenêutica Constitucional, tenda a afastar o princípio da segurança em prol do princípio da inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo judiciário, e do princípio da efetividade da jurisdição, adentre na análise infraconstitucional da matéria, alterando seu entendimento hodierno, de sorte a afirmar a possibilidade de manejo de ação rescisória em qualquer caso, desde que verificada uma ou mais das hipóteses elencadas no art. 485, do Código de Processo Civil.

1. DO ATUAL ENTENDIMENTO DO TSE SOBRE A MATÉRIA

Em primeiro lugar, faz-se necessário apresentar, em poucas palavras, a atual compreensão do Tribunal Superior Eleitoral sobre o cabimento de Ação Rescisória.

Para tanto impende ter em mira o dispositivo legal de cuja interpretação advém o entendimento do TSE, que é acompanhado pelos Tribunais Regionais.

Trata-se da norma inserta no art. 22, inciso I, alínea “j”, do Código Eleitoral¹.

Em verdade, não se pode negar que o Código Eleitoral não contém previsão legal de Ação Rescisória, salvo nas demandas em que se cuide de casos de inelegibilidade, atacando-se decisões do próprio TSE, como se percebe da leitura do artigo colacionado, sendo tais feitos de competência do próprio Tribunal Superior Eleitoral.

Em razão da regra acima mencionada, o TSE, acompanhado pelos Tribunais Regionais Eleitorais, vem julgando no sentido da inadmissibilidade de demanda rescisória eleitoral quando não consistente na específica razão do art. 22, inciso I, alínea “j”, isto é, quando sua causa de pedir não se fundamente em inelegibilidade do proponente².

Do exposto, verifica-se que, segundo o Tribunal Superior Eleitoral, há apenas uma possibilidade de interposição de Rescisória: aquela em que se busca desconstituir julgado do próprio TSE que declare inelegibilidade.

Em face dessa interpretação, surge o questionamento a respeito da possibilidade de uma decisão judicial eleitoral que não verse sobre inelegibilidade, porém contenha algum (ns) (dos) vício (s) estampado (s) nos incisos do art. 485, do Código de Processo Civil, permanecer imaculada.

Entendemos que a resposta deve ser negativa, sobretudo diante de uma tendência verificável nos julgados do TSE, em que a rigidez do processo eleitoral tem sido mitigada em favor dos princípios constitucionais.

1. Art. 22. Compete ao Tribunal Superior:
 - I - processar e julgar originariamente: (...)
 - j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro do prazo de cento e vinte dias de decisão irrecorrível, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado.
2. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA PARA DESCONSTITUIR DECISÃO PROVENIENTE DE JUÍZO ELEITORAL – NÃO-CABIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – 1. A ação rescisória somente é cabível na esfera eleitoral para atacar julgados desta corte superior que tratem de inelegibilidade, nos termos do que determina o art. 22, I, ‘j’, do código eleitoral. (TSE – RESPE 19653/ MT – Rel. Juiz Fernando Neves da Silva – DJU 10.10.2003 – p. 152)
ELEITORAL - AGRAVO REGIMENTAL - DESCABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA - REPRESENTAÇÃO FUNDADA NO ART. 73 DA LEI Nº 9.504/97 - AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INELEGIBILIDADE - PRECEDENTES - Cabe ação rescisória somente de decisão do TSE que trata de inelegibilidade (art. 22, I, “j”, CE). - agravo regimental improvido. (TSE – AAR 139/GO – Rel. Juiz Carlos Mário da Silva Velloso – DJU 17.10.2003 – p. 132)

2. DA COLOCAÇÃO DA MATÉRIA SOB O FOCO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O problema fundamental ora analisado tem estrita ligação com a interpretação que é dada aos dispositivos legais em comento. Mas essa interpretação deve guardar conformidade com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais ocupam lugar central na hermenêutica. Luís Roberto Barroso elucida essa idéia, com as palavras que se colacionam:

O ponto de partida do intérprete há de ser sempre os *princípios constitucionais*, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie.

Aos princípios cabe (i) embasar as decisões políticas fundamentais, (ii) dar unidade ao sistema normativo e (iii) pautar a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. Os princípios irradiam-se pelo sistema normativo, repercutindo sobre as demais normas constitucionais e infraconstitucionais.³

Adotando integralmente o entendimento do Professor carioca, devem-se verificar quais princípios constitucionais devem influir na interpretação do caso em comento, sopesando-os, por intermédio do princípio da proporcionalidade, a fim de saber qual é a opção que deve prevalecer.

O não-cabimento de ação rescisória em processo eleitoral, em casos que fogem à estrita causa de pedir que verse sobre inelegibilidade, tem sido fundamentado em razão do princípio da segurança, direito fundamental estatuído no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Justifica-se com o argumento de que, sendo os mandatos eletivos temporários, não seria natural que ficassem sujeitos a decisão judicial que desconstituisse outra já transitada em julgado, haja vista a necessidade de estabilidade dos julgados eleitorais.

Joel J. Cândido, versando sobre a criação da ação rescisória no processo eleitoral, através da Lei Complementar nº 86/96, que acrescentou a alínea “j” ao inciso I, do art. 22, do Código Eleitoral, afirma:

3. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. 2, p. 149.

Trata-se de medida que não parece aplausos, posto que, a partir dela, não se pode falar em segurança no processo eleitoral, em ponto que lhe é relevante. A necessidade de estabilidade dos julgados eleitorais e seus conteúdos, dada a íntima correlação deles com a própria organização do Estado não recomendava a novidade, da qual, até aqui, estávamos imunes.⁴

Por outro lado, a possibilidade de postulação de ação rescisória em matéria eleitoral diz respeito, antes de mais nada, ao direito fundamental à tutela jurisdicional, constante disposição do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Em conformidade com o entendimento doutrinário em voga, a não basta que haja a só tutela jurisdicional, ou a só inafastabilidade de apreciação de lesão a direito pelo judiciário, mas, em complemento, essa tutela deve ser exercida de forma efetiva, razão pela qual se fala em efetividade da tutela jurisdicional.

Já nos referimos ao tema da efetividade em outro momento, quando asseveramos:

[...] Para chegarmos ao conceito de efetividade, teremos, de, antes, ir, mais uma vez, à noção de instrumentalidade do processo. Instrumentalidade e efetividade são duas idéias que, portanto, se inter-relacionam.

.....

Mas a instrumentalidade do processo de que agora se cogita não quer referir-se apenas à ligação desse com o direito material. O processo não é apenas esse instrumento técnico de aplicação aos casos concreto do Direito Substancial, mas também um poderoso instrumento ético voltado a servir à sociedade e ao Estado.

Ao lado de seu escopo jurídico, de atuação do direito material – aliás, talvez até em um plano de maior importância –, há outros escopos que o processo visa a realizar, quais sejam, os escopos sociais e políticos.

.....

Esses escopos do processo, às vezes, até podem contradizer-se, repelir-se. É o que ocorre, por exemplo, entre os escopos jurídico e social. Quer-se a segurança, com a melhor aplicação possível do direito ao caso concreto, mas também se deseja, ao mesmo tempo, desfecho rápido da lide.⁵

Diante desse pressuposto, resta indagar: a interpretação que foi formulada sobre a ação rescisória eleitoral guarda conformidade com os preceitos da Constituição Federal? A nosso ver, a resposta é negativa.

4. CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13. ed. revista e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008, p. 256.
5. VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003, pp. 17/18.

Isso porque, quando da aplicação da norma, há que se verificar, de forma preliminar, a conformidade ou desconformidade dessa aplicação com os princípios elencados na Constituição, a fim de lhes render maior eficácia.

Como já visto, há, de um lado, o princípio da segurança, que visa a manter estáveis as situações albergadas pela sentença transitada em julgado; e, por outro, o princípio da inafastabilidade de apreciação, pelo Judiciário, de lesão ou ameaça a direito.

Diante do choque entre dois princípios constitucionais, o intérprete deve aplicar o princípio da proporcionalidade, a fim de saber qual é o melhor princípio a reger a *fattispecie*, decorrendo dessa conclusão a escolha da norma que incidirá no caso concreto.

A nosso ver, a alternativa que mais satisfaz a principiologia da Constituição Federal é aquela relativa à possibilidade de interposição da ação rescisória, uma vez que, sob o pálio da segurança, podem-se cristalizar situações completamente anti-jurídicas.

Exemplifica-se com a hipótese de um candidato que, acusado do ilícito de haver realizado propaganda eleitoral antes do período determinado, delega a um conhecido a o dever de esconder os CDs que contêm as gravações capazes de evidenciar o ato ilegal.

O Ministério Público, não dispondo de provas mais robustas para evidenciar a ocorrência da infração, não tem como conseguir o julgamento procedente de seu pedido, e a decisão transita em julgado.

Posteriormente, o órgão do Parquet descobre a existência das gravações, mas, diante da interpretação atual do TSE, não pode postular a ação rescisória com fundamento no art. 485, VII (quando depois da sentença, o autor obtém documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável), porquanto não se trata de caso de inelegibilidade.

Deve-se convir, assim, que, em sentido contrário a essa suposta segurança, militam princípios outros, como o já mencionado princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, cujo escopo social é maculado; o princípio da moralidade, em sua eficácia horizontal, que impõe a todos, e não apenas ao administrador, um dever de conduta ético; e o princípio da boa-fé objetiva, decorrente deste, mas com íntima vinculação endo-processual.

Nesse sopesamento, não se pode olvidar a exigência, contudo, de que seja respeitado o princípio da concordância prática, ou da harmonização, que, segundo

a lição de Willis Santiago Guerra Filho⁶, é aquele segundo o qual se deve buscar, no caso concreto de um problema a ser solucionado em face da Constituição, estabelecer qual princípio (valor) deve prevalecer, preservando, por outro lado, os demais princípios postos em confronto, evitando seu sacrifício.

Relativamente à postulação de ação rescisória visando a desconstituir decisões que não versem sobre inelegibilidade, entendemos que, diante do confronto dos princípios elencados acima, é de se verificar que o cabimento deve ser amplo e irrestrito, uma vez que a segurança institucional não pode, sob nenhum pretexto, ser obstáculo à efetivação dos princípios constitucionais, tais a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

O Tribunal Superior Eleitoral inicia um movimento por meio do qual vem alterando concepções hermenêuticas outrora cristalizadas na sua jurisprudência, mediante a aplicação de um enfoque interpretativo mais voltado aos princípios constitucionais, mormente àquele ligado à efetividade da jurisdição.

Foi o que se deu, por exemplo, quando do julgamento do Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED) 698, em que o relator, Min. José Delgado, acompanhado pelos demais ministros da Corte, permitiu a juntada posterior de provas, preterindo o entendimento de que a prova apta a instruir o processo viesse aos autos quando da postulação da demanda.

Na ação de acusação, o TSE só admitia provas pré-constituídas, ou seja, deveria ser trazida pela parte autora pronta desde o começo, acompanhando o requerimento inicial. Desta forma, no curso do processo, não poderiam ser produzidas mais provas, documentais ou testemunhais.

Ao analisar recurso contra a expedição do diploma do governador de Tocantins, Marcelo Miranda (DEM), que está entre os que têm mandato questionado, o Plenário da corte mudou de entendimento, permitindo a realização de diligências.

Preteriu-se o formalismo em favor da efetividade da tutela jurisdicional.

É a proclamação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que consistem, segundo lição de Marcelo Lima Guerra, nos efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais como valores fundamentais constitutivos da ordem jurídica. Sobre a influência da dimensão objetiva dos princípios constitucionais sobre o Poder Judiciário, afirma o Professor cearense:

6. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 75.

No tocante à atuação dos órgãos jurisdicionais, que é o que interessa mais de perto, no presente trabalho, advirta-se que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o que determina, por exemplo: (a) que o órgão jurisdicional identifique e deixe de aplicar normas excessivamente restritivas de direito fundamental, independentemente de qualquer manifestação de um dos eventuais titulares do direito restringido; (b) que o órgão jurisdicional realize, também sem nenhuma referência à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, uma interpretação conforma à Constituição, no sentido de extrair de determinada norma um sentido e um alcance que maior proteção assegure a um direito fundamental relacionado a ela; (c) que o órgão jurisdicional leve em consideração, na realização de um determinado direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais, independentemente mesmo de qualquer consideração quanto à dimensão subjetiva desses últimos.⁷

É essa a alteração de posicionamento que tende a se verificar na jurisprudência do TSE, porquanto, tal como já afirmado acima, não mais pode subsistir, com a mesma força de antes, o princípio da segurança jurídica, uma vez que sua função não é, absolutamente, resguardar ou proteger situações anti-jurídicas, vedando, inclusive, a apreciação pelo Judiciário.

3. DA NATUREZA DO ART. 22, INCISO I, ALÍNEA “J”, DO CÓDIGO ELEITORAL

Conforme visto acima, nas ações rescisórias em que a causa de pedir não se fundamente em inelegibilidade, afasta-se a aplicação da norma estampada no art. 22, da Lei Federal nº 4.737/65, o Código Eleitoral, e, por via de consequência, da competência do TSE para conhecer e julgar o pedido rescisório.

Da leitura do dispositivo, pode-se verificar que a norma em estudo trata de competência para o julgamento de certo tipo de demandas. É dizer, o art. 22, inciso I, alínea “j”, é norma definidora de competência, tendo a exclusiva utilidade de atribuir, ao Tribunal Superior Eleitoral, a competência exclusiva para julgar os feitos que versem sobre inelegibilidade.

Em conformidade com o ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco, as normas sobre competência servem, unicamente, para determinar o juízo em que os feitos deverão ser processados, orientando o jurisdicionado na sua busca. Veja-se o excerto transcrito a seguir, de sua autoria:

O *iter* de concretização da jurisdição, partindo da abstrata afirmação da competência da autoridade brasileira (competência internacional, jurisdição

7. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003, pp. 98/99.

nacional) para chegar ao conhecimento do juiz competente num dado caso, é definido por *operações de três naturezas*, todas elas disciplinadas por normas de direito positivo.

A primeira, mais geral e mais complexa dessas operações consiste na determinação da competência, ou seja, na aplicação dos critérios pelos quais se define o âmbito das atribuições de cada órgão ou de cada organismo judiciário (Justiças). A determinação feita em abstrato pela lei inclui a indicação das causas de competência originária dos tribunais de superposição (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça [*et TSE*]), repartição das demais entre as diversas Justiças, sua atribuição aos órgãos superiores ou inferiores que as compõem, destinação às porções territoriais sobre as quais atuam os órgãos (foros), discriminação da espécie de órgãos a que elas deverão tocar (juízos, varas especializadas).⁸

Ora, a existência de uma norma definidora de competência não implica inexistir o direito do postular a Ação Rescisória. Implica afirmar, apenas, que nos casos que tratem de inelegibilidade, a competência para julgamento é do TSE, e de nenhum outro tribunal do país.

Ocorre que há diversas outras questões submetidas à jurisdição eleitoral, cuja permanência no mundo jurídico não se deve admitir, por conter algum dos vícios estampados no art. 485, do Código de Processo Civil, tais aquela exemplificada no tópico anterior.

Veja-se, por oportuno, a diferença de redação entre os dispositivos que se confrontam neste trabalho:

Art. 22. Compete ao Tribunal Superior:

I – processar e julgar originariamente:

.....

j) a ação rescisória, nos casos de inelegibilidade, desde que intentada dentro do prazo de cento e vinte dias de decisão irrecurável, possibilitando-se o exercício do mandato eletivo até o seu trânsito em julgado.

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

A só diversidade de redação explicita a diferença de conteúdo das normas em estudo: uma estipula a quem cabe o processamento e julgamento daquelas demandas que elenca em seus incisos; a outra afirma em que situações pode a parte postular a rescisão da sentença de mérito transitada em julgado.

8. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, p. 416.

Observe-se bem: a norma apenas dispõe que a ação rescisória que for interposta contra decisão de mérito transitada em julgado, nos casos de inelegibilidade, deverá, por mandamento legal, ser processada e julgada pelo Tribunal Superior Eleitoral.

A natureza da regra em estudo é, portanto, de norma definidora de competência, não se podendo colher nenhuma ilação no sentido de que se excluem as demais possibilidades de propositura de ação rescisória nos Tribunais Regionais Eleitorais, órgãos competentes, a nosso ver, para o conhecimento de outras demandas rescisórias que não versem sobre a matéria inelegibilidade, tema de competência exclusiva do Tribunal Superior Eleitoral.

4. RAZÕES INFRACONSTITUCIONAIS DO CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Afirmada a sucumbência da segurança em favor da tutela jurisdicional efetiva, o que se deu no plano da interpretação constitucional, resta aferir se, no âmbito legal, há possibilidade de cabimento da ação rescisória no processo eleitoral em casos que não versem sobre inelegibilidade.⁹

Verifica-se, diante da constatação obtida no tópico anterior, que há vácuo legislativo eleitoral, sendo forçoso se admitir que os Tribunais Eleitorais que se espelham em decisões tais as acima colacionadas para declarar o não-cabimento de ação rescisória fora da situação prevista no citado art. 22, inciso I, alínea “j”, acabam por infringir o art. 126, do Código de Processo Civil (Lei Geral de Procedimentos Jurisdicionais), que afirma impossibilidade de o magistrado não sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade na lei.

A fundamentação das decisões que denegam a pretensão esposada em demandas rescisórias que não versem sobre inelegibilidade, como se demonstrou acima, baseia-se no entendimento que considera inexistir norma específica no diploma eleitoral que discipline a matéria.

Mas a questão é mais simples do que a fazem crer os Tribunais, uma vez que, criada, como se afirmou, a competência exclusiva para julgamento das demandas previstas no art. 22, I, “j”, do Código Eleitoral, todas as demais, que não versem sobre a temática apontada, deverão ser conhecidas, processadas e julgadas em

9. Acerca da rescisória e seus demais fundamentos, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 293-339; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 260-305; e TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 615-635.

conformidade com a disciplina do Código de Processo Civil, macrossistema aplicável à espécie.

Não se pode negar que o Código Eleitoral, como anteriormente mencionado, não possui previsão específica para o julgamento de Ação Rescisória interposta com vistas a desconstituir julgados, senão nos casos de inelegibilidade, nos quais apenas estipula a competência exclusiva do Tribunal Superior Eleitoral, aplicando-se, quanto ao restante do procedimento, o Código de Processo Civil.

Veja-se, ainda, que a Lei Eleitoral não exclui a possibilidade de julgamento de Ação Rescisória quanto às demais situações ensejadoras de sua interposição, como sói acontecer quando o legislador pretende excluir a postulação de rescisória, como fez, por exemplo, quando da edição da Lei Federal nº 9.099/95, que, em seu art. 59, estabelece a inadmissibilidade de ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento ali instituído.

Em face da sistemática utilizada pelo legislador pátrio, é de se ter que, sempre que este pretende excluir determinado procedimento de uma regulação específica, cria dispositivo legal expresso, como, por exemplo, na Lei dos Juizados Especiais.

Na legislação eleitoral, por outro lado, apenas se criou regra de competência exclusiva, não se excluindo o julgamento das demais situações em que se possa interpor a demanda rescisória.

Em face da lacuna legal, consistente na inexistência de expressa previsão de julgamento de ação rescisória, excluídos os casos de inelegibilidade, restaria ao magistrado realizar o procedimento de integração do Ordenamento Jurídico denominado analogia, que tem previsão legal estatuída no art. 4º, do Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil, que preceitua que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Ocorre que, na apreciação da matéria no caso concreto, o magistrado tem por dever interpretar/integrar o Ordenamento Jurídico tendo sempre em vista os princípios basilares da Hermenêutica, pois, segundo as lições de Raimundo Bezerra Falcão, tem-se que exigir do intérprete-integrador-aplicador que proceda segundo os ditames da Hermenêutica Total, observando-se sempre a finalidade da interpretação/integração, que é a busca da Justiça. Não assim, veja-se:

Mas, para ser total, a Hermenêutica precisa de manter o ser humano em seu patamar de dignidade, ao mesmo tempo em que não permita que sua individualidade prejudique o funcionamento do todo, em cujo âmbito também estão

inumeráveis outras individualidades. Assim, contemplará todas as valorações que lhe for viável contemplar; lembrar-se-á da parte interpretante e da parte destinatária; terá sensibilidade para o funcionamento do todo como âmbito de realização das partes e de cada parte como possibilitação funcional da coordenação no todo. E tudo isso como afã de equilíbrio, ou, no caso do Direito, como fator de consecução de justiça.¹⁰

Nesse diapasão, tem-se que é obrigação primordial do aplicador na norma analógica manter como finalidade precípua a consecução da Justiça, de modo se assegurar o equilíbrio entre as partes abrangidas pela incidência da regra de direito.

Far-se-á mister, assim, a análise pormenorizada do caso concreto, de modo que, além da fundamentação da analogia em normas de direito, a base para a integração do Ordenamento se dê com espeque nos seus Princípios. Não assim, veja-se, mais uma vez, a lição do Professor cearense, que explicita o tema da seguinte forma, referindo-se ao intérprete/integrador:

Aqui há de ter os olhos abertos para os princípios e normas, e para a hierarquia a que porventura estejam submetidos, de acordo com o que tivemos ensejo de assinalar páginas atrás. Conforme lembra Paulo Bonavides, 'todo princípio fundamental é norma de normas' (Curso de Direito Constitucional, p. 365).

De fato, na própria ontologia que leva ao delineamento de certos conceitos jurídicos podemos encontrar traços diferenciadores que urge não serem deixados à margem da atenção do intérprete. Não pode ele, assim, esquecer que determinadas normas, ainda quando válidas e vigentes, são, às vezes, tão monstruosamente injustas e lesivas ao próprio sentimento de humanidade que se faz aconselhável, no mínimo, interpretá-las atenuadamente, quando não seja pura e simplesmente o caso de as interpretar muito mais com base nos princípios do que em sua letra expressa.¹¹

Tendo isso em vista, deve-se partir para o estudo acurado da analogia, como forma de integração da Ordem Jurídica. É pacífico na doutrina e na jurisprudência pátrias e alienígenas que todo e qualquer diploma normativo é passível de não conter norma específica para a regulamentação de um determinado caso concreto.

Assim, admite-se a possibilidade de existência de lacunas na lei. Na lei, afirma-se, porquanto somente esta pode ser incompleta, jamais o Ordenamento, que, por meio de interpretações e integrações sempre contém a regulamentação para todo e qualquer caso concreto.

10. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 243.

11. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 245.

No momento em que se depara com a falha na lei, o aplicador do direito deverá buscar, dentre todos os diplomas normativos, aqueles cujas normas sejam mais próximas, segundo a taxonomia da pirâmide legal kelseniana.

Assim, observada uma falha numa lei civil, deve-se procurar norma semelhante em outro diploma de igual matéria, isto é, outra lei civil. Da mesma forma, observada a existência de lacuna em lei processual (como no caso de delimitação de normas de competência e cabimento de demandas), deve-se procurar realizar a integração analógica por meio da utilização de norma de direito processual.

Isso porque a analogia somente se pode dar em casos semelhantes, em função da necessidade de conterem o diploma em que se verifica o vácuo legal e o diploma em que se abebera o aplicador da norma a mesma razão normativa. Não assim, vejam-se o entendimento de Glauco Barreira Magalhães Filho:

O fundamento da analogia é o princípio da igualdade jurídica (casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento). Os seus requisitos são a semelhança fundamental entre os casos e a identidade de razão normativa (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio* = onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito).¹²

Assim, é mister se ver que a integração do Ordenamento Jurídico deve primar pela observação de normas que disciplinem a mesma matéria. Assim, lacunas de leis processuais devem buscar completude, primeiramente, em outras normas de direito adjetivo. Isto porque se deve buscar, sobretudo, a manutenção da coerência da Ordem Jurídica. Nesse sentido é a lição da doutrina estrangeira, aqui representada pelo eminente professor italiano Francesco Ferrara, que aduz:

O procedimento por analogia radica no conceito de que os factos de igual natureza devem ter igual regulamentação, e se um de tais factos encontra já no sistema a sua disciplina, esta forma o tipo do qual se deve inferir a disciplina jurídica geral que há de governar os casos afins.

Analogia é harmônica igualdade, proporção e paralelismo (*paragone*) entre relações semelhantes.¹³

Continuando na defesa de seu posicionamento, o professor de Direito Civil da Universidade de Pisa afirma:

Para que se possa recorrer à analogia é necessário:

12. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 84.

13. FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 3. edição. Coimbra: Armênio Amado, 1978, p. 158.

1.º Que falte uma precisa disposição de lei para o caso a decidir, que portanto a questão não se encontre já regulada por uma norma de direito – e isto não apenas segundo a *letra*, mas também segundo o sentido *lógico* dessa norma. Por isso, se uma questão se pode resolver com base na interpretação extensiva, não tem lugar a analogia, pois se trata dum caso já contemplado segundo o conceito da lei, embora fuja aparentemente à formulação do texto.

2.º *Que haja igualdade jurídica, na essência*, entre o caso a regular e o caso regulado.

Esse segundo requisito é o mais difícil de apurar, e põe à prova o senso jurídico e a finura do intérprete. Todo o facto jurídico tem certos elementos essenciais que o caracterizam e formam a *ratio iuris* da norma, e outros elementos acidentais e contingentes que acompanham aqueles. Ora, no confrontar o fato já regulado com o fato a regular, é mister isolar dos outros o elemento essencial, colhendo de tais fatos apenas as notas *decisivas*, os traços juridicamente relevantes, e só assim estabelecer se entre eles há ou falta uma relação de semelhança. Pois pode acontecer que dois factos que na aparência se afiguram desconformes, porque diversificados por caracteres particulares, na sua essência sejam semelhantes, e por isso capazes de ser supostos por analogia ao mesmo tratamento jurídico, e que viceversa dois factos que exteriormente parecem semelhantes sejam no íntimo diferentes. É preciso, portanto, escutar a *segurança jurídica* dos factos, a coincidência dos elementos com relevância jurídica que informam a disposição.¹⁴

Nesse rumo, deverá o julgador, quando da apreciação da matéria, buscar integrar o Ordenamento de forma a encontrar a normatização mais favorável às partes, de modo que se evitem prejuízos que a ninguém aproveitam. Isso em razão de ser a Hermenêutica um instrumento para atingir as finalidades da Justiça e da Equidade. Nas palavras de Raimundo Bezerra Falcão, tem-se que:

Nossa idéia de Hermenêutica, consoante vem sendo visto por toda a extensão deste trabalho, põe-na como um conjunto sistematizado de regras tendentes a orientar o sentido, dada sua variabilidade, no rumo da boa interpretação, ou seja, aquela que, colaborando na consumação da boa interpretação, ou seja, aquela que, colaborando na consumação da justiça, ajude a operar, em prol da dignidade e grandeza do homem, a sadia e pacífica convivência. Desse modo a Hermenêutica tem, em sua própria ontologia, a marca da teleologia. É ser de finalidade. E tal finalidade somente se torna obtível com base, portanto, em determinadas regras de orientação à interpretação, regras, essas, que não visam a enclausurar o sentido, mas, pelo contrário, servem de afirmação da sua inesgotabilidade como fundamento justificador da Hermenêutica mesma, pois, se não houvesse a pluralidade de sentidos, conforme já o dispusemos em outras passagens, não haveria necessidade da Hermenêutica, ou sequer Hermenêutica existiria.¹⁵

14. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 160/161.

15. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 260/261.

A finalidade social na atividade interpretativa está consubstanciada, da mesma forma, em normatização legal, qual seja o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual estatui que na aplicação da lei, o juiz atenderá, primordialmente, aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

No que se refere à necessidade de se observarem os fins sociais do Ordenamento Jurídico, enfatiza-se que a má interpretação ou integração pode levar à ineficacização do mesmo, acarretando grave prejuízo à convivência harmônica das pessoas (físicas e jurídicas) em sociedade. Sobre o assunto, lapidares são as palavras do mais uma vez citado Raimundo Bezerra Falcão, que, com a maestria que se lhe reconhece, leciona:

O custo social da interpretação merece ser avaliado por três razões. Primeiramente porque interpretações acarretadoras de um custo social muito elevado tendem a ser pouco aceitas pelo grupo, decorrendo dessa ilegitimidade uma provável perda de eficácia da norma. Em segundo lugar porque o custo social também se pode exprimir sob a forma de uma interpretação conducente à injustiça, a qual termina por desautorizar a norma, ilegitimando-a e, por via de consequência, também ineficacizando-a. Por último, a ineficácia da norma vai produzir efeitos capazes de elevar o custo social subsequente à ineficacização, uma vez que a norma ineficaz não contribui com vantagem alguma para a boa convivência e pode diminuir a eficiência do ordenamento (sistema), o qual tão mais frágil será no cumprimento de seu papel quanto mais ineficazes forem as normas que o compõem, seja referentemente à quantidade de normas ineficazes, seja no que diz respeito à profundidade da eficácia a que a norma tenha sido levada. Por isso, é importante o intérprete não desconhecer que, apesar de o sentido produzir-se em seu espírito, ali se produz para operar efeitos no sistema. Interpreta-se para o social, uma vez que esse interpreta para a convivência, que se faz no contexto sistêmico, tanto específico (sistema social e subsistemas respectivos) quanto amplo (sistema da natureza).¹⁶

Tendo tudo isso consideração, é de se salientar que a analogia resolve o vácuo mediante a utilização da normatização processual estatuída no Código de Processo Civil, que, complementado a legislação eleitoral, determina que é cabível ação rescisória em processo que verse sobre qualquer objeto, desde que verificada alguma das situações previstas nos incisos do art. 485, como, por exemplo, ofender a coisa julgada (inciso IV), ou quando o autor, depois da sentença, obtiver documento novo, cuja existência ignorava, e que seja capaz, por si só, de assegurar o julgamento procedente do pedido formulado (inciso VII).

Em todas as situações elencadas no art. 485, faz-se imperioso admitir a possibilidade de postulação de Ação rescisória, em todo e qualquer procedimento

16. FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 247.

que utilize, de forma subsidiária, o Código de Processo Civil, pois este, nos casos de vácuo legislativo, como o que serve de exemplo no presente estudo, torna-se aplicável em função da analogia, que integra o Ordenamento Jurídico, a fim de promover e afirmar o princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

5. DA COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO

Em vista do que já se afirmou, admite-se que apenas os casos de inelegibilidade julgados pelo TSE têm foro determinado pela Lei Eleitoral, sendo competente o mesmo Tribunal. Nos demais casos de Ação Rescisória, deve-se aplicar a regulamentação do Diploma Adjetivo.

Nesse diapasão, e em face do silêncio do Código de Processo Civil quanto à definição específica de competências para o conhecimento das ações rescisórias, cumpre observar o disposto no seu art. 93, que preceitua que “*regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e de organização judiciária (...)*.”

Logo, tendo-se em vista que o Tribunal Regional Eleitoral é órgão Federal, é de se lhe aplicar, por analogia, a mesma regulamentação prevista no art. 108, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal, que determina que os Tribunais Regionais Federais serão competentes para o julgamento das ações rescisórias de seus julgados ou de juízos a si subordinados.

Observa-se que a normatização apontada é a mesma prevista para o julgamento das ações rescisórias dos julgados da jurisdição estadual, em que se atribui competência aos Tribunais de Justiça para processarem as lides que visem a desconstituir julgados seus ou dos juízos de primeira instância.

A doutrina de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicita o conteúdo da competência da Ação Rescisória:

Um dos requisitos do CPC 282 é dirigir-se a petição inicial ao juízo competente. O juízo competente para julgar a ação rescisória deve ser hierarquicamente superior ao juízo que proferiu a sentença ou acórdão rescindendo. Proferida a sentença por juízo de primeiro grau, é competente para a rescisória o tribunal que teria competência recursal para examinar a matéria, se tivesse havido interposição de recurso. Tratando-se de rescisória de acórdão, é competente o mesmo tribunal que proferiu o acórdão impugnado. Devendo ser processada e julgada pelo órgão colegiado mais ampliado do que o que proferiu o acórdão. Vale dizer, se o órgão (turma julgadora de três juízes) prolatou o acórdão rescindendo, o mesmo órgão em composição ampliada (turma julgadora de cinco juízes) ou outro (turma, grupo de câmaras, câmaras reunidas etc.), é que tem competência para

o processamento e julgamento da rescisória. Trata-se de competência originária do Tribunal em razão da matéria (...).¹⁷

Dessa forma, entendemos correta a competência dos Tribunais Regionais Eleitorais para o processamento das Ações Rescisórias que visem a desconstituir julgado proferido em demanda eleitoral cuja causa de pedir, ou a pena imposta, não seja de inelegibilidade, já que esta é de competência exclusiva do TSE.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em breve resumo, do estudo apresentado colhem-se as seguintes conclusões:

- a) Os Tribunais Eleitorais apenas admitem a postulação de ação rescisória com vistas a desconstituir decisões sobre inelegibilidade prolatadas pelo TSE, reconhecendo competência ao próprio Tribunal Superior;
- b) O Tribunal Superior Eleitoral vem alterando concepções hermenêuticas firmadas na sua jurisprudência, mediante a aplicação de um enfoque interpretativo mais voltado aos princípios constitucionais, mormente àquele ligado à efetividade da jurisdição, mesmo fundamento ora defendido para a alteração de entendimento sobre ação rescisória no processo eleitoral;
- c) O art. 22, inciso I, alínea “j”, do Código Eleitoral é regra de competência, não disciplinando as demais possibilidades de interposição de Ação Rescisória em matéria eleitoral;
- d) Partindo-se de interpretação infraconstitucional, tem-se que inexistente norma expressa, no Código Eleitoral, tal como na Lei Federal nº 9.099/95, vedando a possibilidade de impetração de Ação Rescisória em casos que não versem sobre inelegibilidade;
- e) Verifica-se, portanto, vácuo legislativo, que merece ser preenchido por norma de natureza semelhante, processual, através de analogia, o que permite aplicar o Código de Processo Civil, sob pena de violação da garantia de acesso à jurisdição e do princípio da efetividade da jurisdição;
- f) Dessa forma, todos os outros processos eleitorais em que exista sentença de mérito maculada por alguma das circunstâncias elencadas no art. 485,

17. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 838. (grifou-se)

do Código de Processo Civil, podem ser questionadas por meio de Ação Rescisória.

- g) A competência para julgamento é dos Tribunais Regionais Eleitorais, salvo quando a causa de pedir versar sobre inelegibilidade, em que a competência é exclusiva do TSE.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, t. 2.
- CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13. ed. revista e ampliada. Bauru: EDIPRO, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. vol. I.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade 3 ed. Coimbra: Armênio Amado, 1978.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica jurídica clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Efetividade do Processo em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2003.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação Rescisória*. São Paulo: Malheiros, 2005.

IX

DIFERENTES, MAS IGUAIS: O RECONHECIMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS NO BRASIL¹

Luís Roberto Barroso

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutor livre-docente pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade de Yale.

SUMÁRIO: I. Apresentação do problema; II. A progressiva superação do preconceito – *Parte I*. Pré-compreensão do tema e panorama do direito comparado; III. Orientação sexual, relações homoafetivas e o papel do Direito e do Estado; IV. A união estável entre pessoas do mesmo sexo no direito comparado – *Parte II*. A Constituição de 1988 e o reconhecimento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo – V. Uniões homoafetivas e princípios constitucionais: 1. Princípio da igualdade; 2. Princípio da liberdade pessoal, do qual decorre a autonomia privada; 3. Princípio da dignidade da pessoa humana; 4. Princípio da segurança jurídica; VI. O primado da afetividade: A união homoafetiva como entidade familiar – *Parte III*. Extensão do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas; VII. Uniões homoafetivas e a regra constitucional do art. 226, § 3º; VIII. Lacuna normativa e mecanismos de integração da ordem jurídica: 1. Os princípios constitucionais na interpretação e na integração da ordem jurídica; 2. O recurso à analogia na integração da ordem jurídica – Conclusões.

I. APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA

Nas últimas décadas, culminando um processo de superação do preconceito e da discriminação, inúmeras pessoas passaram a viver a plenitude de sua orientação sexual e, como desdobramento, assumiram publicamente suas relações homoafetivas. No Brasil e no mundo, milhões de pessoas do mesmo sexo convivem em parcerias contínuas e duradouras, caracterizadas pelo afeto e pelo projeto de vida em comum. A aceitação social e o reconhecimento jurídico desse fato são relativamente recentes e, conseqüentemente, existem incertezas acerca do modo como o Direito deve lidar com o tema.

1. Trabalho desenvolvido com a colaboração de Cláudio Pereira de Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Nascimento Diz, que participaram da pesquisa e da discussão de idéias e de teses.

No direito positivo brasileiro, inexistente regra específica sobre a matéria. A Constituição de 1988, que procurou organizar uma sociedade sem preconceito e sem discriminação, fundada na igualdade de todos, não contém norma expressa acerca da liberdade de orientação sexual. Como consequência natural, também não faz menção às uniões homoafetivas. Faz referência, no entanto, às uniões *heterossexuais*, reconhecendo como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*². O Código Civil, por sua vez, ao disciplinar o tema da união estável, seguiu a mesma linha³.

Diante da ausência de disciplina própria para essas questões, impõem-se algumas indagações e linhas de investigação, dentre as quais:

- a) a Constituição considera legítima a discriminação das pessoas em função de sua orientação sexual?
- b) a referência feita à união estável entre homem e mulher significa uma proibição da extensão de tal regime jurídico às uniões homoafetivas?
- c) inexistindo a vedação constitucional referida na alínea anterior, cumpre determinar, ainda assim, qual regime jurídico deve ser aplicado às uniões homoafetivas:
 - (i) o das sociedades de fato; ou
 - (ii) o da união estável.

O presente estudo desenvolve uma tese central e uma tese acessória. A tese principal é a de que um conjunto de princípios constitucionais impõe a inclusão das uniões homoafetivas no regime jurídico da união estável, por se tratar de uma espécie em relação ao gênero. A tese acessória é a de que, ainda quando não fosse uma imposição do texto constitucional, a equiparação de regimes jurídicos decorreria de uma regra de hermenêutica: na lacuna da lei, deve-se integrar a ordem jurídica mediante o emprego da analogia. Como as características essenciais da união estável previstas no Código Civil estão presentes nas uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, o tratamento jurídico deve ser o mesmo.

2. CF/88, art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

3. Código Civil, art. 1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

II. A PROGRESSIVA SUPERAÇÃO DO PRECONCEITO

Na década de 70, nos Estados Unidos, um soldado que havia sido condecorado por bravura na Guerra do Vietnã escreveu ao Secretário da Força Aérea declinando sua condição de homossexual. Foi imediatamente expulso da corporação, com desonra. Ao comentar o episódio, o militar produziu uma frase antológica: “Deram-me uma medalha por matar dois homens, e uma expulsão por amar outro”⁴. Na década de 90, no Brasil, quando se debatia a questão das relações homoafetivas, uma elevada autoridade religiosa declarou: “Os cachorros que me desculpem, mas o projeto de casamento *gay* é uma cachorrada”⁵. Vem de longe essa visão depreciativa. Antigüidade, medievo, iluminismo, modernidade: em épocas sucessivas da evolução do pensamento humano, a condição homossexual foi tratada com intolerância, truculência e desprezo.

Os tempos, no entanto, estão mudando. Progressivamente, as relações homoafetivas vêm conquistando aceitação e respeito. Na esfera privada, é crescente o número de pessoas que assumem publicamente e sem temor a sua orientação homossexual. No espaço público, concorridas passeatas e manifestações, em diferentes capitais do país, simbolizam a vitória pessoal de homens e mulheres que derrotaram séculos de opressão para poderem ostentar sua identidade sexual, desfrutar seus afetos e buscar a própria felicidade. É certo que ainda ocorrem manifestações ocasionais de homofobia, inclusive com o emprego de violência. Mas já não contam com a cumplicidade silenciosa da opinião pública. Aos poucos se consolida uma cultura capaz de aceitar e de apreciar a diversidade.

Nesse ambiente, é natural que se coloque, com premência, o tema do regime jurídico das uniões homoafetivas. A despeito da ausência de normatização expressa, a postura do Estado em relação ao assunto tem sido de crescente reconhecimento. Certas manifestações do Poder Público já atribuem às uniões entre pessoas do mesmo sexo, para determinados fins⁶, *status* semelhante ao das uniões entre homem e mulher. Não se pode dizer, contudo, que esta seja uma posição dominante ou incontroversa. Pelo contrário, um lance de olhos pela jurisprudência dos diversos tribunais revela a existência de pronunciamentos judiciais divergentes

4. In: <http://www.rainbowuniverse.com/newenglandGLBTVets/pressreleases/2003/pr02.htm>. Acesso em: 6 nov. 2006. O fato foi amplamente divulgado na ocasião e a frase citada pode ser encontrada em diversos outros sítios.
5. In: <http://www.nossomundoecassim.hpg.ig.com.br/canais/menu/frases.htm>. Acesso em: 6 nov. 2006.
6. De que é exemplo a matéria previdenciária. No âmbito federal, destaca-se a Instrução Normativa INSS/DC nº 25, de 7 jun. 2000, editada por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado (Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0), que estipula procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

sobre o tema. A título de exemplo, confirmam-se duas decisões recentes, uma em cada sentido:

“Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas”⁷⁷.

“Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida; Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, §3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher; revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo”⁷⁸.

As uniões estáveis *heterossexuais* também percorreram caminhos feitos de idas e vindas, acolhimentos e rejeições. Com a Constituição de 1988, no entanto, obtiveram reconhecimento institucional pleno, passando a ser caracterizadas como verdadeiras entidades familiares. Na presente investigação sustenta-se a tese de que o mesmo regime deve ser reconhecido às uniões entre pessoas do mesmo sexo, seja por aplicação direta dos princípios constitucionais, seja por integração de lacuna legal existente.

Parte I

Pré-compreensão do tema e panorama do direito comparado

III. ORIENTAÇÃO SEXUAL, RELAÇÕES HOMOAFETIVAS E O PAPEL DO DIREITO E DO ESTADO

A interpretação constitucional, como a interpretação jurídica em geral, não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve as normas

7. TJ/RS, j. 25 jun. 2003, AC 70005488812, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis. No mesmo sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias; TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Leticia Sardas.

8. TJ/MG, j. 24 mai. 2006, AC 1.0024.04.537121-8/002, Rel. Des. Domingos Coelho. No mesmo sentido: TJ/RJ, j. 7 fev. 2006, AC 2006.001.00660, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto; TJ/SP, j. 7 jun. 2005, AI 388.800-4/7, Rel. Des. José Joaquim dos Santos.

jurídicas pertinentes, os fatos a serem valorados, as circunstâncias do intérprete e o imaginário social. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da posição do sujeito da interpretação constitui o que a doutrina denomina de *pré-compreensão*⁹. É hoje pacífico que o papel do intérprete não é – porque não pode ser – apenas o de descobrir e revelar a solução que estaria abstratamente contida na norma. Diversamente, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento, a ele caberá fazer, com frequência, valorações *in concreto* e escolhas fundamentadas.

Porque assim é, há um dever ético do intérprete de declinar a sua pré-concepção a propósito da matéria que está sendo interpretada, o que significa dizer, explicitar o seu ponto de observação e os valores e fatores que influenciam sua argumentação¹⁰. Tal atitude de honestidade intelectual e transparência permite a compreensão correta da fundamentação adotada, bem como o controle e a crítica do processo interpretativo. Nessa linha, cabe declinar, ao início, que o presente estudo se funda nas seguintes visões de mundo:

- a) a homossexualidade é um fato da vida;
- b) as relações homoafetivas são fatos lícitos e relativos à esfera privada de cada um;
- c) o intérprete constitucional deve ser movido por argumentos de razão pública e não por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais;
- d) o papel do Estado e do Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância.

Não há consenso acerca das razões que determinam a orientação sexual dos indivíduos. Existem estudos dotados de seriedade científica que certificam que a orientação sexual é decorrente de fatores genéticos¹¹. Segundo outros estudos,

9. V. Hans-Georg Gadamer, *Verdade e método*, 1997, p. 320 e ss.; Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 285 e ss.; Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, t. II, 2003, p. 3 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, 2006, p. 30 e ss..

10. Nesse sentido, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1997, p. 293: “É tão certo que ninguém é imune a estes pré-juízos como também seria errôneo ver neles uma barreira absoluta e intransponível. Mas a sua superação não é de todo em todo possível senão mediante um processo permanente de auto-exame e a preocupação constante com a ‘questão em si mesma’. Uma disponibilidade para tal é a primeira exigência que se tem de colocar tanto ao juiz como ao cientista do Direito”.

11. Em estudo realizado nos EUA, chegou-se aos seguintes resultados: entre gêmeos univitelinos, se um dos irmãos era homossexual, em 52% dos casos o outro também era; entre gêmeos bivitelinos, o percentual

igualmente sérios, os fatores determinantes seriam sociais. Não é importante tomar partido nesse debate, salvo para deixar claro que a homossexualidade não é uma opção, mas um fato da vida. Deve-se destacar, ademais, que o fato do homossexualismo não viola qualquer norma jurídica¹², nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros. Salvo, naturalmente, quando esses terceiros tenham a pretensão de ditar um modo de vida “correto” – o seu modo de vida – para os outros indivíduos.

As concepções religiosas dogmáticas, as ideologias cerradas e as doutrinas abrangentes em geral fazem parte da vida contemporânea. E, nos limites da Constituição e das leis, têm o direito de participar do debate público e de expressar os seus pontos de vista, que, em alguns casos, traduzem intolerância ou dificuldade de compreender o outro, o diferente, o homossexual. Mas a ordem jurídica em um Estado democrático não deve ser capturada por concepções particulares, sejam religiosas, políticas ou morais. Como assinalado, o intérprete constitucional deve ser consciente de suas pré-concepções, para que possa ter autocrítica em relação à sua ideologia e auto-conhecimento no tocante a seus desejos e frustrações¹³. Seus sentimentos e escolhas pessoais não devem comprometer o seu papel de captar o sentimento social e de inspirar-se pela *razão pública*¹⁴.

ficava em 22%; entre irmãos adotivos, se restringia a 11%. A pesquisa demonstra que a orientação sexual é influenciada pelo ambiente familiar, mas é influenciada também, e decisivamente, por fatores genéticos. A pesquisa é reportada por Maria Berenice Dias, *União homossexual: O preconceito e a justiça*, 2001, p. 43.

12. Essa afirmação é inquestionavelmente válida para o Brasil, assim como para a maioria dos países. Nem mesmo a Suprema Corte norte-americana, em sua atual tendência conservadora, ousou dizer o contrário. No julgamento do caso *Lawrence et. al. v. Texas*, que será comentado adiante, declarou-se a inconstitucionalidade da criminalização da chamada sodomia.
13. Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: Temas de direito constitucional, t. II, 2003, p. 10: “A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente da distribuição de poder e riquezas na sociedade nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas”.
14. O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso V, da Constituição. Sobre esta temática, v. especialmente a obra de John Rawls, notadamente: *Uma teoria de justiça; Liberalismo político*, e *Direito dos povos*. Na literatura nacional, v. Cláudio Pereira de Souza Neto, *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, 2005; e Nythamar de Oliveira, *Rawls*, 2005.

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um. As relações homoafetivas existem e continuarão a existir, independentemente do reconhecimento jurídico positivo do Estado. Se o direito se mantém indiferente, de tal atitude emergirá uma indesejada situação de insegurança. O assunto será aprofundado mais adiante.

Porém, mais do que isso, a indiferença do Estado é apenas aparente e revela, na verdade, um juízo de desvalor. Tendo havido – como houve – uma decisão estatal de dar reconhecimento jurídico às relações afetivas informais, a não-extensão desse regime às uniões homoafetivas traduz menor consideração a esses indivíduos. Tal desequiparação é inconstitucional, pelos motivos que serão apresentados ao longo do presente estudo. A história dos diferentes países registra exemplos trágicos de discriminação fundada em fatores inatos ou inelutáveis, como raça, deficiência física ou homossexualidade. Foi assim na Alemanha nazista¹⁵, na África do Sul do *apartheid*¹⁶ e nos Estados Unidos até o final dos anos 60¹⁷. Todas essas diferenciações, que vigoraram no século passado – há poucas décadas, portanto – são hoje em dia consideradas odiosas.

Na verdade, sequer é preciso citar exemplos tão extremos. Poucas matérias têm sofrido mutação tão acelerada quanto as relações familiares. Até pouco tempo, aceitava-se como normal a superioridade jurídica dos homens sobre as mulheres. Esse entendimento era consagrado, *e.g.*, no Código Civil brasileiro de 1916, em dispositivos que atribuíam ao homem a chefia da família e a primazia na educação dos filhos. O avanço do processo civilizatório se encarregou de condenar essas manifestações autoritárias e assentar a igual dignidade das diferentes etnias e confissões religiosas, assim como a paridade jurídica entre homem e mulher. O mesmo processo tem atuado para repelir a discriminação dos homossexuais, no que se inclui naturalmente o reconhecimento jurídico de suas uniões afetivas.

15. A Alemanha nazista proibia casamentos entre judeus e alemães da chamada raça ariana, atribuindo competência aos promotores públicos para anulá-los, além de cominar pena de trabalhos forçados para aqueles que violassem a norma. As relações extraconjugais também eram proibidas, tudo para proteger a pureza do sangue alemão. As normas em questão encontravam-se na Lei para a proteção do sangue alemão e da honra alemã, de 15 set. 1935.

16. O casamento inter-racial (entre brancos e não-brancos) era considerado ilegal. V. *Prohibition of Mixed Marriages Act* (No. 55), de 1949. Posteriormente, relações sexuais entre brancos e não-brancos passaram a ser igualmente vedadas. V. *Immorality Act* (No. 21), de 1950, que alterava o *Immorality Act* (No. 5), de 1927, que já proibia relações sexuais entre brancos e negros.

17. Nos Estados-Unidos, o casamento inter-racial também chegou a ser proibido em alguns Estados, como Alabama, Arizona, Geórgia, Montana, Oklahoma, Texas, e Virgínia, o que somente veio a ser declarado inconstitucional pela Suprema Corte em 1967, no julgamento do caso *Loving v. Virginia* (388 U.S. 1).

O Estado inimigo das minorias, protagonista da repressão e da imposição da moral dominante, como se fosse a única legítima, tem cedido passo, historicamente, ao Estado solidário, agente da tolerância e da inclusão social. Alguns exemplos da experiência internacional ilustram o ponto.

IV. A UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO DIREITO COMPARADO

A discussão sobre o tratamento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo tem lugar não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, observando-se uma tendência ao reconhecimento, tanto por meio de atos normativos, quanto por decisões judiciais¹⁸. Em muitos casos, observa-se nítida superposição entre essas duas esferas, de modo que manifestações judiciais disseminam o debate e atribuem direitos que acabam sendo formalmente incorporados pelo legislador. Observe-se, por exemplo, o caso europeu.

Na década de 1990, vários países concederam proteção jurídica às uniões homoafetivas, ganhando destaque o regime de parceria registrada. A vanguarda foi assumida pela Dinamarca, que promulgou a lei de regência em 1989¹⁹. Noruega²⁰, Suécia²¹ e Islândia²² seguiram o exemplo dinamarquês, aprovando leis referentes à convivência registrada, reconhecendo direitos e obrigações mútuas entre pessoas do mesmo sexo. Na Holanda²³, a convivência registrada não se dirige somente aos homossexuais, mas a todos os que não querem ou não podem se casar²⁴. Em 2001, o legislador holandês foi o primeiro a autorizar o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com iguais direitos e deveres, bem como conseqüências jurídicas idênticas às do casamento heterossexual²⁵. A Bélgica seguiu o caminho, permitindo igualmente, em 2003, o casamento entre pessoas do mesmo sexo²⁶.

18. A exposição da jurisprudência estrangeira beneficiou-se de pesquisa gentilmente cedida pelo Professor Daniel Sarmiento.

19. Lei nº 372/89.

20. Lei nº 40/93.

21. Esta lei entrou em vigor em 1 jan. 1995, estabelecendo que a convivência registrada tem as mesmas conseqüências de um casamento, com exceção da possibilidade de adoção. Uma ressalva também é feita quando as leis sobre inseminação e fertilização *in vitro*, as quais não se aplicam aos conviventes.

22. Trata-se da Lei nº 564/96, bastante similar à lei sueca.

23. Esta lei entrou em vigor em 1 jan. 1998, estabelecendo que a parceria civil é considerada como equivalente ao casamento civil, sendo suas conseqüências virtualmente idênticas.

24. A professora Maria Celina Bodin de Moraes (A união entre pessoas do mesmo sexo: Uma análise sob a perspectiva civil-constitucional, *Revista Trimestral de Direito Civil* 1:89, 2000, p. 100) atenta para outra possibilidade permitida pelo legislador holandês: o contrato de coabitação para a formalização de relação com um parceiro, o qual serve apenas para regular o que as partes acordam entre si, sendo válido somente entre elas, sem conseqüências perante terceiros.

25. Esta lei entrou em vigor em 1 abr. 2001.

26. Esta lei entrou em vigor em 30 jan. 2003.

A legislação catalã²⁷ também é bastante avançada no que diz respeito à paridade de direitos entre casais homossexuais e heterossexuais. Há uma única lei, de 1998, para regular as uniões estáveis, independente da orientação sexual dos pares. Na França, em outubro de 1999, foi aprovado o Projeto de Lei nº 207 sobre o *Pacte Civil de Solidarité*, conhecido como PaCS, possibilitando a união entre casais não ligados pelo matrimônio e atribuindo-lhes um conjunto abrangente de direitos e deveres recíprocos. Este pacto pode ser estabelecido por duas pessoas físicas maiores, de sexo diferente ou do mesmo sexo, com o objetivo de organizar a sua vida em comum. Em 15 de março de 2001, o Parlamento português aprovou o Decreto nº 56/VIII²⁸, adotando medidas de proteção às uniões de fato. A lei regula as situações jurídicas de duas pessoas, independente do sexo, que vivem em união de fato há mais de dois anos. Na Alemanha, também em 2001, entrou em vigor lei reconhecendo as uniões homoafetivas, permitindo que os envolvidos regulem sua vida em comum por meio de um contrato.

Essa tendência de reconhecimento das relações homoafetivas caracteriza não só os Estados europeus, separadamente, mas também a União Européia, em seu conjunto. É importante mencionar a Resolução do Parlamento Europeu²⁹, de 8 de fevereiro de 1994, sobre a paridade de direitos dos homossexuais da Comunidade Européia, estabelecendo o dever de se respeitar o princípio da igualdade no tratamento das pessoas, independente de sua orientação sexual.

Nas Américas, destacam-se Canadá, Argentina e Estados Unidos. O Canadá protege o casamento entre pessoas do mesmo sexo, com base no *Civil Marriage Act*³⁰, de 2005. Antes que a lei entrasse em vigor, houve consulta à Suprema Corte acerca da sua constitucionalidade, possibilidade admitida na ordem jurídica canadense. O Tribunal não apenas declarou que a lei não violava dispositivos constitucionais, como afirmou que a medida realizava o princípio da igualdade³¹.

27. Trata-se da *Ley sobre uniones estables de parejas da Cataluña*, de 30 jun. 1998.

28. Resultou na Lei nº 7/01, de 11 de maio, que adotou medidas de proteção às uniões de fato, revogando a Lei nº 135/99.

29. A recomendação sobre a Paridade de Direitos de Homossexuais consta do Doc. A3-0028/94, sendo as Resoluções de 17 set. 1996; 8 abr. 1997; 17 fev.1998; e 17 set. 1998 também relativas à paridade de direitos para os homossexuais.

30. Diz a ementa: Este ato estende, para efeitos civis, a capacidade legal de casamento a casais formados por pessoas de mesmo sexo, de modo a refletir valores de tolerância, respeito e igualdade, de acordo com a Carta canadense de Direitos e Liberdades. Emendas em outros atos são consequentemente feitas por este ato para garantir igual acesso aos efeitos civis do casamento e divórcio a casais formados por pessoas de mesmo sexo. (Tradução livre)

31. Manifestações semelhantes já foram realizadas por supremas cortes ou tribunais constitucionais de outros países. É o caso da África do Sul, cujo Tribunal Constitucional declarou incompatível com a Constituição a proibição do casamento homoafetivo, concedendo prazo de um ano ao legislador para que suprima o vício sob pena de se considerar automaticamente estendida aos homossexuais a possibilidade do casamen-

Tal resposta era até previsível, considerando que a edição da referida lei ocorreu após um conjunto de decisões judiciais que reconheciam às uniões homoafetivas proteção similar à conferida aos casais heterossexuais. A principal decisão partira justamente da Suprema Corte, que declarou inconstitucional lei que permitia a concessão de alimentos em razão de união estável apenas no caso de casais do sexo oposto, excluindo os homossexuais³².

Em relação à Argentina, a legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires reconhece, desde 2002, a união civil entre pessoas do mesmo sexo. A ordem jurídica daquela província considera união civil aquela formada livremente por duas pessoas, independentemente do gênero ou orientação sexual³³.

Nos Estados Unidos, alguns tribunais estaduais já decidiram, com base na cláusula da *equal protection*, não ser possível excluir uniões homoafetivas dos benefícios e das proteções previstas pela legislação aos cônjuges heterossexuais³⁴. Vale também mencionar o julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Romer V. Evans*³⁵, que declarou inconstitucional uma emenda à Constituição do Estado do Colorado, aprovada em referendo estadual, que impedia toda e qualquer autoridade estadual de praticar atos que resultassem em proteção às pessoas de orientação homossexual em face de qualquer tipo de discriminação. Na ocasião, a Corte afirmou que desigualdades até seriam possíveis, desde que tivessem fundamento razoável, diferente do mero propósito de demonstrar animosidade contra aquelas pessoas³⁶. Na mesma linha foi a decisão da Suprema Corte no caso *Lawrence et. al. v. Texas*³⁷, no qual foi declarada a inconstitucionalidade de lei estadual que criminalizava a sodomia³⁸. Embora não diga respeito ao tratamento jurídico das

to (Caso CCT 60/04, *Minister of Home Affairs and Another v. Marie Adriaana Fourie and Another*). No mesmo sentido, vale mencionar o caso da Hungria, cuja Corte Constitucional proferiu decisão semelhante no âmbito da união estável (Decisão 14/95). Por fim, destaca-se a Suprema Corte de Israel, que considerou inconstitucional a prática de determinada empresa que concedia benefícios aos parceiros de seus funcionários heterossexuais, mas os negava no caso de uniões homoafetivas (Caso *El-Al Israel Airlines v. Danilowitz*, julgado em 1994). Após a manifestação da Corte, verificou-se uma modificação na ordem jurídica israelense, baseada no *common law*, que passou a reconhecer esse tipo de união.

32. Trata-se do Caso *M. v. H.* (142 D.L.R 4th), julgado em 1996.

33. Trata-se da Lei da cidade autônoma de Buenos Aires (*Ley CABA*) nº 1.004/02, que cria o registro público de uniões civis, de 12 dez. 2002.

34. A decisão mais incisiva foi proferida pela Suprema Corte do Estado de Massachusets, no caso *Goodridge v. Department of Public Health*, julgado em 2003. O Tribunal assentou que a não-extensão do casamento aos casais do mesmo sexo violava a igualdade e o devido processo legal, afirmando que os argumentos apontados para justificar a discriminação não seriam capazes de justificar a quebra da isonomia.

35. *Romer v. Evans*, 517 U.S 620 (1996).

36. Uma descrição e análise do caso encontra-se em Ronald Dworkin, *Sovereign virtue – The theory and practice of equality*, 2000, p. 456-65.

37. *Lawrence et. Al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

38. Os principais Estados que proibiam a sodomia homossexual eram Texas, Oklahoma, Kansas, e Missouri.

uniões homossexuais, tal decisão afastou qualquer dúvida sobre a licitude das relações homossexuais naquele país.

Feitas essas notas sobre a pré-compreensão do tema e sobre o direito comparado, passa-se à exposição dos fundamentos extraídos da Constituição de 1988 que impõem a extensão do regime da união estável às relações homoafetivas.

Parte II

A Constituição de 1988 e o reconhecimento jurídico das relações entre pessoas do mesmo sexo

V. UNIÕES HOMOAFETIVAS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O ambiente filosófico do direito constitucional contemporâneo é o do *pós-positivismo*, que se caracteriza pela reaproximação entre o Direito e a Ética. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se (i) a reentronização dos valores na interpretação jurídica, (ii) o reconhecimento de normatividade aos princípios e (iii) o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Os princípios são a expressão jurídica dos valores e dos fins de uma sociedade. Neles estão contidos os direitos fundamentais, não apenas como direitos subjetivos, mas, igualmente, como uma ordem objetiva de valores que deve inspirar a compreensão e a aplicação do Direito.

Em meio a esses princípios e direitos fundamentais encontram-se alguns que são decisivos para o enquadramento ético e jurídico da questão aqui enfrentada. Em primeiro lugar, o mandamento magno da *igualdade*, a virtude soberana³⁹, manifestado em inúmeras disposições constitucionais. Ao lado dele, o princípio da *liberdade*, que se colhe nos princípios da livre-iniciativa (cuja dimensão, relembre-se, não é apenas a de liberdade econômica) e da legalidade, bem como em referências expressas em todo o texto constitucional⁴⁰. Acrescente-se, ainda, o princípio da *dignidade da pessoa humana*, que ilumina o núcleo essencial dos direitos fundamentais e do qual se irradiam, também, na esfera privada, os direitos da personalidade, tanto na sua versão de integridade física como moral⁴¹. E, por

39. A expressão é de Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000.

40. V. Luís Roberto Barroso, Eficácia e efetividade do direito à liberdade. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 75 e ss..

41. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003; Gustavo Tepedino, Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*, 1998; Cristiano Chaves de Farias, *Direito civil: Teoria geral*, 2005.

fim, o princípio da *segurança jurídica*, que procura dar ao Direito previsibilidade e estabilidade, bem como proteção à confiança legítima dos indivíduos⁴².

Todas as pessoas, a despeito de sua origem e de suas características pessoais, têm o direito de desfrutar da proteção jurídica que estes princípios lhes outorgam. Vale dizer: de serem livres e iguais, de desenvolverem a plenitude de sua personalidade e de estabelecerem relações pessoais com um regime jurídico definido e justo. E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de “menos-valia”: menos importante, menos correto, menos digno⁴³.

1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

“As pessoas e os grupos sociais têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza”.
(Boaventura de Souza Santos⁴⁴)

A Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da igualdade e condena de forma expressa todas as formas de preconceito e discriminação. A menção a tais valores vem desde o preâmbulo da Carta, que enuncia o propósito de se constituir uma “*sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”. O art. 3º renova a intenção e lhe confere inquestionável normatividade, enunciando serem objetivos fundamentais da República “*construir uma sociedade livre, justa e solidária*” e “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”. O *caput* do art. 5º reafirma que “to-

42. V. Almiro do Couto e Silva, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: O prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), *Revista de Direito Administrativo* 237:271, 2004.

43. V. Luiz Edson Fachin, Aspectos jurídicos da união de pessoas do mesmo sexo, *Revista dos Tribunais* 732:47, 1996, p. 53: “Em momento algum pode o Direito fechar-se feito fortaleza para repudiar ou discriminar. O medievo jurídico deve sucumbir à visão mais abrangente da realidade, examinando e debatendo os diversos aspectos jurídicos que emergem das parcerias de convívio e de afeto. Esse é um ponto de partida para desatar alguns ‘nós’ que ignoram os fatos e desconhecem o sentido de refúgio qualificado prioritariamente pelo compromisso sócio-afetivo”.

44. Boaventura de Souza Santos, *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

*dos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*⁴⁵. O constituinte incluiu, ainda, menções expressas de rejeição ao racismo⁴⁵ e à discriminação contras as mulheres⁴⁶.

Tal conjunto normativo é explícito e inequívoco: a Constituição é refratária a todas as formas de preconceito e discriminação, binômio no qual hão de estar abrangidos o menosprezo ou a desequiparação fundada na orientação sexual das pessoas⁴⁷. O desenvolvimento do tema, para os fins aqui visados, remete a algumas categorias conceituais tradicionais no estudo dessa matéria.

1.1. Igualdade formal e material. Igualdade na lei e perante a lei

A igualdade *formal*, que está na origem histórica liberal do princípio, impede a hierarquização entre pessoas, vedando a instituição de privilégios ou vantagens que não possam ser republicaneamente justificadas. Todos os indivíduos são dotados de igual valor e dignidade. O Estado, portanto, deve agir de maneira impessoal, sem selecionar indevidamente a quem beneficiar ou prejudicar. A igualdade *material*, por sua vez, envolve aspectos mais complexos e ideológicos, de vez que é associada à idéia de justiça distributiva e social: não basta equiparar as pessoas na lei ou perante a lei, sendo necessário equipará-las, também, perante a vida, ainda que minimamente⁴⁸.

Pois bem: a questão aqui estudada resolve-se no plano da igualdade puramente formal, sem envolver quaisquer das dificuldades teóricas e práticas presentes na concretização da igualdade material. A não desequiparação onde não exista um motivo relevante e legítimo que a justifique deve ser a conduta de todos os órgãos e agentes públicos e, dentro de certa medida, deve ser imposta até mesmo aos particulares⁴⁹. Há precedentes, inclusive, sancionando a discriminação contra homossexuais⁵⁰.

45. CF/88, art. 5º, XLII: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

46. CF/88, art. 5º, I: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

47. Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 48.

48. Sobre o tema, v. Ricardo Lobo Torres, *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: *Teoria dos direitos fundamentais*, 1999.

49. A jurisprudência do STF fornece o seguinte exemplo: “(...) I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional (...)”. (STF, *DJU* 19 dez. 1997, RE 161243/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Na doutrina, acerca da eficácia privada dos direitos fundamentais, v. Daniel Sarmento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004.

50. A título de exemplo, em matéria trabalhista, v. TRT 02ª Reg., *DJU* 14 out. 2005, Acórdão nº 20050694159 (processo nº 00742-2002-019-02-00-9), Rel. Juiz Valdir Florindo: “OPÇÃO SEXUAL. DEMISSÃO. DANO

A noção de igualdade formal projeta-se tanto para o âmbito da *igualdade na lei* – comando dirigido ao legislador – quanto para a *igualdade perante a lei*, mandamento voltado para o intérprete do Direito. A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inegalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição.

É certo que, apesar da linguagem peremptória dos diversos dispositivos constitucionais, não é fato que toda e qualquer desequiparação seja inválida. Pelo contrário, legislar nada mais é do que classificar e distinguir pessoas e fatos, com base nos mais variados critérios⁵¹. Aliás, a própria Constituição institui distinções com base em múltiplos fatores, que incluem sexo, renda, situação funcional e nacionalidade, dentre outros. O que o princípio da isonomia impõe é que o fundamento da desequiparação seja razoável e o fim por ela visado seja legítimo⁵². No caso concreto, cuida-se de saber se a orientação sexual é um fator aceitável de discriminação para se negar às relações homoafetivas regime jurídico equiparável ao das uniões estáveis.

Cumpra investigar, assim, a razoabilidade e a legitimidade da negação de direitos que tem por fator de diferenciação a homossexualidade das partes. Note-se que a Constituição é expressa ao considerar suspeitas desequiparações baseadas na origem, no gênero e na cor da pele (art. 3º, IV). No item gênero, por certo, está implícita a orientação sexual. No caso de uma classificação suspeita, agrava-se o ônus argumentativo de quem vai sustentá-la. A este propósito, os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos. Nenhum deles resiste ao crivo da razão pública.

MORAL CONFIGURADO (...) O homossexual não pode ser marginalizado pelo simples fato de direcionar sua atenção para outra pessoa do mesmo sexo, já que sequer pode-se precisar o que define a opção sexual do ser humano: se fatores biológicos, psicológicos ou até mesmo ambos. De todo acerto e procedência é a decisão de primeiro grau, que censurou a atitude da recorrente. Não há razão alguma ou argumento que possa retirar a condenação”. No mesmo sentido, v. TRT 15ª Reg., *DJU* 1 out. 2004, Decisão 038178/2004-PATR (processo nº 01673-2001-096-15-00-8 ROPS), Rel. Juíza Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza.

51. V. Celso Antônio Bandeira de Mello, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 1993 (1ª. ed. 1978), p. 11; e Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*, 1983, p. 44.

52. Luís Roberto Barroso, Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de direito constitucional*, 2006 (1ª. ed. 1999), p. 161.

1.2. Fundamentos invocados para a desequiparação

A impossibilidade de procriação não é uma justificativa razoável para o tratamento desigual. Em primeiro lugar porque esta não é, obviamente, a única função da família. No cerne da noção contemporânea de família está a afetividade, o projeto de comunhão de vidas, independentemente da sexualidade⁵³. O próprio Código Civil impõe como requisito para a caracterização de união estável apenas a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família. Não há qualquer referência à procriação. Além disso, o reconhecimento constitucional da família monoparental⁵⁴ afasta definitivamente o argumento de que a impossibilidade de procriação seja um óbice à atribuição do *status familiae*⁵⁵. À vista de tais elementos, não se legitima a exclusão de pessoas do mesmo sexo da categoria entidade familiar nem do regime jurídico da união estável, se o que as une é a mesma afetividade e o mesmo projeto de vida comum que ligam as pessoas de sexos opostos.

Outro argumento encontrado na doutrina é o de que as relações entre pessoas do mesmo sexo não podem ser reconhecidas como familiares porque escapariam aos padrões de “normalidade moral”. Não é o caso de se enveredar aqui pela discussão acerca do que é *normal*, lembrando apenas que em épocas e lugares diferentes já foram ou são normais a tortura, a escravidão e a mutilação. O que cabe discutir aqui – e rejeitar – é a imposição autoritária da moral dominante à minoria, sobretudo quando a conduta desta não afeta terceiros. Em uma sociedade democrática e pluralista, deve-se reconhecer a legitimidade de identidades alternativas ao padrão majoritário. O estabelecimento de *standards* de moralidade já justificou, ao longo da história, variadas formas de exclusão social e política, valendo-se do discurso médico, religioso ou da repressão direta do poder⁵⁶. Não há razão para se reproduzir o erro.

53. Enézio de Deus Silva Júnior, Adoção por casais homossexuais, *Revista Brasileira de Direito de Família* 30:124, 2005, p. 143: “Com razão, se o afeto é o que justifica o respeito mútuo, a durabilidade e a solidez, indispensáveis para que as uniões formem uma estrutura familiar (independente do sexo biológico e da orientação de desejo dos seus membros), as relações homossexuais evidenciam todas as nuances distintivas do fenômeno humano, ora juridicizado pelo Direito de Família”. No mesmo sentido, v. tb. Cristiano Chaves de Farias, Reconhecer a obrigação alimentar nas uniões homoafetivas: Uma questão de respeito à Constituição da República, *Revista Brasileira de Direito de Família* 28:26, 2005, p. 33; Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, p. 27, 2004; e Taísa Ribeiro Fernandes, *Unões homossexuais e seus efeitos jurídicos*, 2004, p. 80-1.

54. CF/88, art 226, § 4º: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

55. V. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, p. 33, 2004.

56. Márcia Arán e Marilena V. Corrêa, Sexualidade e política na cultura contemporânea: O reconhecimento social e jurídico do casal homossexual, *Physis* 14(2):329, 2004.

Uma terceira e última corrente que procura justificar a discriminação em relação às uniões homoafetivas baseia-se na seguinte linha: a de não ser possível atribuir *status* familiar a tais relações, por serem elas contrárias aos *valores cristãos*⁵⁷. Este argumento pode ter importância no debate que se instaure no interior das confissões religiosas. Mas, como intuitivo, não pode prevalecer no espaço público de um Estado laico⁵⁸. Evita-se aqui o desvio – apesar do seu fascínio – de discutir se os *valores cristãos* não seriam realizados de forma melhor pela compreensão, pela tolerância e pelo amparo, em lugar da negação.

Um último comentário. O conteúdo do princípio da igualdade sofreu uma importante expansão nas últimas décadas. No contexto do embate entre capitalismo e socialismo, os temas centrais de discussão gravitavam em torno da promoção de igualdade material e da redistribuição de riquezas. Com o fim da guerra fria, entraram na agenda pública outros temas, sobretudo os que envolvem as denominadas *políticas de reconhecimento*, designação sob a qual se travam as discussões acerca de etnia, gênero e orientação sexual. Sob o influxo do princípio da dignidade da pessoa humana, passou-se a enfatizar a idéia de que devem ser respeitados todos os projetos pessoais de vida e todas as identidades culturais, ainda quando não sejam majoritários.

2. PRINCÍPIO DA LIBERDADE PESSOAL, DO QUAL DECORRE A AUTONOMIA PRIVADA

“Se nascemos numa sociedade que nos ensina certos valores morais – justiça, igualdade, veracidade, generosidade, coragem, amizade, direito à felicidade – e, no entanto, impede a concretização deles porque está organizada e estruturada de

57. Quanto ao ponto, v. Luiz Roldão de Freitas Gomes, Da sociedade entre homossexuais, *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* 59:26, 2004, p. 30: “Esta [a convivência de pessoas do mesmo sexo], como visto, sem desviar de aspectos psicológicos e humanos que as possam envolver, não passam de meras situações de fato, com repercussões apenas no plano patrimonial, como se uma sociedade de fato houvera, o que jamais pode converter-se em casamento, diante de sua concepção agasalhada no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de suas raízes históricas e em face dos valores cristãos, que informam o matrimônio”.

58. Como se sabe, a Igreja Católica sequer reconhece as uniões estáveis entre homens e mulheres. Em discurso recente (19 out. 2006), o Papa reafirmou a posição: “Hoje uma atenção especial e um compromisso extraordinário são exigidos daqueles grandes desafios em que vastas porções da família humana estão em maior perigo: as guerras e o terrorismo, a fome e a sede, e algumas epidemias terríveis. Mas é necessário também enfrentar, com iguais determinação e clareza de intenções, o risco de opções políticas e legislativas que contradizem valores fundamentais e princípios antropológicos e éticos radicados na natureza do ser humano, de modo particular no que se refere à tutela da vida humana em todas as suas fases, desde a concepção até a morte natural, e à promoção da família fundada no matrimônio, evitando introduzir no ordenamento público outras formas de união que contribuiriam para a desestabilizar, obscurecendo o seu caráter peculiar e o seu papel social insubstituível.”. In: http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/october/documents/hf_ben_xvi_spe_20061019_convegno-verona_po.html. Acesso em: 9 nov. 2006.

modo a impedi-los, o reconhecimento da contradição entre o ideal e a realidade é o primeiro momento da **liberdade** e da vida ética como recusa da violência. O segundo momento é a busca das brechas pelas quais possa passar o possível, isto é, uma outra sociedade que concretize no real aquilo que a nossa propõe no ideal”. (Marilena Chauí⁵⁹)

Dois concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de auto-determinação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é um ato de decisão e escolha entre várias alternativas possíveis. Na concepção oposta, a liberdade não é um ato de escolha do indivíduo, mas o produto de um contexto externo a ele, seja a natureza ou uma infra-estrutura econômica. É preciso que a realidade concreta lhe dê condições para ser livre. Modernamente, uma terceira concepção tem prevalecido, reunindo elementos de uma e de outra. A liberdade, efetivamente, tem um conteúdo nuclear que se situa no poder de decisão, de escolha entre diversas possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma capacidade que não é apenas subjetiva, mas consiste na possibilidade objetiva de decidir⁶⁰.

Passando da filosofia para a teoria do Direito e para a teoria democrática, é de se consignar que um Estado democrático de Direito deve não apenas assegurar ao indivíduo o seu direito de escolha entre várias alternativas possíveis, como, igualmente, deve propiciar condições objetivas para que estas escolhas possam se concretizar⁶¹. As pessoas devem ter o direito de desenvolver a sua personalidade e as instituições políticas e jurídicas devem promover esse desenvolvimento, e não dificultá-lo. Certas manifestações da liberdade guardam conexão ainda mais estreita com a formação e o desenvolvimento da personalidade, merecendo proteção redobrada⁶². É o caso, por exemplo, da liberdade religiosa, de pensamento e de expressão. E também da liberdade de escolher as pessoas com quem manter relações de afeto e companheirismo. De maneira plena, com todas as conseqüências normalmente atribuídas a esse *status*⁶³. E não de forma clandestina.

59. Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 365.

60. Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, p. 360-2.

61. Registre-se que para um indivíduo de orientação homossexual, a escolha não é entre estabelecer relações com pessoas do mesmo sexo ou de sexo diferente, mas entre abster-se de sua orientação sexual ou vivê-la clandestinamente. As pessoas devem ter liberdades individuais que não podem ser cerceadas pela maioria, pela imposição de sua própria moral. Sobre o tema, v. Ronald Dworkin, *Sovereign virtue*, 2000, p. 453 e ss..

62. Daniel Sarmiento, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2004, p. 241: “Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam”.

63. Nesse sentido, v. Érika Harumi Fugie, Inconstitucionalidade do art. 226, §3º, da CF?, *Revista dos Tribu-*

Do princípio da liberdade decorre a autonomia privada de cada um. Não reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver sua orientação sexual em todos os seus desdobramentos é privá-lo de uma das dimensões que dão sentido a sua existência. Tal como assinalado, a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável não daria causa, simplesmente, a uma lacuna, a um espaço não-regulado pelo Direito. Esta seria, na verdade, uma forma comissiva de embaraçar o exercício da liberdade e o desenvolvimento da personalidade de um número expressivo de pessoas, depreciando a qualidade dos seus projetos de vida e dos seus afetos. Isto é: fazendo com que sejam menos livres para viver as suas escolhas.

A autonomia privada pode certamente ser limitada, mas não caprichosamente. A imposição de restrições deve ser justificada pela promoção de outros bens jurídicos de mesma hierarquia, igualmente tutelados pela ordem jurídica. Essa é uma exigência do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mais especificamente do sub-princípio da *proporcionalidade em sentido estrito*⁶⁴. No caso, por se tratar da dimensão existencial da autonomia privada, apenas razões de especial relevância – como a necessidade de conciliação com o núcleo de outro direito fundamental – poderiam justificar uma ponderação para o fim de compatibilizar os interesses em conflito.

Ocorre, porém, que o não-reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo não promove nenhum bem jurídico que mereça proteção em um ambiente republicano. Ao contrário, atende apenas a uma determinada concepção moral, que pode até contar com muitos adeptos, mas que não se impõe como juridicamente vinculante em uma sociedade democrática e pluralista, regida por uma Constituição que condena toda e qualquer forma de preconceito. Esta seria uma forma de *perfeccionismo* ou autoritarismo moral⁶⁵, próprio dos regimes totalitários, que não se limitam a organizar e promover a convivência pacífica,

nais 813:64, 2003, p. 76: “De modo que a liberdade de expressão sexual, como direito de personalidade, é direito subjetivo que tem como objeto a própria pessoa. Assim, é dotado de uma especificidade e se insere no *minimum* necessário e imprescindível ao conteúdo do indivíduo. De maneira que o aniquilamento de um direito de personalidade ofusca a pessoa como tal. A esses direitos mais preciosos relativos à pessoa se atribui a denominação de medula da personalidade. Assim, o direito à orientação sexual, em sendo um direito de personalidade, é atributo inerente à pessoa humana”.

64. Sobre o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, v. Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 244; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 2003, p. 116-7; e Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 152-3.

65. Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 2005, p. 205: “La concepción opuesta al principio de autonomía tal como lo he presentado se suele denominar ‘perfeccionismo’. Esta concepción sostiene que lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus propios deseos o de su elección de forma de vida y que el Estado puede, a través de distintos medios, dar preferencia a aquellos intereses y planes de vida que son objetivamente mejores”.

tendo a pretensão de moldar *indivíduos adequados*⁶⁶. Em suma, o que se perde em liberdade não reverte em favor de qualquer outro princípio constitucionalmente protegido.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana migrou da religião e da filosofia para o Direito nas últimas décadas, tendo sido incluído em documentos internacionais e em Constituições democráticas. A Constituição brasileira de 1988 abrigou-o expressamente, dando início a uma fecunda produção doutrinária que procura dar-lhe densidade jurídica e objetividade⁶⁷. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. Expressão nuclear dos direitos fundamentais, a dignidade abriga conteúdos diversos, que incluem condições materiais mínimas de existência, integridade física e valores morais e espirituais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade⁶⁸. Do ponto de vista moral, *ser* é muito mais do que *ter*.

66. Reinhold Zippelius, *Teoria geral do Estado*, 1997, p. 370-1: “O moderno Estado totalitário, que intervém em todos os sectores da vida e para o qual servem como exemplo a Rússia estalinista e a Alemanha nazi, reclama realizar as suas idéias políticas, económicas e sociais mesmo na esfera privada (...). No moderno Estado totalitário pretende-se subordinar aos objetivos de Estado e colocar ao seu serviço não só a economia, o mercado de trabalho e a actividade profissional, mas também a vida social, os tempos livres, a família, todas as convicções e toda a cultura e os costumes do povo”.

67. A partir do final da década de 90, a produção nacional passou a voltar-se para o tema. Confirmam-se alguns trabalhos representativos: José Afonso da Silva, Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo* 212:89, 1998; Cármen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social, *Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1999; Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*, 2001; Cleber Francisco Alves, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*, 2001; Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, 2001; Maria Celina Bodin de Moraes, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003.

68. Immanuel Kant, *Fundamentação à metafísica dos costumes*, 2005 (edição original de 1785), p. 77-8: “No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto, a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade”. Explicitando o pensamento de Kant, com remissão a B. Freitag, averbou Maria Celina Bodin de Moraes, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2003: “De acordo com Kant, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade”.

É impossível deixar de reconhecer que a questão aqui tratada envolve uma reflexão acerca da dignidade humana⁶⁹. Dentre as múltiplas possibilidades de sentido da idéia de dignidade, duas delas são reconhecidas pelo conhecimento convencional: (i) ninguém pode ser tratado como meio, devendo cada indivíduo ser considerado sempre como fim em si mesmo⁷⁰; e (ii) todos os projetos pessoais e coletivos de vida, quando razoáveis, são dignos de igual respeito e consideração, são merecedores de igual “reconhecimento”⁷¹. A não atribuição de reconhecimento à união entre pessoas do mesmo sexo viola simultaneamente essas duas dimensões nucleares da dignidade humana.

Em primeiro lugar, tal exclusão funcionaliza as relações afetivas a um projeto determinado de sociedade, que é majoritário, por certo, mas não juridicamente obrigatório. As relações afetivas são vistas como meio para a realização de um modelo idealizado, estruturado à imagem e semelhança de concepções morais ou religiosas particulares. O indivíduo é tratado, então, como meio para a realização de um projeto de sociedade. Só é reconhecido na medida em que se molda ao papel social que lhe é designado pela tradição: o papel de membro da família heterossexual, dedicada à reprodução e à criação dos filhos.

Em segundo lugar, a discriminação das uniões homoafetivas equivale a não atribuir igual respeito a uma identidade individual, a se afirmar que determinado estilo de vida não merece ser tratado com a mesma dignidade e consideração atribuída aos demais. A idéia de *igual respeito e consideração* se traduz no conceito de “reconhecimento”. As identidades particulares, ainda que minoritárias, são dignas de reconhecimento.

Atualmente já se sabe que o reconhecimento do outro exerce importante papel na constituição da própria identidade (do *self*⁷²) e no desenvolvimento de auto-estima. A formação dessa identidade, do modo como cada um se autocompreende,

69. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União de pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 148: “Há de se conhecer a dignidade existente na união homoafetiva. O conteúdo abarcado pelo valor da pessoa humana informa poder cada pessoa exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos de foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade, representando uma fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da experiência humana”.

70. Esta é, como se sabe, uma das máximas do *imperativo categórico* kantiano, proposições éticas superadoras do utilitarismo. V. Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1951. V. tb. Ted Honderich (editor), *The Oxford companion to Philosophy*, 1995, p. 589; Ricardo Lobo Torres, *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários*, 2005; e Ricardo Terra, *Kant e o direito*, 2005.

71. V. Charles Taylor, A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos*, 2000; José Reinaldo de Lima Lopes, O direito ao reconhecimento de gays e lésbicas. In: Celio Golin; Fernando Altair Pocahy e Roger Raupp Rios (orgs.), *A Justiça e os direitos de gays e lésbicas*, 2003.

72. Charles Taylor, A política do reconhecimento. In: *Argumentos filosóficos*, 2000.

depende do olhar do outro; é um processo dialógico. O não reconhecimento se converte em desconforto, levando muitos indivíduos a negarem sua própria identidade à custa de grande sofrimento pessoal. A distinção ora em exame, ao não atribuir igual respeito às relações homoafetivas, perpetua a dramática exclusão e estigmatização a que os homossexuais têm sido submetidos no Ocidente. Cuidasse, portanto, de patente violação à dignidade da pessoa humana.

4. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica constitui um elemento importante para a paz de espírito e para a paz social. Ao contrário dos princípios anteriores, este não incide diretamente para reger a hipótese, mas sim como vetor interpretativo do quadro normativo existente. O princípio da segurança jurídica envolve a tutela de valores como a previsibilidade das condutas, a estabilidade das relações jurídicas e a proteção da confiança. Para promovê-los, o Estado e o Direito são dotados de instituições e de institutos que incluem o próprio Poder Judiciário – que tem por fim precípua assegurar o primado da Constituição e das leis – e categorias como a anterioridade, a continuidade e a irretroatividade das leis, assim como mecanismos de tutela das expectativas legítimas e da preservação de efeitos de atos que venham a ser invalidados⁷³. A exclusão das relações homoafetivas do regime jurídico da união estável, sem que exista um outro regime específico aplicável, é inequivocamente geradora de insegurança jurídica.

As uniões entre pessoas do mesmo sexo são lícitas e continuarão a existir, ainda que persistam as dúvidas a respeito do seu enquadramento jurídico. Esse quadro de incerteza – alimentado por manifestações díspares do Poder Público, inclusive decisões judiciais conflitantes – afeta o princípio da segurança jurídica, tanto do ponto de vista das relações entre os parceiros quanto das relações com terceiros. Vale dizer: criam-se problemas para as pessoas diretamente envolvidas e para a sociedade.

Os primeiros afetados são, por certo, os partícipes das relações homoafetivas. O desenvolvimento de um projeto de vida comum tende a produzir reflexos existenciais e patrimoniais. Diante disso, é natural que as partes queiram ter previsibilidade em temas envolvendo herança, partilha de bens, deveres de assistência recíproca e alimentos, dentre outros. Todos esses aspectos encontram-se equacionados no

73. V. Almiro do Couto e Silva, O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: O prazo decadencial do art. 54 da Lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99), *Revista de Direito Administrativo* 237:271, 2004.

tratamento que o Código Civil dá às uniões estáveis⁷⁴. Sua extensão às relações homoafetivas teria o condão de superar a insegurança jurídica na matéria.

De fora parte isto, a indefinição sobre o regime aplicável pode afetar, igualmente, terceiros que venham a estabelecer relações negociais com algum dos envolvidos na parceria homoafetiva⁷⁵. É que, como regra, pessoas que vivem em união estável necessitam de anuência do companheiro, por exemplo, para alienar bens e conceder garantia. Dúvida haverá, também, sobre a responsabilidade patrimonial por dívidas individuais ou dívidas comuns aos companheiros. Há incertezas jurídicas, portanto, quanto a formalidades e quanto a aspectos de direito material envolvendo as relações entre parceiros homoafetivos e terceiros.

Dessa forma, se é possível interpretar o direito posto de modo a prestigiar o princípio da segurança jurídica, e inexistindo outro valor de estatura constitucional que a ele se oponha, será contrária à Constituição a interpretação que frustre a concretização de tal bem jurídico.

VI. O PRIMADO DA AFETIVIDADE: A UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR

Uma das principais conseqüências da extensão do regime da união estável às relações compromissadas entre pessoas do mesmo sexo reside na sua caracterização como entidade familiar. Longe de configurar uma aproximação artificial, parece possível identificar nas uniões homoafetivas todos os elementos que têm sido considerados determinantes para o reconhecimento de entidades familiares. Como já foi adiantado, o conceito de família tem sofrido importantes mudanças. A constitucionalização do direito deslocou a ênfase do instituto para os aspectos existenciais, em substituição às questões patrimoniais. Mais importante ainda é a caracterização que tem sido feita da família como meio de promoção – ambiente privilegiado – para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, e não mais como um fim em si mesmo ou um mero símbolo de tradição⁷⁶.

74. Código Civil, art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

75. Sobre o tema, vejam-se Hélio Borghi, *União estável & casamento – Aspectos polêmicos*, 2003, p. 60, e Zeno Veloso, *União estável*, 1997, p. 86-7. Vale notar que os autores tratam da união estável heterossexual. No entanto, uma vez reconhecidas as uniões homoafetivas, a mesma lógica lhes seria aplicável.

76. Quanto ao ponto, v. Luiz Edson Fachin, *Direito de família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 306: “Da superação do antigo modelo da ‘grande-família’, na qual avultava o caráter patriarcal e hierarquizado da família, uma unidade centrada no casamento, nasce a família moderna, com a progressiva eliminação da hierarquia, emergindo uma restrita liberdade de escolha; o casamento fica dissociado da legitimidade dos filhos. Começam a dominar as relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a

A família é um fenômeno sócio-cultural institucionalizado pelo Direito. Refletindo fatores psíquicos, materializados no âmbito da afetividade e da sexualidade, o tratamento dispensado pelo direito à família precisa acompanhar as transformações que têm lugar na sociedade. Para além da família formada pelo casamento, reunindo homem, mulher e filhos, o Direito vem progressivamente reconhecendo novas modalidades de entidade familiar. O desafio hoje apresentado ao Direito de família é incorporar o pluralismo e corresponder aos objetivos que lhe são confiados⁷⁷.

No cerne da concepção contemporânea de família, situa-se a mútua assistência afetiva, a chamada *affectio maritalis*, conceituada como a vontade específica de firmar uma relação íntima e estável de união, entrelaçando as vidas e gerenciando em parceria os aspectos práticos da existência⁷⁸. A afetividade é o elemento central desse novo paradigma, substituindo a consangüinidade⁷⁹ e as antigas definições assentadas em noções como normalidade e capacidade de ter filhos. A nova família, entendida como “comunidade de afeto”, foi consagrada pelo texto constitucional de 1988⁸⁰.

família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”.

77. Vejam-se: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, vol. V, 2004, p. 2-3; e Maria Claudia Crespo Brauner, Reinventando o direito de família: Novos espaços de conjugalidade e parentalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18:79, 2004, p. 81: “O desafio lançado consiste em aceitar o princípio democrático do pluralismo na formação de entidades familiares e, respeitando as diferenças intrínsecas de cada uma delas, efetivar a proteção e prover os meios para resguardar os interesses das partes, conciliando o respeito à dignidade humana, o direito à intimidade e à liberdade com os interesses sociais e, somente quando indispensável, recorrer à intervenção estatal para coibir abusos”.
78. Neste sentido, v. Enézio de Deus Silva Júnior, Adoção por casais homossexuais, *Revista Brasileira de Direito de Família* 30:124, 2005, p. 132: “Por tal razão, rompem-se conceitos e reformulam-se posturas doutrinárias, na seara jurídico-familiar, substituindo a ideologia tradicional e estatal da família, por outra, mais coerente com a realidade social sustentada pelo afeto. Neste diapasão, o casamento deixou de ser considerado único legitimador da família, e a sociedade conjugal tende a ser vislumbrada como estrutura de amor e de respeito, independente do sexo biológico e da orientação afetiva dos que a integram”. V. tb. Érika Harumi Fugie, Inconstitucionalidade do art. 226, § 3º, da CF?, *Revista dos Tribunais* 813:64, 2003, p. 67.
79. V. Luiz Edson Fachin, *Direito de família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 49: “A retomada do valor jurídico da *affectio maritalis* por si só denuncia a *ratio* apenas formal do casamento. A afetividade assume dimensão jurídica. Migram para a ‘constitucionalização’ princípios e normas básicos do Direito de Família, espalhados na igualdade, na neutralidade e na dimensão da inocência quanto à filiação”. V. tb. Ana Carla Harmatiuk Matos, *União entre pessoas do mesmo sexo – Aspectos jurídicos e sociais*, 2004, p. 27. V. ainda Maria Claudia Crespo Brauner, Reinventando o direito de família: novos espaços de conjugalidade e parentalidade, *Revista Trimestral de Direito Civil* 18:79, 2004, p. 83.
80. V. Luiz Edson Fachin, *Direito de família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*, 2003, p. 317-8: “Na transformação da família e de seu Direito, o transcurso apanha uma ‘comunidade de sangue’ e celebra, ao final deste século, a possibilidade de uma ‘comunidade de afeto’. Novos modos de definir o próprio Direito de Família. Direito esse não imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível”.

Essa nova família foi resultado de um importante processo de evolução, impulsionado pela jurisprudência. Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: “*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*” (art. 167⁸¹). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida em que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família⁸², que seguiu as seguintes etapas principais⁸³:

- a) Primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção;
- b) Em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par;
- c) Em seguida, insere-se este tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato⁸⁴;

81. Após a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, a previsão passou a ser feita no art. 175, mantendo-se redação idêntica.

82. V. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, A união civil entre pessoas do mesmo sexo, *Revista de Direito Privado* 2:30, 2000, p. 32: “O conceito de família para o Direito é relativo, alterando-se continuamente, como reflexo da própria evolução histórica da sociedade e dos seus costumes. O certo é que uma das notas peculiares do final do século XX consiste na verificação de que as famílias devem se fundar, cada vez mais, em valores existenciais e psíquicos, próprios do convívio próximo, afastando as uniões de valores autoritários, materialistas, patrimonialistas e individualistas que notabilizaram o modelo de família oitocentista do Código de Napoleão. E, no âmbito jurídico, não se pode deixar de considerar o relevante e inestimável papel da Constituição Federal, mormente a de 1988, no direito brasileiro: como já se pôde perceber, o Direito Civil passa pelo fenômeno de constitucionalização dos bens e valores fundantes do ordenamento jurídico, com atribuição de maior relevância à pessoa humana (o ser) do que ao seu patrimônio (o ter). Como observa Giselda Hironaka, o legislador brasileiro, ao formular a Carta Maior, foi obrigado, diante da realidade da vida, a constitucionalizar ‘relevantes inovações, entre elas, e principalmente (...) desmistificação de que a família só se constituísse a partir do casamento civilmente celebrado’”.

83. Para um panorama da evolução jurisprudencial e legislativa sobre o tema, v. Gustavo Tepedino, *Novas formas de entidades familiares: Efeitos do casamento e da família não fundada no casamento*. In: *Temas de direito civil*, 2004, p. 373 e ss..

84. STF, j. 20 out. 1964, AI 30422, Rel. Min. Luis Galotti: “Sociedade de fato entre pessoas não casadas. Reconhecimento dela, para efeitos patrimoniais”; STF, j. 20 nov. 1970, RE 60657/GO, Rel. Min. Adalicio Nogueira: “Concubinato. Convivência ‘more uxorio’, por muitos anos, constitui sociedade de fato. Indenização devida à companheira. Dissídio jurisprudencial superado. Súmula 380”; Súmula 380, STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. (Sessão Plenária de 3 abr. 1964).

- d) Num momento posterior, passou-se a reconhecer verdadeira união-de-fato entre companheiros⁸⁵, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.⁸⁶;
- e) Por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento.

É certo que a Constituição de 1988 faz menção apenas à união estável entre homem e mulher, no que foi seguida pela legislação ordinária. Em capítulo subsequente será examinado este ponto, onde se procurará demonstrar que o constituinte não exercitou um *silêncio eloqüente*, mas deixou o tema aberto à evolução dos costumes e do Direito. Por ora cuidou-se apenas de destacar que as relações entre pessoas do mesmo sexo apresentam os requisitos apontados por toda a doutrina contemporânea como essenciais para a caracterização de entidade familiar, que consistem na afetividade e na comunhão de vida.

Por fim, vale a ressalva de que a defesa do modelo tradicional de família não pressupõe a negação de outras formas de organização familiar. Não há incompatibilidade entre a união estável entre pessoas do mesmo sexo e a união estável entre pessoas de sexos diferentes, ou entre estas e o casamento. O não-reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas não beneficia, em nenhuma medida, as uniões convencionais e tampouco promove qualquer valor constitucionalmente protegido.

85. STF, j. 10 mai. 1977, RE 83.930-SP, Rel. Min. Antonio Neder: "Todavia, em jurídica linguagem é de se admitir a diferenciação, porque, na verdade, o cônjuge adúltero pode manter convívio no lar com a esposa e, fora, ter encontros amorosos com outra mulher, como pode também separar-se de fato da esposa, ou desfazer desse modo a sociedade conjugal, para conviver *more uxorio* com a outra parte. Na primeira hipótese o que se configura é um concubinato segundo o seu conceito moderno, e obviamente a mulher é concubina; mas, na segunda hipótese, o que se caracteriza é uma união-de-fato (assim chamada por lhe faltarem as *justas nuptiae*) e a mulher merece a vida como companheira; precisando melhor a diferenciação, é de se reconhecer que, no primeiro caso, o homem tem duas mulheres, a legítima e a outra; no segundo, ele convive apenas com a companheira, porque se afastou da mulher legítima, rompeu de fato a vida conjugal".

86. Súmula 35, STF: "em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio". (Sessão Plenária de 13 dez. 1963); STF, j. 12 mar. 1974, AI 59650/SP, Rel. Min. Alimoar Baleeiro: "Concubina - inscrição para previdência. Não nega vigência a direito federal, nem discrepa de jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, o acórdão que mandou inscrever, a pedido do concubinário, em instituições de previdência, como beneficiária, a concubina"; Súmula 122, TFR: "A companheira, atendidos os requisitos legais, faz jus a pensão do segurado falecido, quer em concorrência com os filhos do casal, quer em sucessão a estes, não constituindo obstáculo a ocorrência do óbito antes da vigência do Decreto-lei 66, de 1966". (Decisão: 29 set. 1982); Súmula 159, TFR: "é legítima a divisão da pensão previdenciária entre a esposa e a companheira, atendidos os requisitos exigidos". (Decisão: 6 jun. 1984); Súmula 253, TFR: "A companheira tem direito a concorrer com outros dependentes a pensão militar, sem observância da ordem de preferências". (Decisão: 2 mar. 1988).

Parte III

Extensão do regime jurídico das uniões estáveis às uniões homoafetivas

VII. UNIÕES HOMOAFETIVAS E A REGRA CONSTITUCIONAL DO ART. 226, § 3º

No capítulo anterior procurou-se deixar assentado que os princípios constitucionais e a nova concepção de família delineada na Constituição impunham uma conclusão: a de que o regime jurídico das uniões estáveis deve ser aplicado também às relações homoafetivas. Essa extensão deve ser imediata, sem que isso importe em violação do art. 226, § 3º, como se demonstra a seguir. No próximo tópico será explorada uma via alternativa de argumentação, geradora das mesmas conseqüências.

Como já visto anteriormente, não há regra constitucional expressa prescrevendo a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Em sua textualidade, assim dispõe o § 3º do art. 226 da Constituição Federal:

Art. 226, § 3º: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

É certo, por outro lado, que a referência a *homem e mulher* não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às relações homoafetivas. Nem o teor do preceito nem o sistema constitucional como um todo contêm indicação nessa direção. Extrair desse preceito tal conseqüência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram.

Insista-se, para que não haja margem a dúvida: não tem pertinência a invocação do argumento de que o emprego da expressão “união estável entre o homem e a mulher” importa, *a contrario sensu*, em proibição à extensão do mesmo regime a uma outra hipótese. Tal norma foi o ponto culminante de uma longa evolução que levou à equiparação entre companheira e esposa. Nela não se pode vislumbrar uma restrição – e uma restrição preconceituosa – de direito. Seria como condenar alguém com base na lei de anistia. O Código Civil, por sua vez, contém apenas uma norma de reprodução, na parte em que se refere a homem e mulher, e não uma norma de exclusão. Exclusão que, de resto, seria inconstitucional.

Admita-se, assim, para argumentar, que a Constituição não imponha nem proíba a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. O Código Civil, por sua vez, tampouco provê a respeito. Sendo assim, na ausência de um regime jurídico específico, ditado pelo constituinte ou pelo legislador, como deve agir o intérprete?

VIII. LACUNA NORMATIVA E MECANISMOS DE INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Divulga o conhecimento convencional que não existem lacunas no Direito, mas apenas na lei. A omissão, lacuna ou silêncio da lei consiste na falta de regra jurídica positiva para regular determinado caso. A ordem jurídica, todavia, tem uma pretensão de completude, e não se concebe a existência de nenhuma situação juridicamente relevante que não encontre uma solução dentro do sistema. O processo de preenchimento de eventuais vazios normativos recebe o nome de *integração*. Nela não se cuida, como na interpretação, de revelar o sentido de uma norma existente e aplicável a dada espécie, mas de pesquisar no ordenamento uma norma capaz de reger adequadamente uma hipótese que não foi especificamente disciplinada pelo legislador.

A Constituição de 1934 impunha ao intérprete e aplicador do Direito o dever de integrar a ordem jurídica, na letra expressa do art. 113, inciso 37: “Nenhum juiz deixará de sentenciar por motivo de omissão na lei”. As Constituições subsequentes não reeditaram a regra, que, todavia, ganhou assento na Lei de Introdução ao Código Civil⁸⁷ e no Código de Processo Civil⁸⁸. Na omissão ou lacuna da lei, deve o juiz recorrer à *analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito*. Para os fins aqui relevantes, abre-se uma nota acerca dos princípios e da analogia como mecanismos de integração da ordem jurídica.

1. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO E NA INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

Nas últimas décadas houve profunda mutação no papel dos princípios jurídicos, como já assinalado em outra parte deste estudo. Os princípios, notadamente os princípios constitucionais, passaram a funcionar como a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. Em sua trajetória ascendente,

87. Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

88. Código de Processo Civil, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

os princípios deixaram de ser fonte secundária do Direito para serem alçados ao centro do sistema jurídico. De lá irradiam-se por todo o ordenamento, influenciando a interpretação e aplicação das normas jurídicas em geral, permitindo a leitura moral do Direito⁸⁹.

Ora bem: em parte anterior do presente trabalho sustentou-se que sequer existe lacuna normativa, de vez que os princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade e segurança jurídica impunham a extensão do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Considerando-se, para argumentar, que exista de fato omissão normativa na matéria, hipótese é de se aplicar os mesmos princípios para saná-la, produzindo-se como resultado a equiparação, em tudo que couber, das uniões estáveis entre homem e mulher e as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

2. O RECURSO À ANALOGIA NA INTEGRAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA

A analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma dada situação de fato a uma outra situação semelhante, mas que não fora prevista pelo legislador. Diz-se tratar-se de analogia *legis* quando é possível recorrer a uma regra específica apta a incidir sobre a hipótese, e de analogia *iuris* quando a solução precisa ser buscada no sistema como um todo, por não haver nenhuma regra diretamente pertinente. A hipótese em exame é, como intuitivo, de analogia *legis*.

De fato, os elementos essenciais da união estável, identificados pelo próprio Código Civil – convivência pacífica e duradoura com o intuito de constituir família – estão presentes tanto nas uniões heterossexuais, quanto nas uniões homoafetivas. Os elementos nucleares do conceito de entidade familiar – afetividade, comunhão de vida e assistência mútua, emocional e prática – são igualmente encontrados nas duas situações. Diante disso, nada mais natural do que o regime jurídico de uma ser estendido à outra.

Admitida a analogia, chegar-se-ia à seguinte conclusão: a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (art. 226, §§ 1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (art. 226, §3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por apenas um

89. V. Ronald Dworkin, *Freedom's law*, 1996, p. 2: “A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados, cidadãos – interpretemos e apliquemos estas cláusulas abstratas (da Constituição) na compreensão de que elas invocam princípios de decência política e de justiça”.

dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º). Haveria, contudo, um tipo comum de família não expressamente reconhecido: a *união homoafetiva*. Apesar da falta de norma específica, o reconhecimento dessa quarta modalidade seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares⁹⁰.

Não bastaria, portanto, o reconhecimento de meras sociedades de fato, tal como tem prevalecido na jurisprudência brasileira⁹¹. Embora esta seja uma forma de reconhecimento, ainda que precário, é preciso destacar que a sociedade de fato é um instituto jurídico do *direito das obrigações*, ao contrário da união estável, que se insere no *direito de família*. A fórmula da sociedade de fato já marca uma evolução da jurisprudência – lembrando o caminho percorrido em relação às uniões estáveis entre homem e mulher – mas ainda equivale à negação de natureza familiar às relações homoafetivas: para o Direito, os homossexuais estariam impedidos de, mantendo sua identidade, constituírem famílias. Disso resulta negar a um grande conjunto de pessoas uma das dimensões básicas da afetividade, caracterizando manifesto preconceito e sendo incompatível com a tábua de valores da Constituição.

A solução descrita neste tópico já foi acolhida em diversas decisões judiciais. Abaixo se destaca uma delas, pela precisão com que enfrentou os pontos relevantes, justificando-se a longa transcrição:

90. Nesse sentido: TJ/RS, j. 17 nov. 2004, AC 70009550070, Rel. Des. Maria Berenice Dias: “Inconteste que o relacionamento homoafetivo é um fato social que se perpetuou através dos séculos, não podendo o Judiciário se olvidar de prestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não a diversidade de gêneros. E, antes disso, é o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações mantidas entre pessoas do mesmo sexo constitui forma de privação do direito à vida, em atitude manifestamente preconceituosa e discriminatória. Deixemos de lado as aparências e vejamos a essência. (...) A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º, caput) e prevê como objetivo fundamental, a promoção do bem de todos, ‘sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação’ (art. 3º, IV). Dispõe, ainda, que ‘a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’ (art. 5º, XLI). Portanto, sua intenção é a promoção do bem dos cidadãos, que são livres para ser, rechaçando qualquer forma de exclusão social ou tratamento desigual.” V. também: TJ/RJ, j. 21 mar. 2006, AC 2005.001.34933, Rel. Des. Leticia Sardas: “Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pela Lei 8.971/94 e 9.278/96. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o recito de convivência que, de resto, é fato social aceito e reconhecido, até mesmo fins previdenciários”.

91. A título de exemplo, v. STJ, *DJU* 6 abr. 1998, REsp 148.897/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, *DJU* 14 mar. 2005, REsp 323.370/RS, Rel. Min. Barros de Monteiro; e STJ, *DJU* 16 mai. 2005, REsp 502.995/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

“A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (art. 16, I, da Lei n.º 8.213/91), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio reclusão”⁹².

Por todo o conjunto de fundamentos expostos nas Partes II e III, afigura-se fora de dúvida que as uniões estáveis homoafetivas constituem entidade familiar e, à falta de disciplina específica, devem reger-se pelas mesmas regras da união estável entre homem e mulher.

IX. CONCLUSÃO

É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas ao longo do presente estudo nas seguintes proposições:

1. As uniões homoafetivas são fatos lícitos e relativos à vida privada de cada um. O papel do Estado e do Direito, em relação a elas como a tudo mais, é o de respeitar a diversidade, fomentar a tolerância e contribuir para a superação do preconceito e da discriminação.

92. TRF 4ª Reg., DJU 10 ago. 2005, AC 2000.71.00.009347-0, Rel. João Batista Pinto Silveira.

2. A Constituição de 1988 não contém regra expressa acerca de orientação sexual ou de relações homoafetivas.
3. A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.
4. Justamente ao contrário, os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade impõem a extensão do regime jurídico da união estável às uniões homoafetivas. *Igualdade* importa em política de reconhecimento; *dignidade* em respeito ao desenvolvimento da personalidade de cada um; e *liberdade* no oferecimento de condições objetivas que permitam as escolhas legítimas. Ademais, o princípio da *segurança jurídica*, como vetor interpretativo, indica como compreensão mais adequada do Direito aquela capaz de propiciar previsibilidade nas condutas e estabilidade das relações.
5. Admitindo-se para argumentar, sem conceder, que a conclusão anterior não devesse prevalecer – isto é, que os princípios enunciados não incidissem diretamente, produzindo a solução indicada – ter-se-ia como consequência a existência de lacuna normativa, à vista do fato de que tampouco existe regra expressa sobre o ponto.
6. Nesse caso, a forma adequada de integração da lacuna normativa seria a analogia. A situação mais próxima à da união estável entre pessoas do mesmo sexo é a da união estável entre homem e mulher, por terem ambas como características essenciais a afetividade e o projeto de vida comum. A figura da sociedade de fato não contém esses elementos e a opção por uma analogia mais remota seria contrária ao Direito.

X

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A BUSCA DE CRITÉRIOS JUSTOS PARA A DETERMINAÇÃO DO VALOR DAS INDENIZAÇÕES, EM ALGUMAS HIPÓTESES ESPECIAIS DE DANO CONTRA A SAÚDE

Luiz Rodrigues Wambier

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professor no curso de mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto - Unaerp e no curso de especialização em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP e do Instituto Ibero-americano de Direito Processual. Advogado.

Teresa Arruda Alvim Wambier

Teresa Arruda Alvim Wambier é livre-docente, doutora e mestre em Direito pela PUC-SP; professora nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da mesma instituição; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP, da International Association of Procedural Law - IAPL, do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, do Instituto dos Advogados do Estado do Paraná - IAPR e do Estado de São Paulo - IASP, do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e do Instituto Panamericano de Derecho Procesal; advogada.

1. BREVE INTRODUÇÃO

A fixação dos valores das indenizações decorrentes dos danos morais tem sido tormentosa, tanto na lei, quanto na jurisprudência ou na doutrina. E isso não é fenômeno recente. Desde há muito a doutrina procura encontrar fórmulas capazes de oferecer à sociedade justos critérios indenizatórios, preferentemente à luz de dados objetivos. Mas a tarefa não é fácil. Há regras, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, ligadas ao critério da tarifação, que parece não ser o mais apropriado, haja vista a expressiva quantidade de diferentes hipóteses que podem

ocorrer na vida da sociedade e nas relações interpessoais. Exemplo da utilização desse método está presente na Lei de Imprensa, embora se tenha assentado, na doutrina, tratar-se de regra não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, por razões que serão expostas em seguida.

Entre nós, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a matéria passou a compor a pauta dos estudiosos, de modo mais intenso, em razão de previsão constitucional expressa, no sentido de que o dano moral é, sim, plenamente indenizável (e, portanto, sendo plenamente indenizável, não comportaria o engessamento do critério tarifário). O Art. 5º, que está no centro da normatização dos direitos e garantias fundamentais, prevê, no inciso V, ao tratar do direito de resposta, e de sua proporcionalidade à ofensa sofrida pela vítima, o assegura, “*além da indenização por dano material, moral ou à imagem*”. A seu turno, o inciso X, dispõe a respeito da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, “*assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

O Código Civil, de sua vez, ao regular, no plano infraconstitucional, a garantia de indenização do dano moral, dispõe, no art. 927, ser obrigação do causador do dano, decorrente de ato ilícito, a devida reparação. Já o art. 944 prevê que a indenização será proporcional à extensão do dano experimentado pela vítima.

A questão relativa à fixação do valor da indenização do dano moral revela-se portadora de inúmeras dificuldades para o juiz (afastado, como regra geral, o método ou critério tarifário). No mais das vezes, deve o juiz arbitrar o valor indenizatório, tendo como parâmetros as hipóteses assemelhadas (critério voltado à observação dos precedentes judiciais) ou, de outro lado, a sensibilidade diante dos fenômenos sociais, presente naquilo que se convencionou chamar de “*máximas da experiência do juiz*”. O art. 335 do Código de Processo Civil contém previsão expressa nesse sentido, autorizando o juiz, na falta de normas jurídicas particulares, a aplicar “*regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece...*”.

A fixação dos valores indenizatórios, à míngua de regra específica e objetiva, faz com que exista o risco da ocorrência de dois fenômenos, ligados entre si, em extremos opostos: o da exacerbação dos valores, a ponto de haver o estímulo àquilo que já se chamou de “*indústria do dano moral*” ou, na outra ponta, a fixação de valores meramente simbólicos, incapazes, portanto, de cumprir a função pedagógica voltada ao desestímulo à repetição do dano¹.

1. A esse respeito, SILVIO DE SALVO VENOSA, com precisão cirúrgica, adverte para o fato de a jurisprudência oscilar, “*da mesquinhez à prodigalidade*”. *Direito Civil*, vol. 4, 3ª. Edição, São Paulo, Ed. Atlas, 2003, p. 34.

Nossa proposta de trabalho, neste texto, é a de analisar a questão sob o específico enfoque dos danos à saúde pública, causados pela produção e comercialização de medicamentos que trazem prejuízos à saúde humana, ao nosso ver exponencialmente mais relevantes, sob todos os aspectos, do que danos outros, que têm sido corretamente avaliados pela jurisprudência, com a fixação de valores compatíveis (isto é, valores que não excedem a critérios de razoabilidade)².

Em outras palavras, entendemos que é absolutamente correta, sob todos os aspectos (social, econômico, jurídico e político), a postura do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de coibir (no exercício de sua função constitucional de garantir a higidez do direito federal) a fixação de valores elevados de indenização, para danos morais de pouca relevância como, por exemplo, aqueles que são alegados diante de instituições financeiras (inscrição em cadastros de devedores inadimplentes, retenção em sistemas de segurança de agências bancárias etc). Nessas hipóteses, age corretamente o STJ, ao limitar em pisos mínimos os valores das indenizações³. Do contrário, seria prestigiar o enriquecimento sem causa.

Com precisa advertência no mesmo sentido (isto é, da necessidade de se evitar a fixação de valores irrisórios ou excessivamente elevados, veja-se a decisão do STJ, no REsp. 869377/PR, Relator: Min. Hélio Quaglia Barbosa j. 12/11/2007. Tratava-se de ação indenizatória ajuizada em razão de atropelamento que causou debilidade permanente às vítimas. Assim decidiu o STJ: “O entendimento desde STJ é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão da fixação pelas instâncias ordinárias, viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tornando possível, assim, a revisão da aludida quantificação.” Outra decisão do STJ, de indiscutível acerto, deu-se no REsp. 598327/PR, Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16/10/2007. Lê-se, na ementa: “A fixação do dano moral deve atentar para a eficácia da reparação da lesão sofrida, mas evitando, de outro lado, o enriquecimento sem causa. Caso em que, constatado que o montante da indenização a tal título se revelou insuficiente em face da gravidade do dano - reconhecida na r. sentença -, é de se estabelecer o valor do ressarcimento em patamar mais elevado.” Noutra decisão, recentíssima (Resp. 896.635/MT, j. 26/02/2008), de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu-se que: “Assim, se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do recorrente e, ainda, ao porte econômico do recorrido, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, o STJ tem por coerente a prestação jurisdicional fornecida.”

2. Merece registro recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, de que foi Relatora a Ministra Nancy Andrighi. Trata-se do caso que ficou conhecido como o das “pílulas de farinha”. O Acórdão é primoroso (Recurso Especial n. Nº 866.636 – SP) e trata, em seu corpo, da dificuldade existente na determinação do valor da indenização por danos morais, asseverando não ser possível a comparação entre valores relativos a danos de pequena monta (“débito equivocado em conta bancária”, “devolução de cheques sem fundos” e “compra de veículo usado como se fosse novo”), com danos causados, na espécie, à mulher que utilizou placebo como se de pílula anticoncepcional se tratasse.
3. Em caso que tratava de inscrição indevida em cadastro de restrição de crédito, corretamente decidiu o STJ, no AgRg no Ag 884139/SC, Relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 18/12/2007: “O valor da indenização sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na sua fixação, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o Juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso e atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.”

Todavia, parece-nos ser diferente a postura que deva ser adotada pela jurisprudência, quando de danos à saúde se tratar. Especialmente nas hipóteses de danos assemelhados àqueles verificados em outros países, com base no mesmo substrato fático (por ex: mesmo medicamento, capaz de produzir os mesmos malefícios à saúde, aqui ou em outro país).

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ALGUNS DE SEUS DESDOBRAMENTOS NO CAMPO DA SAÚDE PÚBLICA

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 consagra, desde logo, como fundamento da República Federativa do Brasil, dentre outros (são também fundamentos da República, a soberania, a cidadania, o trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político), o princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de base axiológica (e lógica) de toda a construção normativa do Estado brasileiro. Não há Estado sem esse dado essencial, consistente na consideração, pela lei, por seus intérpretes e aplicadores, de que o ser humano é dotado de especial atributo, a ser garantido pelo Estado (isto é, pelos poderes do Estado), que é a sua *dignidade*. Trata-se de um valor caro à sociedade e eleito pelo Constituinte, que o colocou na base de toda a estrutura jurídico-política do Estado brasileiro⁴.

No sentir, preciso e correto, de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, o princípio da dignidade da pessoa humana “*não é apenas uma arma de argumentação, ou uma tábua de salvação para a complementação de interpretações possíveis de normas postas. Ele é a razão de ser do Direito. Ele se bastaria sozinho para estruturar o sistema jurídico*”⁵.

Trata-se, portanto, de norma fundante do sistema jurídico brasileiro, que deve ser aplicada independentemente de regra infraconstitucional específica.

Sua explicitação, que está presente no próprio texto constitucional, se dá através dos direitos fundamentais, cuja defesa intransigente confere vigor ao

4. Nesse sentido, FLÁVIA PIOVESAN e RÔMULO RUSSO JÚNIOR, asseveram: “*Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destaca-se a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III). Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional*” (Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade, na obra coletiva *O Código civil e sua interdisciplinaridade*, coordenação de José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 9).
5. E prosseguem, referidos autores: “*Uma ciência que não se presta para prover a sociedade de tudo quanto é necessário para permitir o desenvolvimento integral do homem, que não se presta para colocar o sistema a favor da dignidade humana, que não se presta para servir ao homem, permitindo-lhe atingir seus anseios mais secretos, não se pode dizer Ciência do Direito*” (*Constituição Federal Comentada*, Ed. RT, S. Paulo, 2006, p. 118).

princípio da dignidade humana. A esse respeito, INGO WOLFGAND SALET escreveu expressivo texto em que sustenta, a partir da premissa no sentido de que os direitos fundamentais são mecanismos de explicitação do princípio da dignidade da pessoa humana, que em cada direito fundamental há uma forma distinta de proteção da dignidade da pessoa humana⁶

Por outro lado, o art. 196 da Constituição Federal assegura a todos o direito à saúde, com o correlato dever do Estado de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doenças e afins, e por meio do acesso da sociedade a serviços públicos ligados à promoção, proteção e recuperação da saúde⁷.

Vê-se, portanto, que há na CF/88 uma perfeita teia de direitos voltados à proteção da saúde. É possível afirmar que a regra do art. 196, assim como as regras seguintes (que tratam, por exemplo, do Sistema Único de Saúde e da assistência à saúde pela iniciativa privada) promovem a especificação, nesse campo da vida (saúde), do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há outros aspectos, por óbvio, além da saúde, que compõem o conceito de dignidade humana. O direito à moradia, por exemplo, é um deles⁸. Mas, para os fins aqui propostos, incumbe-nos analisar o princípio da dignidade humana sob o enfoque dos valores indenizatórios em determinadas hipóteses de violação do direito à saúde.

3. DANOS CAUSADOS À SAÚDE DA POPULAÇÃO, EM RAZÃO DA PRODUÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE REMÉDIOS COM POTENCIAL DANOSO

A hipótese versada neste tópico é fartamente tratada na jurisprudência norteamericana. Há laboratórios que colocam, no mercado de consumo de produtos

6. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 87.
7. A esse respeito, ELAINE CARDOSO DE MATOS NOVAIS TEIXEIRA sustenta tratar-se, o direito à saúde, de “direito fundamental de segunda geração, o qual permite a exigibilidade imediata, porquanto as normas definidoras de direitos e garantias individuais têm aplicação imediata” (A proteção do direito à saúde, após a Constituição Federal de 1988, na coletânea *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*, organizada por Rosmar Antonni Rodrigues Cavancanti de Alencar, Nuria Fabris Editora, Porto Alegre, 2008, p. 24.
8. No que diz respeito ao direito fundamental à moradia, como componente do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos autores deste ensaio escreveu: *Os artigos 49 e 50 da Lei n° 10.931/04 e o direito fundamental à moradia*, Revista Jurídica Consulex, vol. 216, 15 jan. 2006; BIJ Boletim Informativo Juruá, Curitiba, vol. 409, 16-31 mar. 2006; Lex Artigos, São Paulo, 29/12/2006, disponível em http://www.lex.com.br/noticias/artigos/Default.asp?artigo_id=298&n=1; Revista Jurídica da Faculdade União, ano 1, n. 1, Ponta Grossa, Pr, Out./2007

farmacêuticos, determinados medicamentos cuja potencialidade nociva é muito mais expressiva (sob o enfoque, inclusive, da proporcionalidade) do que aquilo que seria sua vocação natural: minimizar e/ou curar males que atingem a saúde das pessoas. Trata-se, no mais das vezes, de medicamentos que não suportaram incólumes toda a fase de experimentação, de modo que se possa garantir sua plena eficácia, sem a ocorrência de danos colaterais. Ou, em outros casos, mais graves, de medicamentos cuja potencialidade danosa é efetivamente conhecida pelo fabricante que prefere, apesar disso, colocá-lo no mercado, ciente da possibilidade de ocorrência de enfermidades ou até mesmo de morte, em razão de seu uso, dado o grau de ingerência, de seus componentes, isoladamente ou em conjunto, no funcionamento do organismo humano.

Em hipóteses como essas, a jurisprudência norte americana registra situações que merecem nossa reflexão, pois a severidade com que têm sido tratados tais casos (com pesadas indenizações) bem reflete a preocupação do Poder Judiciário dos USA de, por meio de suas decisões, serem alcançados dois objetivos: 1) promover a real e efetiva indenização da vítima de medicamentos potencialmente capazes de trazer prejuízos à saúde; 2) punir os laboratórios que produzem tais medicamentos, de modo que, em razão do expressivo passivo judicial decorrente de seus atos, fiquem desestimulados à prática de atos lesivos da saúde da população. Este último objetivo tem cunho social, ligado à saúde da população, de longo prazo, pois estimula aos laboratórios à realização de exaustiva pesquisa, que permita concluir pela efetiva ausência de danos graves em decorrência do uso do medicamento, antes de sua entrada no mercado consumidor.

4. O FENÔMENO DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA E ALGUNS DE SEUS REFLEXOS NA GESTÃO DAS SOCIEDADES CONTEMPORÂNEAS

Dado incontestável do momento pelo qual passa a humanidade (trata-se de juízo de constatação e não de juízo de valor) é a integração econômica (em sentido amplo), a que se convencionou chamar globalização.

Não há como negar que esse fenômeno trouxe inúmeras alterações na vida das mais diferentes sociedades, que têm sido objeto de estudos nas distintas áreas do saber humano. Suas conseqüências negativas têm sido exaustivamente apontadas por filósofos, economistas, sociólogos e juristas.

Há, todavia, aspectos positivos de que nos podemos apropriar, inclusive no Direito. Especialmente no que diz respeito à dignidade humana, entende-se que se trata de um princípio geral, a ser fonte de inspiração de todas as ordens jurídicas, independentemente de suas respectivas opções políticas.

Com isso pretendemos afirmar que o homem não é “menos” ou “mais” digno, nesta ou naquela sociedade, neste ou naquele sistema jurídico. Ainda que distorções gritantes existam, seja no plano econômico, seja no plano jurídico, o ideal que se busca alcançar é o do máximo rendimento do princípio da dignidade humana, como base jurídica, política e econômica dos Estados contemporâneos.

A sociedade globalizada tende a exportar e importar, simultaneamente, métodos que permitam, a umas, a apropriação de mecanismos utilizados por aquelas que alcançaram melhores índices de desenvolvimento humano.

Trocam-se experiências no campo do combate à miséria e à fome, da erradicação do analfabetismo, do saneamento básico, para dar apenas alguns exemplos. Busca-se, enfim, na sociedade globalizada contemporânea, o alcance de soluções para esses e outros dados, todos componentes do conceito de dignidade humana.

E isso se faz mediante o intercâmbio de projetos e, fundamentalmente, pela adoção de métodos que comprovadamente tenham dado resultados efetivos na elevação dos níveis (ou dos índices) de desenvolvimento humano. Fórmulas econômicas, métodos educacionais, mecanismos de prestação dos serviços de saúde pública etc, têm sido objeto dessa intensa troca.

Esse expressivo movimento de troca de experiências e de conhecimento acumulado nesta ou naquela área da vida da sociedade, faz com que os países cujos índices de desenvolvimento humano (expressão que aqui se adota genericamente, para exprimir a distribuição dos benefícios da civilização) sejam inferiores, alcancem, em pouco tempo, novos patamares, com evidentes benefícios para as respectivas sociedades.

5. INTEGRAÇÃO E DIREITO

A troca de experiências e a observação dos resultados colhidos em outros sistemas têm ocorrido também no plano do Direito, como observamos de passagem no item anterior. Iniciativas como os Códigos modelo (para iberoamérica, por exemplo) permitem que diferentes Estados adotem mecanismos de prestação jurisdicional inovadores em suas próprias ordens jurídicas.

Além disso, a pura observação dos métodos de que se servem outros Estados, faz com que muitas soluções sejam adotadas por outros. O papel fundamental do estudo do Direito comparado é esse, isto é, permitir que acertos e desacertos de determinadas ordens jurídicas sejam observados e, à luz das características sociais,

políticas e econômicas próprias do observador, sejam adaptadas, incorporadas ou, se for o caso, afastadas. É um processo de observação e eventual apropriação dos benefícios que tenham sido obtidos por outra ordem jurídica.

No que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, partindo-se da premissa de que se trata de princípio universal, e da consideração no sentido de que a elevação dos índices de desenvolvimento humano favorece o alcance de melhores condições de vida digna para a sociedade, parece carecer de sentido qualquer resistência que se oponha à adoção, por um determinado Estado, de soluções a que outro Estado tenha chegado, com vistas a tais objetivos.

Isso nos permite asseverar, por exemplo, que, no campo específico das ações de indenização decorrentes de danos à saúde pública, causados pela comercialização de medicamentos que dêem motivo, aqui ou em outro país, às mesmas espécies de prejuízos, é perfeitamente sustentável que a jurisprudência de países diferentes possa adotar parâmetros indenizatórios assemelhados.

O dano à saúde e o desrespeito à vida são os mesmos, quando decorrentes da mesma causa, pouco importando se a vítima é brasileira ou canadense, russa ou angolana. A adoção, portanto, de padrões indenizatórios distintos, parece sugerir desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, até porque subjacentemente a este princípio há a noção de que os seres humanos são substancialmente iguais.

No que diz respeito a esse tema, é importante registrar a alteração legislativa operada recentemente no Código Judicial do Panamá, por meio da Lei 32, de 1º de agosto de 2006, que introduziu no Código um novo capítulo, denominado *Proceso especial de resolución de conflictos internacionales em materia de derecho privado*. De acordo com o artigo 1421-K, o Poder Judiciário panamenho está autorizado a aplicar, em matéria de indenização, sanções pecuniárias nos mesmos parâmetros e montantes aplicados no direito estrangeiro pertinente, isto é, no país de origem do produto ou do serviço que tenha sido o causador do dano.

Tal providência parece atender à idéia da necessidade substancial de equivalência entre os parâmetros indenizatórios de um ou de outro Estado, especialmente em hipóteses ligadas intrinsecamente ao princípio da dignidade da pessoa humana como, por exemplo, as atinentes à saúde pública.

6. PORTAS ABERTAS PARA ALTERAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL?

Além de estas mudanças substanciais poderem ser feitas por meio de alteração de textos de lei, como aconteceu na hipótese mencionada no item anterior, nada

impede que tenham origem nos próprios Tribunais. Em nosso entender, com base no princípio constitucional da dignidade humana, e dos critérios de que a doutrina se serve para orientar o tormentoso problema quanto à fixação do *quantum* para indenizações desta natureza, pode-se começar a pensar em parâmetros diferentes, sem que com isso aja nenhum tipo de desrespeito ao nosso ordenamento jurídico. Muito pelo contrário.

São conhecidos os parâmetros de que trata a doutrina, que deve orientar o Poder Judiciário para a fixação do *quantum* dessa espécie de dano. Reconhecendo-se que a indenização por danos imateriais rigorosamente não teria o condão de recompor o dano sofrido, a extensão do *quantum* deveria, isto é, desempenhar o papel de uma espécie de conforto com relação ao ofendido. Por outro lado, não pode ser esquecida a função impeditiva de que o causador do dano venha a tornar-se reincidente na conduta. Em outras palavras, a extensão da indenização deve ser suficiente para desestimular definitivamente o responsável pela causação do dano a dar prosseguimento à sua conduta.

Parece-nos que com base nestes parâmetros, a respeito dos quais, pode-se dizer existe quase que unanimidade na doutrina, e com o objetivo de proporcionar a aplicação plena do princípio da dignidade humana, os Tribunais estão autorizados pelo sistema jurídico brasileiro, a se orientar, principalmente nas hipóteses aqui tratadas (danos à saúde) parâmetros que até o momento não são usuais⁹.

A doutrina clássica reconhece à jurisprudência o papel de termômetro mais sensível das alterações sociais. Já é tempo, de os nossos Tribunais permitirem que os brasileiros sejam considerados, também no que diz respeito às indenizações por danos à saúde, cidadãos dignos das vantagens de que gozam cidadãos do primeiro mundo.

9. Michele Taruffo observa que o juiz deve contar com critérios mais gerais ou diversificados quando estiverem em jogo direitos fundamentais reconhecidos por todo o ordenamento ou até mesmo no plano internacional. E, prossegue o autor: “em outras palavras, é lícito duvidar que a decisão judiciária deva ser sempre *culturalmente localizada*” (...) “acabaria sendo provinciano e antihistórico, além de divergente das grandes tendências das sociedades contemporâneas, ignorar parâmetros mundiais” (aula proferida na Universidade Federal do Paraná, em 8 de março de 2001, não publicada).



XI

O JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE, O ART. 515, § 3º, CPC E O CONTRADITÓRIO

Márcio Carvalho Faria

Mestrando em Direito Processual pela Univ. Est. do Rio de Janeiro - UERJ (2007-2009); Especialista em Direito Público pela Faculdade Newton Paiva/MG (2005); Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (99-2004); Ex-professor substituto de Direito Processual Civil na faculdade de Direito da UFJF (2005-2007); Professor de Direito Proc. Civil na Faculdade Granbery (2007-?); Advogado em Juiz de Fora / MG e em São Paulo (OAB 99.515 e OAB/SP 244.733)

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo específico da atual problemática envolvendo o novel art. 285-A, CPC, em comparação com a regra constante do art. 515, §3º, CPC, tudo à luz do princípio constitucional do contraditório (art. 5º, LV, CF/88).

ABSTRACT: The present article has for object the current specific study of the problematic one involving the novel art. 285-A, CPC, in comparison with the rule of the art. 515, §3º, CPC, everything to the prism of the constitutional

principle of the adversary system (art. 5º, LV, CF/88).

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Reformas processuais. Julgamento liminar de improcedência. Recursos. Duração razoável do processo. Princípio constitucional do contraditório.

KEYWORDS: Procedure Civil Law. Procedural reforms. Preliminary judgment of impertinence. Appeals. Reasonable duration of the process. Constitutional principle of adversary system.

1. O JULGAMENTO ANTECIPADÍSSIMO DA LIDE E O ART. 285-A, CPC

Um dos maiores reclamos do jurisdicionado é, fora de dúvida, a morosidade na entrega da prestação jurisdicional. Dados recentes apontam que um processo demora em média, no Brasil, 10 anos, sendo que, aproximadamente 70% (setenta por cento) desse tempo são perdidos em escaninhos dos cartórios, expedientes internos e demais burocracias, por vezes, desnecessárias¹. Já se disse, há muito, que

1. No mesmo caminho do alegado, as palavras de TARZIA, citado por NUNES: “Os problemas mais graves da justiça civil, pelo menos na Itália, dizem respeito, de outra parte, não à estrutura, mas à duração

“justiça lenta é a pior das injustiças”, na medida em que o processo, instrumento de aplicação do direito material, tem se tornado expediente de grandes devedores com o objetivo de, cada vez mais, protelar o cumprimento de suas obrigações. Nesse cenário, a demora do Judiciário somente acentua as desigualdades já existentes no país, vez que, a um só tempo, deixa de resolver a contento as demandas a ele submetidas e afasta, pela incredulidade, o cidadão que deveria ter o seu direito à justiça amplamente consagrado pelo ordenamento.

Diante desse tenebroso quadro de lentidão, o legislador, muitas vezes auxiliado por notáveis processualistas, tem buscado, mediante sucessivas reformas, impingir maior celeridade na conclusão dos processos. Para tanto, as leis reformadoras têm criado novos institutos, destruído dogmas e estabelecido novos paradigmas. Dentre elas, uma das mais polêmicas certamente é a de n.º 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que inclui, no livro I do Código de Processo Civil, o art. 285-A:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso

Esse artigo surgiu a partir de sugestão do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), como forma de evitar que processos, em tese, fadados ao fracasso, abarrotassem os escaninhos do Judiciário. A idéia básica era simples: se haverá a improcedência, qual a razão de se aguardar todo o *iter* comum, com todas as suas garantias, particularidades e exigências? Ainda: qual a razão de se chamar o réu ao processo (e, com isso, fazê-lo suportar todos os ônus desse encargo) se, ao final, seu êxito é certo? Nesse sentido, entendeu o legislador ser mais conveniente autorizar o magistrado, antes mesmo de determinar a citação do réu, a julgar improcedente o pedido, com resolução de mérito² (art. 269, CPC). É o que se vê

do processo; dizem respeito aos tempos de espera, aos 'tempos mortos', muito mais que aos tempos de desenvolvimento efetivo do juízo. A sua solução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciárias e não das normas do Código de Processo Civil. A aceleração da justiça não poderá, portanto, ser assegurada com a nova lei ou com a revisão de todo o processo civil italiano, que está atualmente em estudo". NUNES, Dierle José Coelho. “Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (lei 11.277/06) – do duplo grau de jurisdição e do direito ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos”, in Revista de Processo n.º 137, p. 186, nota de rodapé n.º 50. São Paulo: RT, julho de 2006.

2. Há quem entenda, por outro lado, que a ausência de cognição exauriente impediria a resolução do mérito quando da aplicação do art.285-A, CPC, por se tratar de julgamento realizado *in status assertionis* e *inaudita*

a partir de excerto da exposição de motivos do projeto de lei (n.º 4728/2004) que deu origem à norma de n.º 11.277/06, de lavra do então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, datada de 19 de novembro de 2004:

3. De há muito surgem propostas e sugestões, nos mais variados âmbitos e setores, de reforma do processo civil. Manifestações de entidades representativas, como o Instituto Brasileiro de Direito Processual, a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juizes Federais do Brasil, de órgãos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo são acordes em afirmar a **necessidade de alteração de dispositivos do Código de Processo Civil e da lei de juizados especiais, para conferir eficiência à tramitação de feitos e evitar a morosidade que atualmente caracteriza a atividade em questão**. A proposta vai nesse sentido ao criar mecanismo que permite ao juiz, nos casos de processos repetitivos, em que a matéria controvertida for unicamente de direito, e no juízo há houver sentença de total improcedência, dispensar a citação e proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada. A sugestão encontra-se acorde com os preceitos que orientam a política legislativa de reforma infra-constitucional do processo, ressaltando que a proposta resguarda o direito do autor apelar da decisão, possibilitando, ainda, a cassação da mesma pelo juiz, e o prosseguimento da demanda em primeira instância. (destaques acrescentados)

Dessa idéia compactuaram MARINONI e ARENHART³, tecendo comentários receptivos à nova legislação:

(...) se apresenta o novo instituto do “julgamento das ações repetitivas”, previsto no art. 285-A do CPC. Tal instituto busca eliminar a possibilidade da propositura de ações que objetivem pronunciamentos sobre temas pacificados em decisões reiteradas do próprio juiz singular ou dos tribunais, tomadas em “casos idênticos”.

(...)

De qualquer forma, o novo instituto constitui importante arma para a racionalização do serviço jurisdicional. É racional que o processo que objetiva decisão acerca de matéria de direito sobre a qual o juiz já firmou posição em processo anterior seja desde logo encerrado, evitando gasto de energia para a obtenção de decisão a respeito de “caso idêntico” ao já solucionado. O “processo repetitivo” constituiria formalismo desnecessário, pois tramitaria somente para autorizar o juiz a expedir a decisão cujo conteúdo foi definido no primeiro processo.

A despeito de todas as manifestações favoráveis, há quem vislumbre, no novo instituto, graves problemas de ilegalidade e de inconstitucionalidade, como

altera pars. Nesse sentido: SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo. *Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil*, in *Revista de Processo*, n.º 133, p. 136-149. São Paulo: RT, março de 2006.

3. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5.ed. São Paulo: RT, 2006, p. 112-113.

as razões levantadas pela Ordem dos Advogados do Brasil, que, utilizando-se da legitimidade conferida pela Constituição Federal, ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (n.º 3695/DF), junto ao Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Min. Cezar Peluso⁴, sustentando, dentre outros problemas, ofensa ao princípio constitucional do contraditório:

A norma atacada permite a utilização de sentença prolatada em outro processo, no mesmo juízo, para dar fim a processo proposto posteriormente. Institui entre nós uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau.

Atenta, noutra vertente, contra o princípio da segurança jurídica, no que concerne ao procedimento judicial, posto que o processo será normal ou abreviado segundo sentença antes proferida, cuja publicidade para os jurisdicionados que não forma partes naquele feito não existe.

Restringe de forma desarrazoada, sem margem para dúvidas, o diploma legal, o princípio do direito da ação. (...)

A norma atenta também contra o princípio do contraditório. (...)

Por fim, cabe apontar que a Lei 11.277 macula ainda o devido processo legal, Como bem destacou Paulo Medida ainda em seu parecer anexo, o devido processo é conspurcado, quando o feito tem seu curso abreviado com fundamento em sentença, cuja publicidade é inexistente, que acaba por dar fim ao processo sem examinar as alegações do autor, sem as rebater. [...].

A norma impugnada, pois, por violar o princípio da igualdade, da segurança, do acesso à Justiça, do contraditório e do devido processo legal há de ser expurgada do ordenamento jurídico pátrio.

Esta norma, para alguns, traria para o ordenamento brasileiro os malefícios da “justiça pronta”, na definição do notável constitucionalista português CANOTILHO⁵:

A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporalmente adequada. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva “resposta” plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas Leis do processo). O controlo

4. Conforme andamento obtido no *site* oficial do Supremo Tribunal Federal, os autos encontram-se conclusos para o Ministro Relator desde 27 de julho de 2006, logo após a manifestação do Ministério Público Federal (em 5/7/2006) e da petição de *amicus curiae* do IBDP, assinado pelo prof. Paulista Cássio Scarpinella Bueno, em 24/04/06, ambos opinando pela constitucionalidade do dispositivo.
5. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, p. 486-487.

judicial deve, pelo menos, em sede de primeira instância, fixar as chamadas “matérias ou questões de *facto*”, não devendo configurar como um “tribunal de revista”, limitado à apreciação das “questões” e dos “vícios de direito”. Além disso, ao demandante de uma *protecção* jurídica deve ser reconhecida a possibilidade, em tempo útil, (“adequação temporal”, “justiça temporalmente adequada”), obter uma sentença executória com força de caso julgado - “a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça”... Note-se que a exigência de um processo sem dilações indevidas, ou seja, de uma *protecção* judicial em tempo adequado, não significa necessariamente “justiça acelerada”. A “aceleração” da *protecção* jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva), pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta...

A despeito de todos esses problemas (e outros adiante analisados), o presente trabalho não os discutirá a fundo, na medida em que o seu escopo não é o de demonstrar a (in)constitucionalidade do novel dispositivo, mas a possibilidade, ou não, de se aplicá-lo em conjunto com o art. 515, §3º, CPC, como já se afirmou na introdução. Por conta disso, e apenas por isso, será adotada como premissa a constitucionalidade do dispositivo, o que não significa, de forma alguma, que essa seja a posição aqui adotada.

2. OS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO ART. 285-A, CPC E O PROCEDIMENTO RESPECTIVO

2.1. Os requisitos

A fim de melhor entender a recente alteração legislativa, cumpre, nesse momento, ao presente trabalho, observar, ainda que de forma breve, alguns pontos importantes acerca da matéria, a fim de que algumas “vigas mestras” sejam definidas, visando à futura conclusão.

Como se trata de medida excepcional, o legislador, a despeito de várias imprecisões (como já se demonstrou no item anterior), elegeu alguns requisitos que, obrigatoriamente, devem estar presentes no caso em apreço para que o magistrado possa fazer incidir a regra do julgamento antecipadíssimo⁶ da lide. Senão, veja-se:

6. Expressão tirada de GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. Revista de Processo, nº 141. São Paulo: RT, novembro de 2006, p.159. Para o citado autor, a sistemática introduzida pelo art. 285-A, do CPC permite, “em paralelo ao art. 330 do CPC (que cuida do julgamento antecipado da lide finda a fase postulatória), nominar o instituto de julgamento antecipadíssimo da lide (já que ocorre muito antes da fase postulatória)”.

a) Matéria exclusivamente de direito

Assim como já constava do art. 331, I, CPC, faz uso o *caput* do citado dispositivo da expressão “matéria unicamente de direito” a fim de que o instituto em comento possa ser aplicado. Dessa forma, não é possível que o magistrado aplique a novel regra se, já na exordial, o autor fizer o requerimento de produção de provas, fundamentando seu pedido, por óbvio; também não é possível a referida incidência se, num primeiro momento, o juiz tiver dúvidas acerca da necessidade, ou não, de produção das provas. *In dubio*, deve determinar a citação do réu a fim de que o rito processual comum se inicie. Se isso ocorrer, ainda que posteriormente fique consignado tratar-se, a causa, de matéria de direito, não poderá mais ser aplicado o art. 285-A, CPC, somente restando ao julgador o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, I, CPC.

O problema, contudo, é outro, e se expressa na dificuldade de se constatar que matéria pode ser considerada “exclusivamente de direito”, na medida em que, do ponto de vista ontológico, sempre haverá um pressuposto fático ensejador do ajuizamento da ação. Nas palavras de BUENO⁷:

Não é desnecessário acentuar, sem, de qualquer sorte, pretender ingressar na discussão a que já me referi mais de uma vez de início, que não há, propriamente, uma questão *unicamente* de direito no sentido que consta da regra aqui comentada. Ela, a questão, é no máximo, *predominantemente* de direito porque a mera existência de um autor, de um réu e de um substrato fático que reclama a incidência de uma norma jurídica é suficiente para que haja questão de fato no caso concreto. Mas, e aqui reside o que releva para compreensão do art. 285-A, esta questão de fato é alheia a qualquer questionamento, a qualquer dúvida, ela é padronizada ou, pelo menos, padronizável: ela é a situação de fato, não traz, em sim, maiores questionamentos quanto à existência, seus contornos, seus limites. O que predomina, assim, é saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia entre as partes e perante o juiz.

No mesmo sentido, MELENDO⁸:

(...) Dónde están los procesos de puro derecho? Em mi vida judicial apenas si tropecé con ellos. La vida está formada por hechos: se discute sobre hechos; y de ellos nace el derecho; *ex facto oritur ius*. El puro derecho, desconectado de

7. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. v. 2: comentários sistemáticos às leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006 e 11.280, de 16.2.2006*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 68.
8. MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba es libertad. La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJEJA, 1978, p. 22 *apud* Eduardo Cambi e Paulo Nalin in “*O controle da boa fé contratual por meio dos recursos de estrito direito*”. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. v.7. Coord. Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2003, p. 57-58.

los hechos, no existe. El derecho que se aplica al hecho, el hecho que se subsume em el derecho, son, no fenómenos recíprocos, sino el mismo fenómeno.

Como se vê, para a aplicação do instituto, deve ser considerada a predominância de análise jurídica sobre a fática, vez que sempre haverá, ainda que mínima, uma base de fatos a arrimar a (in)aplicação de uma norma.

b) Sentença de “total” improcedência

A despeito de mais uma imprecisão do legislador, tendo em vista que, até a edição da lei 11.277/06, somente se falava em sentenças de procedência (total ou parcial) e de improcedência⁹, a lei determinou que somente há de se falar na regra do art. 285-A se a sentença “base” tiver concluído pela “total improcedência” do pedido autoral. Nesse prisma, conclui-se que somente se poderá adiantar o procedimento, julgando de forma “antecipadíssima” o mérito da causa, se o resultado redundar na improcedência do pedido autoral. Ao contrário da regra insculpida no art. 330, CPC, na qual o julgamento antecipado pode originar qualquer resultado, no art. 285-A, CPC somente tem cabida, como dito, a improcedência. Isso porque, como parece óbvio sob o prisma do contraditório, impossível se faria condenar um réu a cumprir dada obrigação sem que a ele fosse assegurado o pleno direito de defesa. Houvesse a possibilidade de julgamento antecipadíssimo de procedência, fatalmente estaria maculado o art. 5º, LV, CF/88¹⁰, na medida em que o réu poderia se ver privado de sua propriedade sem o cumprimento do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88).

c) Existência de precedente no mesmo juízo reproduzida na sentença de improcedência

Aduz a citada norma que o magistrado pode não determinar a citação do réu se perceber, a partir de precedente do mesmo juízo em que oficia, que já há decisão de total improcedência ao pedido autoral.

Trata-se do que a doutrina vem chamando de “precedente próprio” ou de “sentença-base”. Nesse caso, já tendo o magistrado formado o seu convencimento

9. Da mesma opinião compactua PISSURNO, Marco Antônio Ribas, in “*Primeiras impressões sobre o novo art. 285-A do CPC (lei n. 11.277/06): alguns aspectos práticos da sentença de improcedência liminar em ‘processos repetitivos’*”, disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=873, acesso em 10.fev.2008, às 23h50: “(...) Numa sentença típica de mérito, envolvendo a concreta apreciação da pretensão deduzida em juízo, o julgador possui três caminhos: acolhe parcialmente o pedido formulado na inicial, o ampara por completo ou o julga improcedente. A ‘sentença de total improcedência remonta à tautologia, incompatível com a boa técnica legislativa”.
10. Muito embora afirmem alguns, como a OAB federal, que a “total improcedência” não retira do dispositivo a pecha de inconstitucionalidade.

acerca de dada matéria, em outro processo cujo trâmite tenha sido regular (com citação, defesa, incidentes, etc), entendeu o legislador ser despiciendo seguir novamente todo o *iter*; sendo-lhe permitido, como dito, julgar antecipadamente o mérito da causa.

Contudo, tal requisito tem sido alvo de intensa polêmica, sobretudo doutrinariamente. Isso porque o conceito de “juízo” não é incontroverso, na medida em que a lei não o definiu. Nesse diapasão, há quem o considere como “comarca”; há, também, quem o entenda por “vara”; por fim, há, ainda, aqueles que o consideram como o próprio magistrado. Dependendo do que se entender, haverá, ou não, a possibilidade de se fazer incidir o retrocitado dispositivo. Basta pensar na existência de uma “sentença-tipo” de lavra do juiz titular da 7ª vara da comarca “x”. Se for adotado o primeiro conceito, o magistrado da 9ª vara, desta mesma comarca, poderia utilizar, como que de forma emprestada, da decisão primeva. Todavia, se “juízo” for vislumbrado como “vara”, tal procedimento seria incabível. Há que se ressaltar que a maioria da doutrina tem vislumbrado pertinência na segunda tese, com a qual, aliás, aqui se coaduna. Ainda assim, há problemas que têm tirado o sono de muitos processualistas. Se juízo é sinônimo de vara, seria possível ao magistrado titular utilizar-se de “sentença-tipo” do juiz substituto que também trabalha na mesma vara? Se for considerado apenas o “conceito” de juízo como vara, não há problema algum em tal procedimento; todavia, se se aferir a *mens legis* relativa ao artigo em comento, haverá, fora de dúvidas, problemas, na medida em que, nesse caso, o julgador titular não formou o seu convencimento, num primeiro momento, e depois teve o *direito* de não mais ter de suportar todo o *iter* processual; nesse caso, ao contrário, ele tomou “emprestado” o juízo de cognição efetuado pelo seu auxiliar, o juiz substituto, e simplesmente aplicou ao seu feito a mesma sentença do colega. Haveria, aí, alguma ilegalidade/inconstitucionalidade? A jurisprudência, até o presente momento, não se posicionou acerca e, enquanto não o fizer, a incerteza permanecerá. Com toda a vênia de entendimentos em contrário, afirma-se que expedientes como esse ferem, **ainda mais**, a garantia constitucional do contraditório participativo, devendo o Judiciário, rapidamente, impedir que ele ocorra. Caso contrário, será criado (se é que já não o foi) um verdadeiro “banco de sentenças”, no qual qualquer julgador, antes mesmo de analisar a demanda que lhe foi submetida, irá buscar um “precedente base” para fazer fenecer, *ab initio*, a pretensão autoral, até mesmo como forma de se incrementar a celeridade processual.

Como se o exposto não bastasse, a adoção da “vara” como resposta ao conceito de juízo fixado na lei pode trazer ofensas à isonomia, princípio constitucional garantido no art. 5º, II, na medida em que, por questões de mera distribuição e sorteio, uma parte pode se ver privilegiada e ter a sua pretensão analisada por

juízo contrário ao art. 285-A, CPC (ou, no mínimo, que ainda não tenha analisado aquela causa posta em debate), enquanto outra, menos afortunada, poderá ter, desde logo, a sua pretensão esbarrada em uma sentença-base já existente. Tal fato não passou despercebido por CÂMARA¹¹, como se vê:

Em primeiro lugar, o fato de haver a possibilidade de se ter juízos em que atuam magistrados com entendimentos diferentes acerca da mesma matéria fática com que para alguns essa regra seja aplicada e para outros não, ainda que estejam em situações jurídicas substancialmente iguais. Não vemos qualquer razão para que pessoas iguais sejam submetidas a processos diferentes.

Além disso, a lei exige a reprodução do teor da sentença-base, a fim de que o jurisdicionado possa averiguar se a causa por ele proposta pode ser equiparada àquele outro e, principalmente, para que se comprove, de forma inequívoca, a que nenhum argumento da parte passou despercebido pelo magistrado singular. Para emprestar ainda mais garantia ao art. 285-A, CPC, os tribunais começam a exigir que o magistrado, quando da prolação da “sentença de improcedência liminar”, faça juntar aos autos cópia da decisão-base ou, pelo menos, certidão do inteiro teor das paradigmas, sob pena de nulidade, conforme se vê de julgado de lavra do egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

SENTENÇA - JULGAMENTO ANTECIPADO DE IMPROCEDÊNCIA NO LIMAR DA AÇÃO - AÇÃO DE COBRANÇA - CADERNETA DE POUPANÇA - Meses de Junho/Julho de 1987 e janeiro/fevereiro de 1989 - Art. 285-A do CPC - NULIDADE - CARACTERIZAÇÃO - **A possibilidade de se julgar a ação, antecipadamente, improcedente, introduzida pelo art. 285-A no CPC, exige a reprodução da sentença anterior. - Decisão que desatende este requisito, não indica os processos idênticos em que já proferida sentença de improcedência e dessa não traz cópia.** - Inobservância da regra do art. 285-A, § 1º e § 2º, do CPC. - Processamento irregular do apelo interposto, sem pronunciamento acerca da manutenção ou não da sentença em juízo de retratação. Ausência de citação do réu, para responder ao recurso. (...)

Recurso de Apelação provido, com determinação. (destaques acrescentados)

d) Matéria “controvertida” de causas idênticas

Nesse item, duas aberrações legislativas saltam os olhos, enchendo de calafrios até mesmo um iniciante estudante da ciência processual. Afirmo o legislador que se aplicaria o dispositivo se a matéria “controvertida” fosse “unicamente de direito”, conforme já observado anteriormente.

11. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. v.1. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 315.

Contudo, como é cediço, a “controvérsia” surge do debate das partes, da diferença de posições de autor e réu sobre determinado ponto do processo que, mais adiante, será alvo de análise pelo julgador. A controvérsia, aliás, é pressuposto para a necessidade de produção de provas, na medida em que “os fatos incontroversos independem de provas”. Nesse sentido, lição de NERY JÚNIOR e NERY¹²: “(...) onde se lê escrito 'matéria controvertida', deve-se ler pretensão que já tenha sido controvertida em outro processo e julgada improcedente pelo mesmo juízo”.

A despeito disso, o art. 285-A, *caput*, CPC, coloca que será dispensada a citação do réu se a matéria “controvertida” for unicamente de direito. Ora, como se falar em controvérsia, em matéria controvertida, se o réu sequer foi chamado, naquele momento, para manifestar-se? A manifestação do réu é pressuposto básico e fundamental da controvérsia, nunca o contrário. Não há, desse modo, como se entender precisa a definição legal, na medida em que, no momento da aplicação do “julgamento antecipadíssimo”, controvérsia propriamente dita ainda não há. O ideal, talvez, fosse dizer acerca da matéria posta em juízo, mas aí tudo não passa de conjecturas...

Como se isso não bastasse...

Pela lei, conforme transcrição acima, a matéria “controvertida”, além de unicamente de direito, deve estar contida em “causa idêntica” àquela já deduzida no “processo-base”, a fim de que o art. 285-A, CPC possa ser aplicado.

Todavia, mais uma vez, equivocou-se o legislador em conceitos básicos da teoria geral do processo. Para se falar em ações idênticas, deve ser observada *tria eadem* ou *trídua identidade*: mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido. Nesse caso, e somente nesse caso, poderão ser consideradas duas ou mais demandas *idênticas*. No ordenamento, de há muito, sabe-se, de forma indene de dúvidas, que, em verdadeiro caso de identidade de ações, outras deverão ser as conseqüências que não a aplicação do art. 285-A, CPC: se se tratar de causa idêntica ainda pendente de julgamento, falar-se-á em litispendência, o que ensejará a extinção sem mérito do segundo processo; por outro lado, se a causa “idêntica” já tiver atingido o seu final, aí se falará em coisa julgada, a qual servirá para fulminar *ab ovo* a pretensão autoral (art. 267, V, CPC).

Assim, como interpretar a expressão “causas idênticas” trazida pelo art. 285-A, CPC, sem que se incorra em uma das hipóteses acima colocadas e, muito menos, possa fazer com que o novel dispositivo seja aplicado de forma descontrolada.

12. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 482.

Seguindo essa linha de raciocínio, a doutrina, agora amparada pela jurisprudência, tem entendido que a expressão “causas idênticas” deve ser, para fins do citado dispositivo, entendida como “causas semelhantes”, nas quais normalmente as partes são diferentes (notadamente o autor) e a causa de pedir se fundamenta em matéria de direito comum a outros processos já tratados pelo juízo.

Demais disso, há uma outra interessante questão a ser abordada: quantos julgamentos de mérito seriam necessários para a aplicação do multicitado instituto? Apenas dois, já que a letra da lei fala em “casos idênticos”? Ou será que, para ser possível tal aplicação, imperiosos se fariam mais julgamentos, até mesmo para que o magistrado pudesse, de forma indubitável, formar o seu convencimento? A lei, mais uma vez, é omissa, o que dá margem a interpretações variadas e leva à já citada insegurança jurídica.

Todavia, o que deve prevalecer, nesse prisma, é o bom senso. O julgador, atento aos princípios constitucionais e às garantias fundamentais do processo, deve aplicar a novel regra de forma cautelosa, tratando-a como se deve tratar uma exceção. A “identidade da causa” deve ser evidente, e a posição do magistrado, já fixada. Essa é, como não podia ser diferente, a posição de WAMBIER *et alii*¹³:

A identidade de casos, por outro lado, haverá de ser evidente, a ponto de o juiz poder constatá-la mesmo desconhecendo o teor da resposta que o réu poderá vir a apresentar. É que, rigorosamente, as várias atitudes que possivelmente o juiz poderá tomar na sentença muitas vezes dependerão do teor da resposta do réu (pense-se, por exemplo, na hipótese em que se apresenta defesa de mérito indireta) e, caso a identidade entre os vasos seja só aparente, a diversidade entre as causas poderá vir a ser demonstrada somente em sede de apelação, o que poderá, até mesmo, justificar a anulação da sentença proferida, se se constatar que não deveria ter sido aplicado o disposto no art. 285-A.

2.2. O procedimento do art.285-A

Estando presentes todos os requisitos, deverá o magistrado *a quo* julgar “totalmente” improcedente o pedido, de forma antecipadíssima, existindo, nesse caso, resolução do mérito na forma do art. 269, I, CPC, a despeito da falta de cognição exauriente, conforme observaram SÁ e PIMENTA¹⁴. É o que ressalta MARINONI¹⁵:

13. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

14. Vide nota de rodapé n.º 02.

15. MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901303435.pdf>>. Acesso em 10 jan 2008, às 0h35, p. 9.

De acordo com o art. 285-A, o juiz, diante de ação repetitiva – assim considerada a que envolva questão apenas de direito já definida em caso idêntico –, deverá *rejeitá-la liminarmente*, antes mesmo da citação do réu. Não há, por razões óbvias, espaço para emenda à inicial, já que não se trata de “defeito suprível”, de modo que a sentença liminar de rejeição deve ser dada de pronto. Trata-se de *sentença de mérito*, de improcedência (fundada no art. 269, I, CPC), e não de hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito (art. 267, CPC). Esta sentença, por isso mesmo, produz coisa julgada material, impedindo a repropositura da ação.

Há de se verificar a necessidade de o magistrado realizar uma espécie de “cotejo analítico” entre a sentença-base e o caso colocado em julgamento, sob pena de nulidade. Tal exigência, a despeito do silêncio legal, tem amparo nos princípios constitucionais da publicidade e da motivação das decisões (art. 93, IX), e serve para que o jurisdicionado possa, de forma indubitável, saber das razões pelas quais a sua demanda foi julgada improcedente de forma “antecipadíssima”. É o que tem observado a jurisprudência, como se vê de recente julgado de lavra da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de relatoria do Des. Fernando Caldeira Brant, publicado em 02 de novembro de 2007, nos autos da apelação cível n.º 1.0699.06.062733-7/001(1):

EMENTA

REPETIÇÃO DE INDÉBITO – JULGAMENTO PRÉVIO – MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO – IMPROCEDÊNCIA EM CASOS IDÊNTICOS – DECISÃO ANTERIORMENTE PROLATADA PELO JUIZ – REPRODUÇÃO DO TEOR DA DECISÃO ANTERIOR.

Se a matéria controvertida for unicamente de direito e o Juízo já houver proferido julgamento de total improcedência em casos idênticos, a citação pode ser dispensada e a sentença proferida conforme aquela antes exarada, mas é imprescindível a reprodução do teor da anteriormente prolatada, conforme o art. 285-A, CPC.

VOTO

(...)

Julgamento imediato da lide

A autora imputa como incorreto o julgamento imediato da lide com base no art. 285-A do CPC afirmando que a decisão não preencheu os requisitos autorizadores do julgamento liminar, uma vez que a Magistrada não demonstrou ou anexou à sua sentença decisões anteriores de total improcedência do pedido em casos idênticos.

Analisando a sentença exarada tenho que assiste razão à apelante.

Realizada a prestação jurisdicional de primeira instância a Juíza, aplicando o art. 285-A do CPC, julgou improcedentes os pedidos postos na peça vestibular.

(...)

Contudo, para que o julgamento prévio nos termos do art. 285-A do CPC se encontre regular é imprescindível que o Magistrado reproduza o teor da sentença anteriormente prolatada em caso idêntico.

O art. 285-A acima mencionado é um acréscimo ao art. 458 do CPC que enumera os requisitos essenciais para a sentença, visto que, para o julgamento prévio, além daqueles requisitos referidos no art. 458, deve ser reproduzido o teor da sentença anteriormente prolatada, na qual se baseia a decisão que naquele momento está sendo exarada.

Necessário que o Magistrado faça constar dos fundamentos da sentença proferida anteriormente com base no art. 285-A aquele julgamento anteriormente proferido no qual se baseou para julgar a improcedência em caso idêntico, ressaltando-se que deve discriminar a lide à qual se refere.

O juiz poderá, inclusive, integrar a sentença com aquela outra proferida anteriormente em caso idêntico, trazendo certidão da Secretaria do juízo, confirmatória daquele julgamento e da lide para a qual ele foi proferido.

Nesse diapasão, sem que a insigne Magistrada tenha cumprido os requisitos do art. 285-A do CPC, mostra-se eivada de vício a sentença proferida, motivo pelo qual deve ser anulada.

(...)

Votaram de acordo com o(a) Relator(a) os Desembargador(es): AFRÂNIO VILELA e MARCELO RODRIGUES.

Da mesma forma, a doutrina, como se colhe das palavras de DIDIER JÚNIOR¹⁶:

Se o magistrado já tiver concluído, em outros processos, que aquela pretensão não deve ser acolhida, fica dispensado de citar o réu, podendo julgar antecipadamente o mérito da causa. 'O dispositivo não autoriza a simples juntada de uma cópia da sentença-tipo, mas sim que seu teor, seu conteúdo, seja reaproveitado para solucionar a nova demanda'. É preciso demonstrar que a *ratio decidendi* da sentença-paradigma serve à solução do caso ora apresentado ao magistrado.

Como se trata de uma sentença (art. 162, CPC), dela poderá o autor, se inconformado, interpor o recurso de apelação, previsto nos artigos 513 e seguintes, CPC. Este recurso, como se sabe, é direcionado ao próprio juízo apelado, o qual tem a função de exercer, quanto ao apelo, o primeiro juízo de admissibilidade e, ademais, determinar a intimação do apelado para contra-razões, além de declarar os efeitos em que o recurso é recebido. Contudo, em alguns casos, de forma excepcional, poderá o magistrado, se quiser, exercer o juízo de retratação (efeito

16. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Vol. 1*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 421.

regressivo), determinando a “reforma” de sua própria sentença. Tal pode ocorrer nas hipóteses de inadmissão da petição inicial por inépcia, conforme prevê o art. 296, CPC, e nos casos em que o magistrado pronunciar, de ofício, a decadência ou a prescrição. Além disso, de acordo com a novel lei 11.277/06, essa retratação também será possível quando da aplicação do art. 285-A, CPC, no prazo (impróprio, é verdade) de cinco dias, como se lê do seu §1º:

Art. 285-A.

(...)

§1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

Optando o julgador, por outro lado, por não se retratar, deverá mandar citar o réu (já que ele ainda não faz parte do processo) a apresentar contra-razões à apelação (§2º, art. 285-A, CPC), determinando (se admitido o recurso, por óbvio), a sua subida ao tribunal respectivo, que irá, em tese, analisar se foi correto, ou não, o *judgamento prima facie de improcedência*.

Quando do julgamento (e aí reside o cerne da questão do presente trabalho), o tribunal, após dar provimento ao recurso para cassar a sentença que laborou em equívoco por entender pela improcedência, na forma do art. 285-A, CPC, poderia, desde logo, passar ao julgamento da lide, na forma do art. 515, §3º, CPC? Ou, por outro lado, deveria apenas e tão somente determinar o retorno dos autos à instância de origem para o prosseguimento “regular” do feito? Para melhor elucidar estes questionamentos, cumpre, antes, analisar o referido dispositivo, abordando, ainda que de forma breve, algumas de suas características principais.

3. O ART. 515, §3º, CPC

Um pouco menos recente, mas também proveniente de reforma processual (mais especificamente por força da lei federal n.º 10.352/01), o art. 515, CPC, teve acrescido, na oportunidade, o §3º, que assim está redigido:

Art. 515.

(...)

§3º. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento

Muito embora até hoje tal dispositivo provoque polêmicas, é bem verdade que atualmente, sobretudo por força da boa acolhida jurisprudencial, há poucos questionamentos no que tange à (in)constitucionalidade desse artigo. No início de sua

vigência, contudo, muitos estudiosos chegaram a apostar na sua imprestabilidade, alegando que o mesmo traria séria ofensa ao princípio constitucional do duplo grau de jurisdição. Isso porque a referida regra processual permite ao tribunal, mesmo sem qualquer análise prévia do juízo *a quo* nesse sentido, conheça desde logo o mérito da causa, se o óbice anteriormente colocado for, em sede recursal, afastado. Nesse prisma, a pretexto de impingir celeridade processual, o legislador reformista entendeu por bem privilegiar a celeridade e a efetividade processuais, em detrimento da segurança jurídica. A referida lei ratificou, para o processo civil brasileiro, a incidência daquilo que a doutrina convencionou chamar “teoria da causa madura”, entendendo que, em algumas hipóteses excepcionais, como dito, o tribunal não precisaria mais, ao cassar a sentença *a quo*, determinar o retorno dos autos à instância de origem para a prolação de nova sentença, dessa vez, meritória. Trata-se, assim, de uma exceção ao efeito devolutivo clássico, na medida em que matéria não decidida ao juízo singular está implicitamente devolvida ao tribunal por força do apelo. Sobre o assunto, preciosa lição de JORGE¹⁷:

O sistema recursal brasileiro sofreu, com a edição da Lei 10.352/2001, profunda alteração. É que se permitiu que o recurso de apelação, ordinário por excelência, tenha uma característica mais ampla do que simplesmente propiciar a revisão. Com a introdução do §3º do art. 515 do CPC, possibilitou-se que o tribunal, no julgamento do recurso de apelação, cubra área maior do que aquela examinada pelo magistrado *a quo*. Atualmente, o tribunal poderá julgar o mérito da causa, mesmo que o processo tenha sido extinto sem o julgamento de mérito (art. 267). (...)

Nesse caso, como visto, o tribunal poderia se adiantar e, “desde logo”, julgar a “lide”, ainda que sequer houvesse pedido expresso do apelante nesse sentido, já que, como se sabe, quando a lei preceitua, em matéria de prestação jurisdicional, estando presentes os requisitos, “poder é dever”. Nesse sentido, WAMBIER *et alii*, citados por THEODORO JÚNIOR¹⁸:

Nós nos inclinamos a dizer que se trata de dispositivo que encerra um dever, como aliás, são quase todos os dispositivos que dizem respeito à atividade do juiz. Tratando-se de um dever, isto significa dizer que, estando presentes os pressupostos, deve o juiz, necessariamente, por economia processual, decidir o mérito da causa.

Do mesmo modo, DINAMARCO¹⁹, para quem não haverá “quebra do *due process of law*, nem exclusão do contraditório, porque o julgamento feito pelo

17. JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3ed. São Paulo: RT, 2007, p. 238.

18. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.663.

19. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160.

Tribunal incidirá sobre o processo precisamente no ponto em que incidiria a sentença do juiz inferior”.

No entanto, a despeito de a jurisprudência ter se inclinado por tal tese (até mesmo em homenagem à duração razoável do processo), alguns são contrários à *aplicação ex officio* do art. 515, §3º, CPC, sendo necessário pedido expresso do apelante, sob pena de ofensa à máxima *tantum devolutum quantum appellatum*. Como se vê das palavras do já citado THEODORO JÚNIOR²⁰:

O julgamento da apelação terá de ser no sentido de acolher ou não o pedido do recorrente. Não poderá, portanto, o acórdão, fora do pedido, decidir outras questões que não sejam pressupostos da solução a ser dada ao pedido do apelante. Nisso consiste a extensão do efeito devolutivo do recurso, terreno em que prevalece a vontade da parte. Diversa é a profundidade da devolução, cujo comando é todo regido pela lei. Ampliar o julgamento do recurso para questões não suscitadas e, por isso mesmo, não debatidas entre as partes, resulta em violação não apenas dos limites legais da jurisdição, mas sobretudo da garantia do contraditório. (...) Dessas premissas, podem-se extrair-se as seguintes conclusões: a) o novo §3º, do art. 515 do CPC não criou simples faculdade para o Tribunal, que tem o dever de enfrentar o mérito da causa, quando configurados os requisitos legais para tanto; b) o julgamento do mérito, no entanto, deverá ser pleiteado pelo recorrente, para que se torne objeto da devolução operada pela apelação ao Tribunal *ad quem*. (...)

Ao se atribuir ao Tribunal, em exegese ao §3º, do art. 515, do CPC, o poder de proferir decisão de mérito sobre o tema (o mérito) que não foi objeto de requerimento e debate no procedimento recursal estar-se-á afrontando direito das partes, sobretudo do litigante que vier a experimentar derrota..

Sobre a mudança em si, sobreleva considerar um novo paradigma, vez que, a partir do citado dispositivo, criou-se a possibilidade de o tribunal conhecer, pela primeira vez, de matéria meritória, a fim de acelerar o julgamento dos processos. Trata-se, em verdade, de um permissivo legal que buscou encurtar o procedimento, a fim de que o jurisdicionado pudesse ter, ainda que mediante apenas uma única análise meritória nas vias ordinárias (salvo a hipótese residual de cabimento de embargos infringentes, nos moldes do art. 530, CPC), atingida a “duração razoável do processo”.

Ainda sobre a alteração legislativa, o renomado BARBOSA MOREIRA²¹:

Modificou substancialmente tal regime a lei 10352, ao acrescentar ao art. 515 o §3º, a cuja luz pode ocorrer, agora, que uma sentença meramente terminativa

20. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Ob. citada, p.663-664.

21. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo civil*. Vol. V. Arts. 476 a 565. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 430.

venha a ser substituída por acórdão relativo ao *meritum causae*. Ampliou-se o efeito devolutivo da apelação e, do mesmo passo, tornou-se inevitável a revisão das idéias correntes acerca do princípio do duplo grau de jurisdição – que, repita-se, não está definido em texto algum, nem tem significação universal fixada *a priori*: seu alcance será aquele que resulta do exame do *ius positum*, e portanto discutir se o infringe ou não disposição legal como a que ora se comenta é inverter os termos da questão.

Contudo, para que tal norma – de cunho excepcional, é bom que se frise – possa ser aplicada, alguns requisitos precisam ser cumpridos, conforme se colhe da própria lei, da jurisprudência e das preciosas lições doutrinárias. São eles:

- sentença terminativa (art. 267, CPC) ou sentença resolutória de mérito, nos moldes do art. 269, IV (falsas sentenças de mérito)²²;
- recurso de apelação do sucumbente;
- matéria exclusivamente de direito e/ou “causa madura”;
- que a sentença seja afastada pelo tribunal.

Nesse sentido, mais uma vez, BARBOSA MOREIRA²³:

O §3º, cumpre registrar, não se aplica a todos os casos de apelação contra sentença terminativa. Antes de mais nada, convém explicitar três pressupostos que não figuram no texto, talvez porque considerados intuitivos:

a) é preciso, obviamente, que a apelação seja admissível; se não o for, a única possível atitude do órgão *ad quem* será a de não conhecer do recurso, e nisso se exaurirá sua atividade cognitiva;

b) a sentença apelada deverá ser válida; se o tribunal lhe achar vício invalidante, tem de declará-la nula e devolver os autos à primeira instância, para que outra se profira (...)

c) é mister que, aos olhos do órgão *ad quem*, não exista (ou já não subsista) o impedimento visto pelo órgão *a quo* ao exame do mérito, nem qualquer outro, conhecível de ofício ou alegado e rejeitado, mas não precluso (...).

Para isso (a aplicação do art. 515, §3º, CPC), além dos pressupostos acima enumerados, precisam concorrer os dois a que alude a parte final do dispositivo, a saber:

22. Como a prescrição e a decadência não constituem, em verdade, análise do mérito (pedido), a jurisprudência tem permitido a aplicação do art. 515, §3º, CPC, por analogia ao art. 267, CPC, na medida em que em ambos os casos o mérito propriamente dito não é analisado pelo juízo singular *a quo*; a *mens legis* é, desse modo, a mesma, o que permitiria tal expediente. Nesse sentido, por todos, vide MARINONI e ARENHARHT (ob. citada., p. 532).

23. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ob. citada, p. 430-431.

- d) que a causa verse questão exclusivamente de direito;
- e) que ela esteja em “em condições de imediato julgamento”.

Atendidos tais requisitos (os quais não serão objeto de análise detida por não ser, este, o foco do presente ensaio), deverá o tribunal regional aplicar o retrocitado artigo, sob pena de ofensa à letra da lei e, sobretudo, à duração razoável do processo.

4. O ART. 285-A C/C ART. 515, §3º, AMBOS DO CPC: POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONJUNTA?

Diante do quadro colocado, e dos dispositivos analisados, chega-se à grande *quaestio* deste trabalho: após o provimento do recurso de apelação, interposto contra sentença que reconheceu a “improcedência liminar”, o que pode ser feito pelo tribunal? Deve, por decorrência lógica do sistema, simplesmente cassar o *decisum* apelado e determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que o magistrado singular proceda à citação do réu para, querendo, oferecer defesa, na forma do procedimento regular, ou poderá passar, desde logo, ao conhecimento da lide, se presentes os pressupostos do art. 515, §3º, CPC?

Tal questionamento tem lugar primeiramente porque, tanto em um, como em outro artigo, está se falando de “causas eminentemente de direito”, como já se observou anteriormente; além disso, há que se considerar que ambas as alterações legislativas surgiram como forma de dar celeridade ao processo, sobretudo no âmbito dos tribunais; por fim, como a lei não exclui nem autoriza, de forma expressa, tal aplicação conjunta, já existem julgados e entendimentos doutrinários conflitantes, o que pode (e de certa forma já acontece) dar margem à insegurança jurídica. Como se isso não bastasse, o fato de estes questionamentos serem recentes e, principalmente, pouco abordados pela doutrina nacional, tornam ainda mais relevantes tais considerações, sobretudo se for realizada uma análise do processo sob a ótica das garantias fundamentais constitucionais.

Nesse diapasão, encontram-se duas correntes divergentes: a primeira, que defende a aplicabilidade conjunta dos dois dispositivos, entende que tal posição contribui para a celeridade processual, princípio constitucional insculpido no art. 5º, LXXVIII, por meio da “duração razoável do processo”. Isso porque, nesse caso, tratando-se de matéria de direito e, também, tendo o réu sido citado para contra-razoar o recurso de apelação, nada poderia ser argumentado sobre eventual ofensa ao contraditório e a outras garantias processuais fundamentais; por outro lado, a segunda corrente entende que tal aplicação violaria, ao contrário, tais garantias, na medida em que (i) a lei preceitua, de forma específica, que o réu será

citado para “responder o recurso” (e não para se defender); (ii) o julgamento pelo tribunal do mérito pode surpreender o apelado que, salvo nas hipóteses residuais de embargos infringentes (arts. 530 a 534, CPC), somente poderá recorrer através das vias excepcionais, as quais, como se sabe, são impostas várias limitações (v.g., o prequestionamento, a repercussão geral do recurso extraordinário e a profundidade limitada de tais expedientes); (iii) se ficar comprovado que o juízo *a quo* errou quando da aplicação do art. 285-A, CPC, significa que o processo deveria ter o seu curso normal, **em primeiro grau de jurisdição**, e não em fase recursal.

A fim de se comprovar a existência de tais divergências, veja-se, para começar, as palavras de CAMBI²⁴, que nega a possibilidade de o tribunal julgar desde logo a lide, após o afastamento da sentença embasada no art. 285-A, CPC:

As contra-razões do recurso de apelação não podem ser recebidas como se fosse a *contestação*, pois quando o demandado responde ao apelo se detém ao objeto do recurso. A resposta do réu é mais ampla que as contra-razões, abrangendo a contestação, as exceções e a reconvenção (art. 297/CPC). Logo, o princípio da eventualidade (art. 300/CPC) não se aplica às contra-razões, não se exigindo que o apelado alegue toda a matéria de defesa, mesmo porque a ausência de resposta à apelação não implica a revelia, já que não se trata de um ônus, mas de mera faculdade do demandado, cujo prejuízo se restringe, no máximo, à anulação do julgado pelo juízo *ad quem*.

Caso as contra-razões fossem recebidas como contestação, haveria prejuízo para a defesa, porque possibilitaria que ao demandante duas instâncias de argumentação, enquanto ao demandado ficaria reservado apenas à instância recursal, em evidente *desequilíbrio* ao princípio da isonomia e das garantias da ampla defesa e do contraditório. Deste modo, se o demandado optar por não contra-arrazoar não haverá a aplicação da presunção de veracidade (efeito material da revelia), perdendo apenas a oportunidade de influenciar no julgamento do recurso.

Assim, considerando que a citação do réu é apenas para responder o recurso, anulada a sentença dar-se-á oportunidade para que o demandado, após devidamente intimado, exerça plenamente seu direito à ampla defesa (contestação-exceções rituais-reconvenção).

Por outro lado, há quem considere tal possibilidade viável, como se lê das palavras de DIDIER JÚNIOR²⁵:

As contra-razões do réu terão conteúdo muito semelhante ao de uma contestação, uma vez que se trata de sua primeira manifestação. Além disso, o réu defenderá a sentença, reforçando a argumentação do magistrado. Se o réu deduzir fato novo, será preciso intimar o autor para oferecer uma espécie de réplica.

24. CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC*. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.htm>, acesso em 10.fev.2008, às 19h10.

25. DIDIER JÚNIOR, Fredie. Ob. citada, p. 422.

Como se trata de causa cujo julgamento dispensa a produção de outras provas (porque as questões de fato se provam documentalmente), não assustará se o tribunal, acaso pretenda reformar essa sentença, ao invés de determinar a devolução dos autos à primeira instância, também examine o mérito e julgue procedente a demanda, sob o argumento de que o réu já apresentou a defesa (em forma de contra-razões) e a causa dispensa atividade probatória em audiência (está pronta para ser decidida, em uma aplicação analógica do art. 515, §3º, CPC). É possível que os tribunais interpretem o dispositivo desta maneira; por isso o réu, em tal situação, deverá fazer as suas contra-razões considerando essa circunstância. A prevalecer esse entendimento, no mandado de citação deverá constar a advertência prevista no art. 285 do CPC (sobre o efeito da não-contestação/contra-razões).

Essa também é a opinião de FUX²⁶:

Havendo recurso da decisão e provido o mesmo, a citação anterior vale para todo o processo. Outrossim, a matéria unicamente de direito a que se refere o novel dispositivo é a que prescinde de provas, conforme assentado pelas partes. Assim, v.g., se são ajuizadas inúmeras ações sobre a possibilidade de corte de fornecimento de energia em caso de inadimplemento, é possível que o magistrado, calcado nas decisões análogas e repetidas – resolvidas à luz da jurisprudência predominante do STJ que admite essa forma de autotutela -, indeferir a inicial *inaudita altera pars*, na medida em que a oitiva da parte adversa se revelaria inegável inutilidade.

Em consonância com os motivos determinantes da reforma, não viola o duplo grau aplicar-se a esse recurso o regime do §3º do art. 515 do CPC. É que o réu – não nos esqueçamos -, ao arrazoar o recurso, sustentará a decisão de mérito do juiz, que se categoriza como unicamente de direito.

A jurisprudência, por seu talante, também tem se mostrado vacilante, ora entendendo pela possibilidade de o tribunal julgar o mérito da causa, desde logo, quando do afastamento da “improcedência liminar”, ora vislumbrando que a “sentença-base” deve apenas ser cassada para que os autos retornem ao juízo singular originário. Veja-se:

Abaixo, decisão relativamente recente de lavra do Superior Tribunal de Justiça que, na exegese do art. 285-A, CPC, admite (ainda que sem um embate aprofundado sobre o tema), a incidência do art. 515, §3º, CPC:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 973.409 - RS (2007/0179048-1)

26. FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2006, p. 27.

RELATOR : MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (...)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. REGISTRO. ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. ART. 43, §2º, DO CDC. RECURSO PROVIDO.

DECISÃO

1. Cuida-se de recurso especial interposto por CARLOS JAURI EICH, com fulcro no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, manejado em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE REGISTRO NO SPC. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO DA INSCRIÇÃO. **SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA COM BASE NO ART. 285-A DO CPC.**

1. Aplicabilidade do art. 285-A do CPC ao caso, que envolve matéria repetitiva em milhares de precedentes, onde se constata a resistência da ré às pretensões e a desnecessidade de prova.

2. A falta de notificação da inscrição em bancos de dados cadastrais, quando não é demonstrada inexatidão ou outra irregularidade, não justifica cancelamento ou indenização.

Precedentes da Câmara e do 8º Grupo Cível.

Sentença mantida. Apelo improvido." (fl. 43)

Sustenta a violação dos artigos 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Colaciona arestos divergentes. Insurge-se, em suma, contra a ausência de comunicação de inscrição do nome em órgão restritivo de crédito. Requer a inversão dos ônus sucumbenciais.

É o relatório.

2. Com razão a recorrente.

No que toca à alegada violação do artigo 43, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, cumpre consignar que a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que a comunicação deverá se dar antes da inscrição do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes, de forma a propiciar oportunidade para pagamento ou contestação do débito que dará origem ao registro, com isso evitando prejuízos maiores que possam advir se a inscrição se consumar, sem daquela diligência obrigatória. A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO NA SERASA. PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO DEVEDOR.

1. Para a inscrição do nome no cadastro de inadimplentes necessária é a prévia comunicação do fato ao devedor. O conhecimento da inadimplência pelo

consumidor não excepciona o dever de levar a ele a informação negativa do registro, pois seu objetivo não é notificá-lo da mora, mas propiciar-lhe o direito de acesso às informações e de preveni-lo de futuros danos.

2. Descabe o pedido de reduzir o valor da indenização por danos morais ante a ausência de abusividade na fixação. 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 777750/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 23/11/2005, DJ 24.04.2006, p.398)

“CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. REGISTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO. NECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA. ILEGALIDADE DA INSCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS PELA MANUTENÇÃO DO REGISTRO. ART. 43, § 2.º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

- Os requisitos legais previstos no § 2.º, do art. 43, do CDC devem ser cumpridos para se garantir a aptidão, a procedibilidade da inscrição. Após isso é que caberá a discussão sobre a exigibilidade ou não do débito que deu origem à inscrição e, conseqüentemente, se esta é devida ou não. Sem o cumprimento dos mencionados requisitos, a inscrição deverá ser cancelada por ilegalidade. - Apenas os órgãos responsáveis pela manutenção dos registros de proteção ao crédito é que têm legitimidade passiva ad causam para a demanda que visa à exclusão do nome do consumidor dos referidos registros e tem como causa de pedir a ilegalidade da inscrição, por descumprimento da obrigação prevista no § 2.º, do art. 43, do CDC. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 735.701, Rel. Min. Nancy Andrigui, Terceira Turma, j. 25/04/2006, DJ 15.05.2006, p. 208)

Assim, uma vez ausente a prévia comunicação ao consumidor, a inscrição em si fica viciada, pelo descumprimento de requisito essencial de validade, exigido em lei.

3. Diante do exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial para determinar a exclusão do nome da recorrente dos cadastros de proteção ao crédito, pelo registro levado a efeito e de que se cuida na pretensão recursal.

Invertidos os ônus sucumbenciais.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 27 de agosto de 2007.

MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Relator, publicação 31.8.07
(destaques acrescentados)

Um pouco mais recente é a decisão monocrática de lavra da Min. Nancy Andrigui, que, embora de forma implícita, entende não haver cerceamento de defesa nem qualquer outro problema quanto à aplicação cumulativa dos arts. 285-A, CPC e 515, §3º, CPC, na medida em que determina o retorno dos autos ao tribunal local (e não ao juízo monocrático originário). Abaixo:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.027.816 - RS (2008/0016531-7) RELATORA:
MINISTRA NANCY ANDRIGHI (...)

Direito Civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais. Inscrição no cadastro restritivo ao crédito. Notificação Prévia. Inexistência. Existência de outros registros.

- O simples fato de se deixar de comunicar a inscrição do nome do consumidor no registro de proteção ao crédito já configura ato ilícito e gera, por si só, o dever de indenizar o consumidor.

Precedentes.

- A existência de outros registros em nome daquele que alega o dano moral por manutenção indevida de seu nome em cadastros de inadimplentes não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização.

Recurso especial provido.

DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto por OTILIA JACHINSKI BENINI, fundamentado na alínea "c" do permissivo constitucional.

Ação: de danos morais, movida pela recorrente em desfavor de CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE PORTO ALEGRE CDL, em razão da inscrição de seu nome em cadastro de restrição ao crédito sem prévia notificação.

Sentença: julgou improcedente o pedido.

Acórdão: negou provimento à apelação da recorrente, nos termos da seguinte ementa:

"AÇÃO VISANDO AO CANCELAMENTO DE REGISTRO JUNTO À CDL DE PORTO ALEGRE CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. APLICAÇÃO DO ART. 285-A DO CPC NA HIPÓTESE DOS AUTOS.

CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE.

No caso em concreto, desnecessário que os autos retornem à origem, uma vez que o pedido está fundamentado na ausência de comunicação prévia, nos termos do § 2º do art. 43 do CDC. Assim, por tratar-se de questão unicamente de direito, aplicável o art. 285-A do CPC na hipótese dos autos. **Ademais, considerando que a ré foi citada para apresentar contra-razões, incorrente o alegado cerceamento de defesa, de modo que passível de julgamento o processo no estado em que se encontra, notadamente se a decisão foi favorável à ora apelada.** AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO PRÉVIA ACERCA DA INSCRIÇÃO DO NOME DA AUTORA EM BANCOS DE DADOS. IRRELEVÂNCIA, NO CASO CONCRETO. DÍVIDA EXISTENTE. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Não obstante a obrigação de informação acerca do cadastramento do nome do consumidor nos cadastros de proteção ao crédito prevista no art. 43, §2º, da Lei nº

8.078/90, se os débitos pendentes são de responsabilidade da autora, e não restou comprovada qualquer inexatidão nas informações constantes nos registros, seu cadastramento não configura abusividade ou ilegalidade, de forma que a prévia comunicação, para tal fim, já não tem relevância, mormente se a autora já possui diversos registros em seu nome. APELAÇÃO DESPROVIDA. UNÂNIME."

Recurso especial: alega a existência de dissídio jurisprudencial, sustentando que a existência de outros débitos do devedor registrados nos cadastros de inadimplentes na mesma época não afasta a presunção da ocorrência do dano moral.

Relatado o processo, decide-se.

- Da ausência de notificação prévia e dos danos morais Resta assente no STJ entendimento no sentido de que a inscrição do nome do devedor em cadastro de inadimplentes sem a sua prévia comunicação gera o dever de indenizar.

A existência de outros registros de débitos em bancos de dados dessa espécie não afastar tal dever, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização. Nesse sentido:

"Indenização. Inscrição em cadastro negativo. Dívida parcelada.

Litigância de má-fé. 1. A nossa jurisprudência assentou que, de fato, a existência de "outros apontamentos de débito não afasta o dever de indenizar, mas deve refletir sobre a fixação do valor da indenização (Precedentes: REsp nº 437.234/PB; REsp nº 196.024/MG)" (REsp nº 540.944/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Jorge Scartezini, DJ de 17/12/04; no mesmo sentido: REsp nº 437.234/PB, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andriighi, DJ de 29/9/03; REsp nº 664.936/SP, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 13/12/04). Assim, confirmado no acórdão que havia sim registros passados de débito em virtude de emissão de cheques sem provisão de fundos, pertinente a redução do valor da indenização. 2. Sem adequada fundamentação, não cabe a condenação nas penas da litigância de má-fé previstas no art. 18 do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial conhecido e provido." (REsp 688547/PA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª Turma, DJ 26.03.2007)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REGISTRO NO CADASTRO DE DEVEDORES DO SERASA. EXISTÊNCIA DE OUTROS REGISTROS. INDENIZAÇÃO.

POSSIBILIDADE. A existência de vários registros de outros débitos do recorrente no cadastro de devedores do SERASA não afasta a presunção de existência do dano moral, que decorre in re ipsa, vale dizer, do próprio registro de fato inexistente. Precedente. Hipótese em que o próprio recorrido reconheceu o erro em negativar o nome do recorrente. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, parcialmente provido." (REsp 595931/RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª Turma, DJ 14.03.2005).

Assim, reconhecido o dever de indenizar, deve ser reformado o aresto recorrido.

Forte em tais razões, CONHEÇO do recurso especial e DOU-LHE PROVIMENTO, para cassar o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, devendo o feito prosseguir na esteira do devido processo legal, conforme o entendimento acima exposto.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 21 de fevereiro de 2008.

MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora

(Ministra NANCY ANDRIGHI, 27.02.2008)

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais precisamente a 19ª Câmara Cível, acórdão de relatoria do Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior, apelação cível n.º 70021032602, julgamento em 20 de novembro de 2007:

DECLARATÓRIA. JULGAMENTO LIMINAR. ART. 285-A, CPC. SOLUÇÃO DE MÉRITO NA APELAÇÃO. ILEGALIDADE. TARIFA BÁSICA MENSAL. ANATEL. BRASIL TELECOM S.A. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

Sentença de improcedência com base no art. 285-A, CPC. Possibilidade de exame direto do mérito em segundo grau. Princípios do contraditório e ampla defesa respeitados. Ausência de nulidade. Matéria de fato sem controvérsão. Prescrição inócua. Afastada a incidência do art. 27, CDC e do art. 206, § 5º, CC/2002. Desnecessidade da ANATEL integrar o pólo passivo. Competência da Justiça Estadual. Declaração de ilegalidade da cobrança da tarifa (assinatura) básica mensal, porquanto sem contraprestação de serviço. Ferimento ao direito do consumidor. Precedentes. Enriquecimento sem causa não ocorrente. Art. 885, CCB/2002. Repetição indevida. Deram parcial provimento.

(...)

VOTO

Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior (RELATOR)

Como se viu do relatório, a apelante se volta contra a sentença que julgou, na forma do art. 285-A, do CPC, improcedente o seu pedido de ver declarada a ilegalidade da cobrança da tarifa básica mensal e de obter a repetição, em dobro, do que indevidamente pagou (art. 42, parágrafo único, do CDC).

JULGAMENTO. ART. 285-A, CPC.

No caso dos autos, em primeiro grau, a ação foi julgada improcedente de forma liminar, nos termos da nova disposição legal contida no artigo 285-A, do Código de Processo Civil.

O dispositivo vem assim redigido: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

Todavia, nesta Câmara, a matéria está pacificada em sentido contrário à linha adotada pelo juízo singular. Interessa então verificar se, provendo a apelação, pode o colegiado desde logo eventualmente julgar procedente a ação, ou se o caso é de desconstituição da sentença e devolução à origem para processamento regular.

Uma primeira preocupação diz com o respeito ao princípio do contraditório. **De início penso que estaria preservado, haja vista a citação da empresa ré para a oferta de contra-razões à apelação, nos termos do artigo 285-A, § 2º, CPC.** Há a questão dos documentos juntados pela ré, dos quais o autor haveria de ter ciência também por respeito ao mesmo princípio. Aliás, a norma do artigo 398, CPC, determina seja ouvida a parte contrária sempre que juntado um documento aos autos (*Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.*).

Contudo, ainda que assim seja, a violação deste dispositivo não figura nulidade quando não haja prejuízo, por incidência dos artigos 244 e 249, §§ 1º e 2º, CPC. **E como na matéria de fundo, a decisão da apelação aproveitará o autor, nenhum vício haverá de ser pronunciado.**

Nessa linha, há precedentes do Tribunal, senão vejamos.

APELAÇÃO CÍVEL. ART. 285-A DO CPC. JULGAMENTO DE IMPROCEDENCIA DE PLANO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO OBJETIVANDO CANCELAMENTO DE REGISTRO DESABONADOR. FALTA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DE CADASTRAMENTO NO SPC. ART. 43, § 2º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. TÍTULO PROTESTADO. ILEGITIMIDADE DO SERASA. INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR JÁ REALIZADA QUANDO DO PROTESTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. BACEN. CDL-POA. PARTE LEGÍTIMA. 1) Reconhecida a ilegitimidade passiva do serasa em relação aos registros de anotações de títulos protestados, originárias do Cartório de Protesto de Títulos. 2) A falta de notificação prévia comunicando o consumidor de sua futura inclusão em banco de dados de maus pagadores, inclusive no que respeita aos cheques emitidos sem provisão de fundo da lista do BACEN, torna a anotação um ato arbitrário, revestido de ilegalidade, devendo ser cancelados todos os registros efetuados nestas condições. Dado parcial provimento à apelação. (Apelação Cível Nº 70016645954, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Artur Arnildo Ludwig, Julgado em 21/12/2006).

APELAÇÃO CÍVEL. BRASIL TELECOM S/A. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. PRESCRIÇÃO. INTERESSE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA COM BASE NO ART. 285-A DO CPC. A desnecessidade de prova, a repetitividade da matéria e o fato da ré ter oferecido contra-razões permitem reexame integral, em que pese a sentença tenha sido proferida com base no art. 285-A do CPC. Alegação de falta de interesse em face de prescrição e porque os documentos podem ser obtidos extrajudicialmente. Prescrição trienal afastada em virtude do julgamento de incidente de uniformização de jurisprudência, onde foi

deliberada a inaplicabilidade do art. 287, II, *in fine*, da Lei 6.404/76 às pretensões decorrentes dos contratos de participação financeira. Interesse reconhecido em razão da conduta da apelante quanto ao não-atendimento das solicitações extrajudiciais. Recusa na informação considerada ilegítima. Apelo provido. (Apelação Cível Nº 70017429069, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Felix, Julgado em 20/12/2006).

Com esta visão, portanto, passo a enfrentar o recurso. (...) (alguns destaques acrescentados)

Adotando posição diametralmente oposta, os julgados que seguem:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 938.873 - RS (2007/0076185-0)

RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS DECISÃO

Recurso especial desafia acórdão assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO COM PEDIDO DE CANCELAMENTO DE INSCRIÇÃO EM BANCO DE DADOS.

Preliminar de impossibilidade do julgamento da presente demanda com base no art. 285-A, do CPC, afastada.

O simples fato de não ser atendida a exigência de prévia comunicação (art. 43, §2º, do CDC), antes da inscrição nos cadastros de crédito, não dá ensejo ao cancelamento dos registros não comunicados. A ausência de comunicação é mera irregularidade formal no procedimento. Precedentes jurisprudenciais. [...] NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME." (fl. 232)

O recorrente, VILMAR ROSA MOTTA, queixa-se de ofensa ao Art. 43, § 2º, do CDC.

Alega que é necessária a notificação prévia do consumidor para a validade da inscrição nos cadastros restritivos de crédito.

Contra-razões às fls. 125 a 132.

DECIDO: É ilícita e abusiva a inscrição do consumidor nos órgão de proteção ao crédito quando ausente a prévia notificação da dívida por escrito, nos termos do Art. 43, § 2º, do CDC.

Por conseguinte, sem o cumprimento do requisito da comunicação preliminar, a inscrição deverá ser cancelada.

É certo que a notificação anterior visa propiciar ao consumidor a oportunidade para pagamento ou contestação do débito que dará origem ao registro, com isso evitando prejuízos maiores que possam advir se a inscrição se consumir, sem esta diligência legal obrigatória.

Precedentes:

"- Os requisitos legais previstos no § 2.º, do art. 43, do CDC devem ser cumpridos para se garantir a aptidão, a procedibilidade da inscrição. Após isso é que caberá a discussão sobre a exigibilidade ou não do débito que deu origem à inscrição e, conseqüentemente, se esta é devida ou não. Sem o cumprimento dos mencionados requisitos, a inscrição deverá ser cancelada por ilegalidade." (REsp 735.701/NANCY)

"1. A inscrição feita em cadastro negativo sem a devida comunicação, prevista no art. 42, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, dá ensejo à indenização por dano moral, cancelado o registro feito em desobediência ao que dispõe a lei especial de regência." (REsp 693.273/DIREITO)

E ainda: REsp 789.046/QUAGLIA, REsp 442.483/BARROS MONTEIRO, REsp 165.727/SÁLVIO, REsp 402.958/NANCY e AgRg no REsp 777.750/DIREITO.

No caso, a sentença de improcedência liminar (fl. 13), proferida com base no recente Art. 285-A do CPC, e o acórdão atacado (fls. 87 a 92) contrariam a jurisprudência do STJ, quando pregam a irrelevância da notificação do consumidor.

Dou provimento ao recurso especial (Art. 557, § 1º-A, do CPC) para cassar o acórdão recorrido e a sentença por ele confirmada.

Determino o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, onde deverá ser aberto prazo para a ré, ora recorrida, defender-se, com o prosseguimento do feito.

Brasília - DF, 14 de junho de 2007.

MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS Relator – 29.6.07
(destaques acrescentados)

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 920.415 - RS (2007/0018093-6)

RELATOR : MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

DECISÃO

Vistos.

Carla Correa de Oliveira interpõe recurso especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão da Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"AÇÃO DE CANCELAMENTO DE REGISTRO. INSCRIÇÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTROS DE INADIMPLENTES. PRELIMINARES REJEITADAS. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. 'A inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito, por, no máximo, cinco anos' (Súmula 323 do STJ). AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. É imprescindível que haja inequívoca demonstração do erro no registro, situação que não se coaduna com o contexto dos autos, porquanto a

parte autora deixou de imputar qualquer inexatidão quanto ao débito. Eventual incorreção, falha, no procedimento de notificação prévia, referida pelo § 2º do artigo 43 do CDC, por si só, não invalida os registros levados a efeito. Apelo desprovido" (fl. 56).

Assevera a recorrente violação do artigo 43, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, argumentando que "o simples ato de deixar de comunicar a inscrição do nome do consumidor no registro de proteção ao crédito já configura ato ilícito e implica, por si só, no cancelamento do registro" (fl. 66). Aponta dissídio jurisprudencial, colacionando precedentes de outros Tribunais, inclusive desta Corte. Com contra-razões (fls. 94 a 97), o recurso especial foi admitido (fl. 99).

Decido.

A recorrente ajuizou ação em face de Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre, visando ao cancelamento do registro de seu nome em cadastros de inadimplentes, em razão da ausência de sua comunicação prévia (fls. 02 a 07). **O juízo de primeiro grau, entendendo tratar-se de matéria exclusivamente de direito, julgou antecipadamente a lide, nos termos do artigo 285-A do Código de Processo Civil, e extinguiu o feito por ilegitimidade passiva da ré (fls. 14/15).**

O Tribunal local, em sede de apelação, ratificou, preliminarmente, a aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil, entendendo, por outro lado, pela legitimidade da ré para figurar no pólo passivo da ação. No mérito, no entanto, negou provimento ao recurso, consignando que "eventual falha procedimental do órgão cadastral na comunicação prévia da inscrição não autoriza o seu cancelamento, que somente poderia se dar pelo pagamento do débito ou pelo transcurso de cinco anos do efetivo registro" (fl. 57v).

Inicialmente, cabe registrar que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a inscrição do nome do devedor em cadastros de inadimplentes sem a prévia comunicação exigida no Código de Defesa do Consumidor implica o cancelamento do registro, mesmo quando a dívida não tenha sido quitada. Neste sentido:

"Inscrição em cadastro negativo. Ausência de comunicação. Precedentes da Corte.

1. A inscrição feita em cadastro negativo sem a devida comunicação, prevista no art. 42, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, dá ensejo à indenização por dano moral, cancelado o registro feito em desobediência ao que dispõe a lei especial de regência.

2. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (REsp nº 693.273/DF, Terceira Turma, da minha relatoria, DJ de 26/9/05).

"Consumidor. Recurso especial. Registros de proteção ao crédito. Inscrição. Necessidade de prévia comunicação ao consumidor. Ausência. Ilegalidade da inscrição. Legitimidade passiva dos órgãos responsáveis pela manutenção do registro. Art. 43, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor.

- Os requisitos legais previstos no § 2.º, do art. 43, do CDC devem ser cumpridos para se garantir a aptidão, a procedibilidade da inscrição. Após isso é que caberá a discussão sobre a exigibilidade ou não do débito que deu origem à inscrição e, conseqüentemente, se esta é devida ou não. Sem o cumprimento dos mencionados requisitos, a inscrição deverá ser cancelada por ilegalidade.

- Apenas os órgãos responsáveis pela manutenção dos registros de proteção ao crédito é que têm legitimidade passiva ad causam para a demanda que visa à exclusão do nome do consumidor dos referidos registros e tem como causa de pedir a ilegalidade da inscrição, por descumprimento da obrigação prevista no § 2.º, do art. 43, do CDC.

Recurso especial conhecido e provido" (REsp 735.701/CE, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andriahi, DJ de 15/5/06).

"CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CHEQUE SEM FUNDO. INSCRIÇÃO DE NOME EM BANCO DE DADOS. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. CDC, ART. 43, § 2º. RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE CADASTRAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUÊNAL. CDC, ART. 43, § 1º.

I. Desinfluyente a prescrição semestral da ação executiva do cheque para efeito de cancelamento do registro desfavorável ao devedor nos órgãos de cadastro de crédito, se a dívida pode ainda ser exigida por outra via processual que admite prazo igual ou superior a cinco anos, caso em que a prescrição a ser considerada é a quinquenal, de conformidade com o art. 43, parágrafo 1º, da Lei n. 8.078/90.

II. O cadastro de emitentes de cheques sem fundo mantido pelo Banco Central do Brasil é de consulta restrita, não podendo ser equiparado a dados públicos, como os oriundos dos cartórios de protesto de títulos e de distribuição de processos judiciais, de sorte que a negatificação do nome decorrente de elementos de lá coletados pelo SERASA deve ser comunicada ao devedor, ao teor do art. 43, § 3º, do CPC, gerando lesão moral se a tanto não procede.

III. Hipótese excepcional em que o devedor confessa a dívida, o que exclui a ofensa moral, mas determina o cancelamento da inscrição, facultada ao credor a iniciativa do registro.

IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (REsp nº 752.135/RS, Relator o Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 5/9/05).

"CONSUMIDOR. REGISTRO NO CADASTRO DE DEVEDORES INADIMPLENTES. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO. CANCELAMENTO DA INSCRIÇÃO.

– Incorre em julgamento extra petita o acórdão que condena o réu ao pagamento de indenização por dano moral, de que a postulação inicial não cogita. Requisito do prequestionamento satisfeito no caso.

– A comunicação ao consumidor sobre a inscrição de seu nome nos registros de proteção ao crédito constitui obrigação do órgão responsável pela manutenção

do cadastro e não do credor, que meramente informa a existência da dívida. Precedentes. Recurso especial conhecido, em parte, e provido" (REsp nº 504.861/RS, Quarta Turma, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 27/6/05).

Nessa linha, pois, a eliminação de registro efetivado só é possível, nos termos do artigo 43, § 2º, da Lei nº 8.078/90, se ausente comunicação ao devedor a seu respeito. É dizer, a falta de notificação do registro é requisito necessário para ensejar o respectivo cancelamento. A toda evidência, pois, a discussão acerca da realização ou não da referida comunicação envolve necessariamente matéria fática, exigindo-se, pois, dilação probatória.

Ocorre que inexistiu, no presente caso, prova a esse respeito, em razão da aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil pelo juízo de primeiro grau, por entender que a matéria controvertida seria unicamente de direito, sendo tal aspecto mantido, inclusive, em sede de recurso. Deveras, nesse particular, asseverou o Tribunal local: "Inicialmente, rejeito a preliminar de desconstituição da sentença e retorno dos autos para instrução, suscitada pela ré, ora apelada, em suas contra-razões, pois o julgado 'a quo' agiu conforme agora lhe faculta a Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que acresceu o art. 285-A do Código de Processo Civil.

Assim, correta a posição adotada, porque a apreciação da pretensão inicial necessária se faz quando do recebimento da inicial, devendo ser impedido o prosseguimento da ação" (fls. 56v/57).

Assim, cotejando-se as alegações da recorrente com a orientação adotada por esta Corte, vislumbrar-se-ia, em princípio, a plausibilidade da pretensão recursal, caso não fosse o óbice representado pela aplicação do artigo 285-A do Código de Processo Civil pelas instâncias ordinárias, impedindo a produção de provas a respeito da notificação em questão. Daí, porque impõe-se, no presente caso, o prosseguimento da ação viabilizando-se a necessária dilação probatória.

Ante o exposto, nos termos do art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, conheço do recurso especial e lhe dou parcial provimento para determinar o prosseguimento da ação com a promoção da citação do réu.

Intime-se.

Brasília (DF), 30 de abril de 2007.

MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Relator – 25.5.2007
(destaques acrescentados)

Como se vê, a divergência é notória, inequívoca e deve ser sanada o quanto antes, a fim de que a segurança jurídica não seja sacrificada. Em alguns casos, apenas a critério dos julgadores, procede-se ao julgamento imediato de mérito; em outros, por circunstâncias casuais, cassa-se a sentença-base por *error in procedendo*. Como é cediço, o processo deve se pautar em certa dose de confiabilidade e, principalmente, de **previsibilidade**. Somente esta pode fazer com que o

jurisdicionado possa, antes da prática de determinado ato processual, visualizar as futuras conseqüências, avaliando, nesse momento, se o mesmo deve, ou não, ser praticado e, se o for, de que forma. É o que se verifica das palavras de GRECO²⁷, para quem o processo de garantias fundamentais é única e exclusivamente aquele no qual são respeitadas as regras previamente estabelecidas:

Procedimento legal, flexível e previsível

A ritualidade do procedimento deve continuar sendo regida pela lei, que, a determina para assegurar a necessária paridade de tratamento de todos perante todos os órgãos jurisdicionais e regular de modo equilibrado o encadeamento lógico dos diversos atos a fim de garantir o respeito às regras mínimas de um processo justo. Mas o procedimento legal não pode ser rigidamente inflexível, devendo facultar ao juiz uma certa margem de variação para estabelecer a necessária paridade concreta de armas, bem como para possibilitar o cumprimento de todas as atividades tecnicamente mais idôneas para permitir que cada uma das partes faça valer o seu direito ou demonstre a sua procedência. **O importante, acima de tudo, é que o procedimento seja previsível, ou seja, que cada uma das partes, ao ditar a sua estratégia de atuação, esteja em condições de prever o desenvolvimento futuro do processo para que o seu desempenho seja o mais eficaz possível e para que bruscas mudanças de rumo não venham a cercear o seu direito de defesa.**

A variedade de procedimentos não equivale necessariamente a tratamento desigual, daí o erro de acreditar que a supressão de procedimentos especiais pudesse contribuir para um processo mais justo. O importante é que o procedimento seja adequado à necessidade concreta de tutela jurisdicional efetiva. Se não o for, o juiz deve dispor de meios para ajustá-lo a essa necessidade, desde que preserve o equilíbrio entre as partes e não crie situações absolutamente imprevisíveis para as partes.

As garantias de um processo justo tornam obsoleta a tradicional distinção entre processo e procedimento, porque tanto do ponto de vista intrínseco quanto extrínseco o exercício da jurisdição deve estar por elas impregnado.

Em alguns países, como a Alemanha, têm sido feitas experiências, em causas de pequeno valor, de adoção de um procedimento livre, disciplinado pelo juiz. Parece-me que o princípio da legalidade exige um mínimo de regulamentação legal do procedimento, inclusive para evitar disparidade de tratamento perante juízes diversos. Além disso, a previsibilidade do procedimento necessariamente resulta do delineamento prévio pelo legislador de suas etapas fundamentais, no curso das quais formar-se-ão e desenvolver-se-ão os múltiplos vínculos jurídicos que caracterizam a relação processual. (destaques acrescentados)

27. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429, acesso em 05 mar 2008, às 21h50.

Da forma como a jurisprudência entende o art. 285-A, CPC, em sua esfera recursal, em cotejo com o art. 515, §3º, CPC, a previsibilidade – e a conseqüente segurança jurídica – tem sido utopia...

5. CONCLUSÃO

Analizados os dispositivos legais pertinentes ao caso, com suas características principais, e verificados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, verificou-se que, em virtude do pouco tempo de vigência concomitante das leis 10.352/01 e 11.277/06, ainda não se pode considerar como decidida a questão da (in)aplicabilidade do art. 515, §3º, CPC quando da reforma da sentença liminar de improcedência com arrimo no art. 258-A, CPC. Por conta disso, reafirmada a importância do presente estudo.

A despeito de grandes opiniões, de parte a parte, uma análise um pouco mais da legislação em apreço e, sobretudo, dos princípios fundamentais do processo demonstrará que impossível se afigura que o tribunal *a quo* julgue, desde logo, a lide, quando do afastamento da “sentença-base”. Isso porque, **a um**, a lei é expressa quando preceitua que, na sistemática do julgamento antecipadíssimo da lide, não entendendo o magistrado pela retratação, deve citar o réu para **responder ao recurso** (e não se defender); “defesa”, no processo civil pátrio, pode ser realizada, basicamente, de três formas: contestação, reconvenção e exceção, tudo conforme o art. 297, CPC. Percebe-se que não há, nesse rol, qualquer menção à “resposta de recurso”, vez que a função das contra-razões recursais não se iguala, necessariamente, às formas de defesa ali previstas, servindo, em suma, como uma forma de sustentar a decisão recorrida que é, até aquele momento, favorável ao recorrido. Nesse norte, e de acordo com a própria intenção do legislador, não há como se entender (e nem sequer *presumir*) que, em caso de apelação contra a sentença de improcedência liminar, o réu deve, quando citado, **contestar, reconvir ou apresentar exceções**. Tratam-se de situações diversas, e que assim devem ser entendidas pelo Judiciário e pelos próprios jurisdicionados; **a dois**, porque fazer com que o réu, em suas contra-razões de apelação, ofereça, desde logo, “defesa”, faz com que todas regras processuais, traçadas de forma exclusiva pela lei federal (art. 22, I, CF/88), sejam desrespeitadas, vez que, como dito, o art. 285-A, §2º somente autoriza (e determina) que o réu ofereça “resposta ao recurso”; entender de forma diversa significa, de certo modo, *legislar*, função típica e privativa do legislador federal ordinário, o que seria inconstitucional; **a três**, porque *presumir* que, uma vez citado, o réu poderia oferecer sua defesa, significa violar a **previsibilidade** característica do processo de garantias constitucionais, já que a lei lhe assegura o direito de, apenas e tão-somente, oferecer contra-razões de apelação; não pode, de forma alguma, o tribunal vislumbrar, nem por hipótese, a aplicação

do princípio da eventualidade (arts. 300 e seguintes, CPC) na disciplina do art. 285-A, CPC; **a quatro**, porque fazer incidir o art. 515, §3º, CPC para, por exemplo, dar provimento ao apelo e, desde logo, julgar procedente o pedido, significa inegável ofensa ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88), uma vez que o réu sequer teve o direito de influenciar o Judiciário para a consolidação daquela decisão (considerando-se, como dito, que “contra-razões de apelação” não são, propriamente, defesa, na esteira do já citado art. 297, CPC). Violar o contraditório, ainda que “apenas” na sua forma material, significa *retrocesso*, o que não pode, de modo algum, ser tolerado por qualquer Judiciário de um Estado que se denomina “Democrático de Direito”. Impingir uma derrota, ainda que de matéria “unicamente de direito”, a quem dela não pode se defender, importa manifesta arbitrariedade, *cum permissa venia*; por fim, e **a cinco**, porque nessa fase de mudanças processuais, nas quais se visa, até com intenções louváveis, a afastar o câncer da demora na prestação jurisdicional, tem-se confundido celeridade com *pressa*, olvidando-se de que afastar as garantias constitucionais do processo equivale a *comer cru ou quente*... Nas palavras de CARNELUTTI, citado por GAJARDONI²⁸: “(...) O slogan da justiça rápida, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição *in adjecto*: se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura...”

6. REFERÊNCIAS

- ATAIDE JÚNIOR, Vicente de Paula. *A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006)*. Revista de Processo, nº 141. São Paulo: RT, novembro de 2006.
- AZEVEDO, Luciana dos Anjos. *Uma análise da segurança jurídica no ordenamento brasileiro à luz do art. 285-A do CPC*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1062.htm>>, acesso em 1 mar 2008, às 23h10.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Organizador: Yussef Said Cahali. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. *Código de Processo Civil (Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973)*. Organizador: Yussef Said Cahali. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. *Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941)*. Organizador: Luiz Flávio Gomes. 9.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência*. Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia/juris.asp>. Acesso em 04 mar 2008, às 19h55.

28. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Ob. citada, p. 152.

- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Jurisprudência*. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/index.php?PHPSESSID=90ca6cae3389daead33f448b9a5f069f>, acesso em 08 mar 2008, às 20h22.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. v. 2: comentários sistemáticos às leis 11.276, de 7-2-2006, 11.277, de 7-2-2006 e 11.280, de 16.2.2006*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudência*. Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>. Acesso em 07 ago 2007, às 18h07.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil. v.1*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAMBI, Eduardo. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do art. 285-A do CPC*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.htm>>, acesso em 10 fev 2008, às 19h10.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil, vol. 1*. 7.ed. Salvador: Juspodium, 2007.
- DINARMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FUX, Luiz. *A reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infra-constitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2006.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide*. Revista de Processo, nº 141, p. 150-179. São Paulo: RT, novembro de 2006.
- GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>, acesso em 05 mar 2008, às 21h50.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3.ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Ações repetitivas e julgamento liminar*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901303435.pdf>>. Acesso em 10.fev.2008, às 0h45.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 6.ed. atualizada até a EC 52/06. São Paulo : Atlas, 2006.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo civil. Vol. V. Arts. 476 a 565*. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 24.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6.ed. atualizada, ampliada e reformada. São Paulo: RT, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v.7. São Paulo: RT, 2003.
- NUNES, Dierle José Coelho. “Comentários acerca da súmula impeditiva de recursos (lei 11.276/2006) e do julgamento liminar de ações repetitivas (lei 11.277/06) – do duplo grau de jurisdição e do direito ao recurso (contraditório sucessivo) – Aspectos normativos e pragmáticos”, in *Revista de Processo* n.º 137, p. 171-186. São Paulo: RT, julho de 2006.
- PISSURNO, Marco Antônio Ribas, in “Primeiras impressões sobre o novo art. 285-A do CPC (lei n. 11.277/06): alguns aspectos práticos da sentença de improcedência liminar em 'processos repetitivos'”, disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=873>, acesso em 10.fev.2008, às 23h50.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SÁ, Djanira Radamés de; PIMENTA, Haroldo. *Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, n.º 133. São Paulo: RT, março de 2006.
- TEIXEIRA, Welinton Luzia. *O falso Estado democrático de direito e a ditadura das leis*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=25256>, informativo publicado em 25 mai 2006, acesso em 5 jan 2008, às 15h15.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Vol. I*. 47.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil 2*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

XII

CRÍTICA À FUNDAMENTAÇÃO AXIOLÓGICA DAS CORRENTES DE PENSAMENTO JURÍDICO

Newton de Oliveira Lima

Mestrando em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2 As escolas de pensamento do direito e a presença dos valores jurídicos no âmbito das mesmas: 2.1. Fenomenologia; 2.2. Institucionalismo; 2.3. Idealismo e Historicismo; 2.4. Neomarxismo e ‘Teoria crítica’; 2.5. Realismo; 2.6. Positivismo; 2.7 Neokantismo: 2.7.1 Neokantismo logicista; 2.7.2 Neokantismo culturalista – 3. Considerações finais – 4. Referências.

RESUMO: Objetivar-se analisar as correntes da jusfilosofia em função da temática axiológica implica na estruturação do direito em função dos valores, desafio a ser conquistado pelo estudo das diversas correntes jusfilosóficas sob o paradigma de confronto com a construção discursiva-processualista dos valores jurídicos.

PALAVRAS-CHAVE: Valor jurídico; Jusfilosofia; Axiologia; Processualidade discursiva; Cultura.

ABSTRACT: To objectify itself to analyze chains of the philosophy of law of the thematic axiological implies in the formation of the right in function of the values, challenge to be conquered by the study of diverse philosophical chains under the paradigm of combat with the construction discursive-procedure of the legal values.

KEYWORDS: Legal values; Philosophy of Law; Axiology; Discursive-procedure; Culture.

1. INTRODUÇÃO

Proceder a uma abordagem axiológica dos sistemas de pensamento jurídico implica em tarefa assaz complexa por variegados motivos. Primeiramente, a própria caracterização e delimitação corretas dos sistemas de pensamento do Direito e suas vertentes multifacetadas imprimem ao panorama da Filosofia Jurídica uma tal fragmentação que dificilmente pode ser recomposta em uma exposição teórica sistematizadora.

As correntes jusfilosóficas inserem-se em grandes sistemas de pensamento (empírico-materialista, idealístico-racionalista e crítico-intuitivo), e da própria derivação daquelas destes últimos surge uma complexificada gama de relações que não podem ser explicitadas com coerência meridiana (ou cartesiana, se se

preferir); os conceitos, pressupostos e norteamentos jusfilosóficos que cada vertente filosófica carrega nem sempre são expressos coerente e lucidamente pelos sistemas de Filosofia Jurídica a que dão origem.

Nestes sistemas, por sua vez, as irrigações de correntes e subsistemas se refazem muitas vezes em um painel onde ocorrem amálgamas de diversas naturezas: metodológica, principiológica, teleológica, procedimental etc, refazendo, dentro de cada sistema de Jusfilosofia, um *totum* complexo e diferenciado da “pureza” original da Filosofia que lhe originou, pois sempre que se usa a palavra pureza, é impossível não se reportar imaginariamente à teorização kelseniana e observar o quanto é dificultoso encontrar a tão propalada pureza metodológica e ontológico-formal do Direito.

Faz-se necessária a mediação jusfilosófica da peculiaridade das estruturas jurídicas para a adequação dos conceitos filosóficos “puros” às problemáticas ontológicas, axiológicas e deontológicas que possui o Direito.

Assim, ao mesmo tempo em que se ‘perdem’, os conceitos filosóficos se “re encontram” dentro da Jusfilosofia. Em suma, reorganizam-se para que se transmutem de filosóficos em jusfilosóficos.

Posteriormente, o nível de dificuldade de apreensão da “pureza” de cada sistema de pensamento jurídico, vem expresso na própria ramificação da Filosofia do Direito enquanto constituída de diversos sistemas.

Ocorre uma verdadeira reprodução da diversificação de posicionamentos insitos à Filosofia no bojo da Jusfilosofia. A mesma tendência divergente intrinsecamente no âmbito das escolas filosóficas reproduz-se nas escolas pensamentais do Direito. Não se trata de reforçar aquela frase errônea e de senso comum que afirma que os sistemas filosóficos são inconciliáveis entre si e que cada um deles pretende ser uma “edição nova” da realidade.

Na Filosofia, e outrossim na jusfilosofia, existe muito mais concordância do que dissenso entre os pensadores do que o realismo ingênuo percebe. Scheler (1994) já lembrava que, ante de mais nada, o filósofo almeja inserir-se dentro da “tradição” do pensamento e nela, por conseguinte, busca situar-se de maneira coerente. Destarte, ocorre que a Jusfilosofia possui imbricações tamanhas e de tal monta bem assim como sua progenitora; aquela, porém, não se assemelha à Ciência que, no dizer de Durant (2000), olvida e renega sua filiação depois de atingir a maturidade.

De tal arte, a Jusfilosofia é formada por posicionamentos os mais díspares e controversos, embora haja em seu âmago claras divisões de entendimento demarcadoras das correntes que dela dimanam.

Os jusfilósofos, muitas vezes, como se poderá notar adiante, se encontram en- trincheirados em suas fortalezas ideativas e sistemáticas. Positivismo, culturalismo, fenomenologismo e neomarxismo seriam quatro posições basilares nesse campo de enfrentamento em que, não raramente, converte-se a Filosofia do Direito.

Analisá-las em função da presença dos valores jurídicos no âmbito de cada qual, representa desafio para a Axiologia, que conquanto seja uma disciplina filo- sófica relativamente nova, já se encontra bastante tumultuária, torna-se espinhosa missão que exige a noção fundamental do esclarecimento sobre o componente valorativo inerente a cada área do saber (filosofia, psicologia etc).

Uma postura crítico-fenomenológica revela a relevância dos valores em cada vertente pensamental do direito, a qual se encontra quase sempre afastada do elemento axiológico que lhe é peculiar e imprescindível, deve nortear-se por uma construção discursiva-processual dos valores jurídicos.

A idéia de valor envolve uma série de posicionamentos teóricos os mais díspa- res e mesmo frontalmente contrapostos entre si, dada a ampla gama de correntes que pretendem explicar o fenômeno valorativo.

Apreender valores como provenientes da construção sócio-histórica e pugnar por institucionalização de processualidade democrática que garanta acesso a todos na formação da discursividade constitutiva dos valores é o meio que uma teoria processual da axiologia jurídica deve perseguir para legitimar a criação de valores na estrutura jurídica, como apregoa Leal (2002) - esse é o *methodos* dentro do qual se pode obter algum significado do âmbito axiológico para a juridicidade.

Pautados nessa linha de atuação metodológica, é que buscamos dirigir a pre- sente explanação dos esquemas pensamentais jurídicos em função/relação aos valores do Direito, na esperança de contribuir modestamente neste sucinto artigo, para tais estudos de máxima precedência jurídico-filosófica.

2. AS ESCOLAS DE PENSAMENTO DO DIREITO E A PRESENÇA DOS VALORES JURÍDICOS NO ÂMBITO DAS MESMAS

2.1. Fenomenologia

A Fenomenologia foi um movimento filosófico primordial na contempora- neidade, alentando o espírito anti-positivista do século XX. Franz Brentano, um neoaristotélico, desenvolveu um novo método de investigação filosófica, calcado na análise da assim chamada coisa-em-si, sem buscar os dados posteriores for- necidos pela ciência, senso comum, ou qualquer outra forma de conhecimento, retornando dessa maneira ao essencialismo aristotélico.

Seu discípulo Edmund Husserl aprofundou o ‘estudo do fenômeno’ (daí a palavra fenomenologia), acrescentando a ele a concepção de que o cerne do *phaenomenon* só pode ser captado por meio de uma “intuição intelectual” das essências dos entes presentes na realidade.

A postura correta do filósofo seria sempre buscar as essências através de um aprofundamento do estudo essencialista intuicionista, após ter colocado a concepções correntes acerca do fenômeno em ‘suspensão’ sempre procurando atingir o núcleo mais profunda da realidade a ser investigada.

Adolf Reinach foi um dos primeiros jusfilósofos a aplicar o método fenomenológico aos estudos jurídicos; constatou ele que o Direito Positivo apenas regula o que de externo há no fenômeno jurídico, pois a essência deste é dada tão-somente no substrato sócio-estrutural do fenômeno; Larenz (1999) analisa o ideário de Reinach:

O Direito positivo “não produz em nada” os conceitos jurídicos a que dá acolhimento: depara com eles. Esses conceitos têm uma estrutura própria, sobre a qual podemos enunciar proposições apriorísticas; e se o Direito positivo é livre de ‘os acolher na sua esfera ou deles divergir’, todavia não consegue ‘afetar a sua existência específica’. Pelo contrário, a “estrutura do direito positivo só se torna inteligível através da estrutura da esfera exterior ao Direito positivo.” Encontramos nessa esfera objetos específicos, que não são físicos nem psíquicos, e que igualmente se distinguem, pela sua temporalidade, de todos os objectos ideais.

Depois, com a influência de Bergson e Scheler, o intuicionismo fenomenologista grassou no campo jurídico mediante a obra de Lask, que se situará, também, dentro do culturalismo jurídico.

2.2. Institucionalismo

Movimento importantíssimo da Jusfilosofia contemporânea é o institucionalismo jurídico de Maurice Hauriou e Santi-Romano; apregoando que os valores do Direito são estabilizados nas instituições sociais, e só por intermédio delas pode-se revelar o escopo do Direito: a justiça. Expressa-se Hauriou, *apud* Reale (1998): “Uma ordem social estabelecida contém sempre praticamente uma certa dose de justiça que nela está incorporada, mas também ela se encontra sempre praticamente em conflito com uma nova dose de justiça que ainda não está incorporada.”

Havendo tal conflito entre institucionalismo e o valor justiça, Hauriou propugnava por uma absorção histórica do justo pela instituição, como forma de se manter a ordem e os valores no Direito.

2.3. Idealismo e historicismo

Não se pode igualmente olvidar o papel decisivo do idealismo na construção das modernas correntes jusfilosóficas, porque foi a partir das teorias de Georg Friedrich Wilhelm Hegel que se desenleiraram importantes correntes.

Apregoava Hegel a preponderância do espírito por sobre a natureza, pois em seu sistema filosófico a realidade primeira em sendo a Idéia Absoluta Panlogística, seria por intermédio do espírito humano que o homem construiria a efetivação da idéia fazendo a História, a qual não consistiria em nada mais que a própria totalidade das possibilidades de existência do homem e da realidade através do movimento dialético da realidade, que de tese, síntese e antítese objetivaria a Idéia; a História seria a manifestação *par excellence* do Absoluto; isso levou então Hegel (1997) a asseverar que: “O que é racional é real e o que é real é racional.”

Identificando dessa forma racionalidade, realidade e historicidade, a História foi elevada a um patamar supremo, o que ensejou a formação do espírito jurídico historicista alemão, que via no estudo das comunidades em sua essencialidade de vontade do grupo social o escopo da hermenêutica da Cultura.

Surgiu assim como corrente derivada idealismo filosófico o historicismo jurídico de Savigny e Puchta, que apregoava que o legislador deveria realizar a captação da vontade coletiva no processo de instauração da normatividade e da positividade do Direito, pois este “Espírito do Povo” (*Volksgeist*) teria de preponderar sobre a abstratividade normativa e racional do Direito, favorecendo dessarte o aspecto espontâneo da desiderabilidade popular na formação das instituições.

Voltando à compreensão jurídica hegeliana, nota-se que o mestre do idealismo absoluto reavivou o racionalismo jurídico, porquanto em seu sistema jusfilosófico o que se estuda é o conceito e a idéia do Direito, e não o aspecto da origem social do mesmo. Assere Hegel (1997) :

O objeto da ciência filosófica do direito é a Idéia do direito, quer dizer, o conceito do direito e a sua realização. Do que a filosofia se ocupa é de Idéias, não do conceito em sentido restrito(...). A ciência do direito faz parte da filosofia. O seu objeto é por conseguinte, desenvolver, a partir do conceito, a Idéia, porquanto esta é a razão do objeto, ou, o que é o mesmo, observar a evolução imanente própria da matéria.

O Direito seria por conseqüência uma criação eminentemente intelectual, era desprezível para Hegel o fator sociológico. O hegelismo inspirou aos neohegelianos como Felice Battaglia, Julius Binder, Benedito Croce, um arrazoado jurídico assaz abstrativista e formalista, que em geral concebe o Direito como momento

do espírito (objetivo ou subjetivo), olvidando sua realização em si como feita histórica-social e normativo-axiológica.

Tem-se que concluir que o idealismo absoluto levou a um abstracionismo exacerbado por um lado e a um historicismo contumaz por outro. Um dos mais destacados representantes dessa vertente foi Carl Schmitt, o qual associou as teses idealistas a uma exarcebada teoria da vontade, constituindo o decisionismo; Larenz comenta-o (1999): “o juiz teria que obedecer a um comando cujo conteúdo na maioria das vezes, “é ele próprio que determina.”

Canotilho¹ expõe a visão das correntes idealistas do Direito, notadamente Smend, para quem a validade da Constituição, e seguintemente de toda a legislação, é pautada no fundamento estimativo da primeira, o que por si só afasta o positivismo e o realismo jurídicos, correntes jusfilosóficas que almejam obliterar o fulcro valorativo da normatividade.

2.4. Neomarxismo e “teoria crítica”

No âmbito do neomarxismo a chamada “Teoria Crítica” talvez seja a vertente que mais se destaque, pois apresenta um amplo arcabouço de concepções jusfilosóficas altamente influenciadoras da nova configuração do Direito contemporâneo; juristas como Roberto Lira Filho, que comungando das idéias do jusfilósofo francês Michel Mialle, quer que o Direito seja uma superestrutura no processo dialético da sociedade contemporânea, são integrantes da “Teoria Crítica”. Assere Lira Filho (1982): “Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir a ser que se enriquece nos movimentos de

1. GOMES CANOTILHO, J. J. “Direito Constitucional”, p. 116: “O problema do fundamento de validade de uma constituição(=problema de legitimidade) tem sido prevalentemente respondido com base numa teoria dos valores: todo o direito é, em essência, a realização de certos princípios de valor; baseia-se num conjunto de valores fundamentais, residindo a “medida” destes valores na consciência jurídica de uma comunidade juridicamente regulada(Triepel). O princípio objectivo fundamental da consciência jurídica seria, nesta perspectiva, a “ideia de direito”. Esta teoria da legitimidade chama-se, desce a época de Weimar, teoria da legitimidade científico-espiritual porque: (a) o direito constitucional significa a positivação de uma legitimidade valorativo-espiritual(Smend); (b) diferentemente do formalismo jurídico(típico de dogmática civilista) e do “positivismo do poder”(na sua orientação histórico-sociológica), ela considera que só a validade intrínseca, isto é, o conteúdo de valor ideal corporizado na constituição, merecedor do reconhecimento e convicção por parte da colectividade, pode constituir o critério válido da legitimidade constitucional. Trata-se de um critério de legitimidade material, pois: (1) contra o positivismo jurídico, intrinsecamente vazio ou valorativamente neutral, e (2) contra o realismo do poder(para quem o direito vale apenas como um sistema de legalidade funcionalística ou como simples expressão das relações de força reais), esta teoria insiste na ideia de que só o reconhecimento da validade jurídica do texto constitucional assente na livre convicção da colectividade sobre a sua consonância com os valores jurídicos, pode legitimar, no plano material, qualquer constituição.”

libertação das classes e grupos que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.”

Miaille (1979), neomarxista francês, assim se expressa:

O pensamento idealista torna-se um fenómeno em si alimentando-se da sua própria produção. Os termos tornam-se então “abstractos”, a ponto de deixarem de pertencer à sociedade que os produziu mas serem supostos exprimir a razão pura, a racionalidade universal(...)Por outras palavras, estas diferentes realidades- as regras não têm nem o mesmo conteúdo nem a mesma forma- são reconduzidas, pela magia da palavra, a um só denominação: o direito. É aquilo que eu chamo o universalismo. As sociedades humanas, a própria humanidade, possuiriam um determinado número de realidades em comum: haveria direito em toda a parte, seja o que for que digam. Sendo a ideia de direito comum a todas estas sociedades, seria correcto utilizar um único termo que pode exprimir esta identidade da realidade, não obstante as diferenças de forma que afectam esta realidade(...)

É sobre o terreno histórico, na verdade sobre a sua ausência real, que este universalismo mais claramente se manifesta. De facto, da mesma maneira que ele se desenvolve no espaço, o idealismo jurídico invade o tempo: o direito é uma essência idêntica a si mesma, apenas assumindo aspectos diferenciados ao longo da história.

No entanto, essa crítica deve ser de graduação, e não da essência do procedimento gnoseológico dito idealista, tal como faz Miaille (1982), pois o formalismo dos conceitos estruturais e transcendentais do Direito é algo inerente à estrutura do mesmo, como já demonstrou o neokantismo.

No que o formalismo não pode se constituir é num entreve para a hermenêutica e axiologia jurídicas, tal qual demonstrou Mangabeira Unger² (1979), cujo pensamento também situa-se no âmbito da “Teoria Crítica.”

O pensamento jurídico de Habermas, outro importante construto da atualidade, pode ser enquadrado como uma concepção crítico-dialética que leva ao

2. “A reação típica dos juristas modernos ao problema do formalismo e da equidade é o raciocínio jurídico teleológico. A lei é vista como sistema de regras inteligíveis cujo significado é determinado por finalidades benéficas que o aplicador da lei deve atribuir às regras, uma vez que a intenção do legislador provavelmente será ou deveria ser inconclusiva. Desta forma, espera-se moderar o conflito entre formalismo e equidade e evitar conflitos indesejáveis na maioria dos casos. Como sugeri antes, porém, o resultado é um estilo de argumento jurídico que prejudica a generalidade e a autonomia sem necessariamente aumentar a certeza de que se está fazendo justiça. A pretensa acomodação entre formalismo e equidade é inerentemente insatisfatória e instável; não resolve o problema da subjetividade do valor, que está na raiz do dilema entre formalismo e equidade, nem contribui para transformar as condições de domínio que tira às pessoas a confiança em seus próprios julgamentos morais. Conseqüentemente, os princípios pelos quais o jurista moderno pretende justificar as suas interpretações da lei tendem a ser tão abstratos que se tornam ininteligíveis, ou parecem tentativas de manipular todas as regras de modo a favorecer preferências arbitrárias de determinados grupos de interesse.”

fundamento da juridicidade enquanto discursividade ética de sujeitos humanos livres e auto-determinantes (MOREIRA, 1999), pretendendo formar uma base de fundamentação normativa coerente consigo mesma, ainda que de caráter provisório, mas sempre pragmática (HABERMAS, 1989).

2.5. Realismo

O realismo jurídico foi outra vertente filosófico-jurídica que influenciou bastante na época atual; aparentado do historicismo, com o qual comunga numa apreciação eminentemente sociologista do Direito, pode ser como típica gestação intelectual nórdica, calcada num realismo filosófico por vezes grosseiro e simplificador, que vê no *phaenomenon juridicus* uma exclusiva produção encoberta da força política vinculativa entre Direito e querer-poder do governante. Na escola de Upsala (Suécia) encontra sua base primordial, e tem em pensadores como Karl Olivecrona, Alf Ross, dentre outros, seus principais corifeus.

Para o realismo jurídico, não existe valor jurídico em si, como ente independente espiritualmente, mas apenas atos de valoração do Direito por quem detém o poder – para o realismo, que segue a acepção psicologista do fenômeno jurídico, valor é igual a valorar, assim, impingir valor ao Direito é tarefa de quem possui o controle do poder político ou de quem possa exercer função política sobre a estrutura jurídica.

O realismo exacerba a função do fenômeno “poder” na sociedade, pois enquanto os culturalistas colocam o poder como meio de consecução de valores, os primeiros o colocam como instrumento de dominação e construção exclusiva do aparato finalístico do Direito, como fator de importância maior que o da própria criação das metas estatais, o que significa reduzir o Direito a força, e não almejar controlar a força através do Direito.

2.6. Positivismo

O positivismo enquanto vertente pensamental é oriundo, em última análise, do racionalismo grego, que evoluiu para a grandiosa tradição racionalista tomista medieval assaz influente nas terras francas, tanto que gerou o cartesianismo da modernidade, e desembocou na portentosa torrente intelectual do iluminismo, a qual invadiu toda a Europa numa superabundância de espírito libertário e transmutação sócio-político-econômica.

O positivismo também recebeu influência do empirismo inglês, de Bacon até Hume, recebendo dessa fonte seu apego à constatação empírica dos fenômenos e o posicionamento experimentalista ante os objetos de estudo.

Sociologicamente, o positivismo foi um movimento intelectual formado pela classe burguesa em ascensão, servindo de parâmetro cognitivo oposto ao das classes e elites dominantes até o séc. XIX, sendo utilizado, de logo, para combater o tradicionalismo e o humanismo cristão principalmente o católico.

O fundador do movimento positivista foi Saint-Simon, que era industrial e iluminista; no entanto, foi um discípulo dele, Auguste Comte, foi o grande sistematizador do pensamento positivista, na sua obra 'Sistema de Filosofia Positiva' (1996).

Apregoava este pensador que o fazer filosófico era um misto de experiência e razão, onde o método científico determinaria qual seria o verdadeiro objeto de estudo do conhecimento.

Aceitando tão-somente o método científico como revelador da verdade, na sua esquematização indelével de hipotetização racional após a extração do conteúdo empírico concreto, no chamado raciocínio indutivo, o qual generalizava os conteúdos empíricos da realidade.

Para o positivismo só o que pudesse ser provado através da metodologia expressa da escola teria o valor de conhecimento; a problemática estética, metafísica, moral, enfim, tudo o que não pudesse ser mensurado, quantificado, delineado em termos racionais e lógico-matemáticos, constituiria pseudo-conhecimento, e não consistiriam em objetos de apreensão da Filosofia.

A própria atividade filosófica era passível de questionamento pela ciência e filosofia positivas, pois os conceitos de conhecimento da Filosofia eram considerados pelos positivistas como pseudo-científicos, e assim eles passaram a pregar a substituição da atividade filosófica pela científica. Estas são as palavras de Comte (1996):

o caráter fundamental da filosofia positiva é tomar todos os fenômenos como sujeitos a leis naturais invariáveis, cuja descoberta precisa e cuja redução ao menor número possível constituem o objetivo de todos os nossos esforços(...) Pretendemos somente analisar com exatidão as circunstâncias de sua produção e vinculá-las umas às outras, mediante relações normais de sucessão e de similitude.

O positivismo é, pois, um método e uma vertente do conhecimento que centra sua técnica cognitiva na verificação empírica dos objetos cognitivos e numa rígida concepção do real como sendo direcionado por um esquema compreensivo calcado na verificação científica de dados controláveis objetivamente.

No âmbito jurídico, a ascendência do positivismo foi enorme porquanto o novo espírito científico erigido pelo movimento já se alargara por toda a cultura européia como o correto modo de conhecer.

Nomes como Aubry e Rau na França, criaram sob o impulso do positivismo e do codicismo, aliás incentivados por Napoleão Bonaparte, o ditador burguês, a Escola da Exegese, a qual apregoava a total interpretação e fundamentação do Direito com base no *Code Napoleón* (isto é, no direito positivo).

Na Inglaterra surgiu a Escola Analítica da John Austin, que propugnava por uma hermenêutica jurídica calcada na análise lingüística e na empiricidade dos fatos jurídicos, sendo estes últimos as verdadeiras fontes do Direito em geral, antecipando os ditames do neopositivismo e do kelsenismo no século XX.

Entrando na questão do Direito Anglo-Saxônico, o *Common Law* (Direito Comum) britânico e norte-americano, é um verdadeiro sistema positivista, pois a jurisprudência coligida pelos tribunais é de tamanha força que a doutrina e a própria Axiologia Jurídica ficam muitas vezes inertes frente à tradição de respeito aos julgados que formam a essência do Direito Positivo na estrutura jurídica anglo-saxã; os precedentes judiciais funcionam na prática como os exclusivos modelos do Direito, numa centralização avassaladora que faz olvidar os princípios e valores jurídicos.

Na Alemanha do Século XIX, Bierling, Bergbohm e Merkel construíram a “Teoria Geral do Direito” (*Algemeine Rechtslehre*), calcada nos conceitos dos pandectistas teutônicos e sua ‘Jurisprudência dos conceitos’ (principalmente Windscheid), com o que procuravam substituir a Filosofia do Direito como instrumento hermenêutico da juridicidade através da constatação científica da normatividade que eles julgavam cardeal ao fenômeno jurídico; só teria valor investigativo para o cientista do Direito os conceitos positivos presentes nas normas e oriundos do legislador.

Bierling, além de ser um dos corifeus máximos da *Algemeine Rechtslehre*, formulou, outrossim, a “Teoria do Reconhecimento” (*Anerkennung Rechtslehre*), apregoando que o Direito só teria validade com o reconhecimento social, reavivando dessa forma o contratualismo.

A variabilidade de correntes dentro do positivismo originou as mais diversas concepções jurídicas: o sociologismo (Pound, Summer Maine), que se fundamentou, dentre outras ascendências, nos arrazoados de Émile Durkheim, o qual criou o conceito de “consciência coletiva”, o conjunto de conteúdos psicológicos somados ao longo da historicidade humana; essa entidade psicossocial determinaria

o conteúdo da juridicidade, e formaria os ideais e conceitos do Direito, que seriam mutáveis dentro desse grande esquema sócio-psíquico.

Durkheim formulou uma norma cardeal da juridicidade. Disse Durkheim *apud* Gusmão (1992): “nada fazer que atente contra a solidariedade social em qualquer uma de suas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizá-la, perpetuá-la e desenvolvê-la.”

Outro expoente primaz da vertente positivista, mas que almejou outrossim superá-la, foi Rudolf Ihering, o qual propalava que o Direito seria dominado pela idéia da finalidade na constituição de seu processo normacional e dikelógico. Como bem esclarece Paulino Jacques (1967), o finalismo iheringiano ou socio-teleologismo como ele o chama, possui as seguintes características:

O socioteleologismo é outra manifestação existencialista do Direito, porque considera este mero fato social com finalidade específica de disciplinar o convívio humano. Deita as suas raízes no organicismo da Lamarck, no transformismo de Darwin e no evolucionismo de Spencer sofrendo, também, influxos, ainda que indiretos, do sociologismo de Comte.

O finalismo de Ihering foi importante para que se fundamentasse na juridicidade o posicionamento teleológico, encarando a realidade jurídica como realidade a serviço de fins valorativos e de perseguição de influências sociais na formação do conteúdo do direito.

A variabilidade de correntes dentro do positivismo originou as mais diversas concepções jurídicas, tal como o sociologismo (Pound, Summer Maine), que incluiu os arrazoados de Émile Durkheim, o qual criou o conceito de “consciência coletiva”, o conjunto de conteúdos psicológicos somados ao longo da historicidade humana; essa entidade psicossocial determinaria o conteúdo da juridicidade, e formaria os ideais e conceitos do Direito, que seriam portanto mutáveis dentro desse grande esquema sócio-psíquico. Mesmo assim ele formulou uma norma cardeal da juridicidade. Disse Durkheim citado por Gusmão (1992): “nada fazer que atente contra a solidariedade social em qualquer uma de suas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizá-la, perpetuá-la e desenvolvê-la.”

A portentosa escola sociológica francesa foi igualmente bem representada por François Gény e sua ‘Escola do Direito Livre’ (composta por juristas como Salleilles e Morin), que almejava libertar a atividade jurídica da rigorosidade formal e do positivismo legalista francês, para criar uma novel maneira científica de jurisfação e hermenêutica legal; surgiu assim a “técnica da ciência jurídica”, exposta por Gusmão (1992), que consiste na delimitação do objeto da ciência jurídica como sendo a matéria do Direito (os dados do Direito), e a forma caberia

à técnica jurídica; os dados seriam de quatro espécies: dados reais (condições factuais da comunidade); dados históricos (condições peculiares da comunidade, tais como costumes, tradições etc); dados racionais (compreensão intelectual da juridicidade); dados ideais (intuição do elemento social a ser captado pelo fazer jurídico). A idéia de “interpretação livre” teve conseqüências em diversas épocas e modelos jurídicos, sendo que no Brasil o chamado “Direito Alternativo” é devedor de doutrinas derivadas da “Escola Livre.”

Léon Duguit, outro expoente do sociologismo positivo francês, concebeu a Sociologia Jurídica como interpretação da vontade social direcionada a produzir o conteúdo do jurídico em geral. Não haveria para ele um arcabouço teórico *a priori* do Direito e da Justiça, como querem algumas correntes jusfilosóficas, mas sim uma constante atualização do conteúdo da juridicidade por meio da captação da vontade e do pensamento sociais na feitura das normas jurídicas. Configura-se dessa forma o que Duguit denominou de “Direito Social”, que influenciou o movimento constitucionalista e a configuração dos direitos sociais em diversos países ao longo do Séc. XX, com assaz influência no Brasil.

Outro expoente do positivismo foi Georg Jellinek, que na senda do relativismo jurídico de cunho positivista, desenvolveu uma teoria eclética que abarca elementos sociológicos e normativos da juridicidade. Admitindo elementos volitivos e racionais, bem como individuais e coletivos na formação do Direito e do Estado no universo histórico, Jellinek assevera na sua Teoria do Estado que este pode encarado tanto no aspecto histórico-social como no aspecto ideal (jurídico-axiológico), havendo uma verdadeira oposição entre ambas as acepções. A par dessa inovadora concepção estatal, o referido jurista tinha um entendimento *sui generis* da fundamentação do Direito, como Jellinek *apud* Reale (1998) assevera:

Em última análise, a positividade do Direito funda-se sempre sobre a convicção da sua validade. Sobre este elemento puramente subjetivo baseia-se todo o ordenamento jurídico. Daí se deduz, como necessária conseqüência desta noção, que o Direito é insito em nós, é uma função da comunidade humana e, por conseguinte, deve se apoiar sobre elementos puramente psicológicos.

Para melhor caracterizar-se o positivismo jurídico, o qual teve ampla aceitação no Brasil, principalmente na Escola do Recife, deve-se citar o pensamento de dois grandes positivistas brasileiros, Pedro Lessa (seguindo o positivismo sociológico) e Pontes de Miranda (enveredando pelo positivismo, tendo contudo impregnado seu ideário de conceptualismo e realismo jurídicos, vendo então as proposições jurídicas como elementos intrinsecamente formalísticos erigidos pela força e conveniências políticas). Batalha (1981) transcreve o pensamento de Pedro Lessa :

Ao cientista compete averiguar quais são as condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, dependentes da vontade humana e formar uma teoria da limitação das atividades voluntárias, tendo em atenção essas condições. Ao legislador incumbe indagar quais são os meios de que pode dispor o Estado para assegurar, quanto possível, a realização dessas condições voluntárias.

2.7. Neokantismo

2.7.1. Neokantismo logicista

Rudolf Stammler, grandioso representante da Escola de Marburgo, centro cultural neokantiano onde se desenvolveu uma filosofia logicista, formalista e idealista transcendental, erigiu um sistema concepcional do Direito extremamente formalístico-normativista; sob a influência igualmente poderosa do idealismo subjetivo de Fichte, absorvendo a concepção de juridicidade como acordo formal de vontades (o querer envolvente autônomo formaria o Direito), Stammler imaginou legitimar o Direito a partir desta visão estritamente formalista, compreendendo a justiça como um valor totalmente abstrato e ideal, assaz desligado do cotidiano social e político, bem como das demais valorações.

Stammler, *apud* Reale (1998), define com suas próprias palavras o Direito: ‘todo Direito é um ensaio no sentido de ser justo.’ Em verdade, o sistema de Stammler é um normativismo neokantiano de fundo transcendental, que muito influenciou Kelsen.

O kelsenismo (normativismo), o neopositivismo e outras correntes da Jusfilosofia tratam o fenômeno jurídico seguindo a linha positivista, caracterizando as questões axiológica, sociológica e política como pseudo-problemas ou questionamentos metajurídicos, para aquelas vertentes jusfilosóficas outras ciências é que teriam de tratar dessas inquirições e problemas; à Ciência do Direito caberia tão-somente a análise da normatividade e o conceito de direito, definido como mera “ordem coercitiva” (KELSEN, 1984).

A Escola de Viena (normativista), que adotou o pensamento jurídico-filosófico de Kelsen, e teve como corifeus principais Verdross e Kunz, foi a grande propugnadora do neopositivismo jurídico durante todo o séc. XX, juntamente com a filosofia analítica inglesa.

2.7.2. Neokantismo culturalista

Ao lado da escola positivista e do neokantismo logicista, que vicejaram largamente no Séc. XIX, outra vertente da filosofia jurídica frutificava sua influência

no pensamento Ocidental com mais discrição, porém com não menos força: o neokantismo culturalista.

Surgido na escola neokantiana de Baden, a qual fomentou o estudo dos elementos axiológicos do pensamento kantiano. Teve com seus pensadores centrais Windelband e Rickert.

A partir da teorização kantiana de um conceito *a priori* formal do fenômeno jurídico, conceito pelo qual se seleciona o conteúdo da estrutura jurídica, filósofos como Rickert buscaram a feitura de uma pesquisa gnosiológica do conceito do Direito e do verdadeiro objeto da Ciência do Direito; ao lado dessa preocupação com a análise formal do Direito, os pensadores de Baden enveredaram para a compreensão histórica do fenômeno jurídico, e passaram a compreendê-lo dentro de uma concepção culturalista, i. e., encarando-o como estrutura da Cultura dos povos ao longo da seta histórica.

Sintetizando assim a visão historicista do Direito já desenvolvida precedentemente pelos discípulos de Hegel e Savigny, os filósofos de Baden ergueram o culturalismo jurídico, que se desenvolveu a contento no séc. XX.

A teoria culturalista ou Filosofia da Cultura assomou no século dezoito por obra da escola neohegeliana de pensadores como Kohler. A teoria historicista hegeliana, que pregava que a História, e no âmago dessa a Cultura, era a realidade final na qual o Espírito Absoluto se concretizava, fez com que surgisse uma interpretação da Cultura e da História como realizações prementes da atividade espiritual humana.

A História passou a ser considerada a Ciência mais importante, e a Cultura o campo de incidência básico no qual o Espírito Absoluto, e não mais o espírito subjetivo, concebido pelo cristianismo e pela filosofia de Kant, se manifestaria.

Com o passar do tempo, devido à influência do idealismo kantiano, modificou-se o idealismo absoluto hegeliano para um idealismo subjetivo, relativizando-se a concepção hermenêutica da História, fazendo com que a mesma fosse encarada como construída pelo homem.

Essa mutação no enfoque constitutivo da historicidade, influiu em vários campos culturais, como o Direito; nesse último, Kohler erigiu um amplo construído teórico que privilegiava as manifestações subjetivistas da Ciência Jurídica, enquanto erigida em bases culturais, pois até então, devido à ascendência da Escola da Exegese, enfatizava-se o aspecto objetivo do Direito (legalidade e estatismo).

A crítica de Kohler à metodologia e à concepção estrutural do Direito do legalismo e positivismo reinantes foi de tal profundidade, a ponto dele negar a pretensa objetividade dessas escolas, pois afirmava que uma só palavra do legislador bastaria para fazer ruir todo um suposto sólido edifício de ordenação jurídica positiva; queria ele demonstrar o caráter relativo e frágil e, portanto, impreciso da construção jurídica da legalidade positiva, que então era tratada como perfeita e inabalável.

O culturalismo jurídico retomou a concepção historicista de Savigny, revalorizando os elementos sócio-históricos do ordenamento jurídico, abrindo campo para que se desenvolvessem escolas jurídicas como o neokantismo (Escolas de Baden e Marburgo), neofichtismo, relativismo radbhuchiano, dentre outras.

Assim, é de fundamental relevância o papel do culturalismo jurídico, pois a partir dele é que se organizarão as grandes vertentes da Filosofia Jurídica no Século XX; da sua fonte irão beber o tridimensionalismo realeano, o normativismo kelseniano, o egologismo cossiano etc.

Max Ernst Mayer, que foi um de seus primordiais expoentes, pois sua filosofia versava sobre a questão dos valores jurídicos a partir da visão culturalista, asseverou que os valores no âmbito cultural são condicionados por várias contingências de lugar e tempo. Como os valores são historicamente variáveis, não há possibilidade de se conhecer o que seria o valor “correto” do justo, todo valor jurídico depende também de apreciações subjetivas ou, por outro lado, a concretização do valor requer uma decisão pessoal em sua efetivação, sendo do cerne de todo valor ser culturalmente condicionado.

Mayer com suas importantes teorizações deixou entretanto uma dúvida pairando no seu sistema, porquanto não esclareceu se seu pensamento era historicista ou metafísico em sua compreensão ao mesmo tempo objetiva e subjetiva do valor, como se vê nessa passagem citada por Reale (1998): “A verdade de uma idéia (ou de uma teoria) consiste em sua coincidência com as leis do pensamento e com a matéria a que se refere. Em compensação, a retidão de um pensamento (ou de uma teoria) consiste no fato de ser comprovada na ordem de matéria, ou seja, na obtenção de resultados satisfatórios.”

Já Emil Lask tem um ideário mais claro; entendendo, assim como Rickert, que a cultura tem uma função intermediária entre o mundo natural e o mundo ideal, ele chama o processo de construção da cultura de categoria cognitiva e existencial concretizadora de valores e, ao mesmo tempo, constitutiva do conhecimento em geral; partindo daqui ele desenvolverá seu pensamento relativista, pois ao analisar esse caráter separado da cultura e do ideal, julga impossível a compreensão do

Direito com fulcro na compreensão prévia na Cultura, não só como realizadora de valores, mas como interpretadora de possibilidades cognoscitivas.

O pensamento de Lask foi o maior influenciador de Gustav Radbruch, um dos fundadores do relativismo jurídico, concebendo os valores como sendo originados da cultura e da aceção individualística subjetiva do ser humano, daí porque ser considerado céptico e relativista. O Direito, para Radbruch, teria três idéias formalísticas *a priori*, mas condicionadas culturalmente: a justiça, o fim e a segurança.

Uma teoria fundamental da modernidade jusfilosófica, também na linha culturalista do Direito, é a teoria tridimensional do Direito, do paulistano Miguel Reale, que consiste resumidamente em asseverar o caráter triádico concreto do fenômeno jurídico, o qual é visto como integrante da Cultura, e constituído por um lado factual, um normativo e um axiológico, que estão em dialético *processus* interativo.

O processo dialético que rege o Direito seria como uma relação entre os elementos da norma, do fato e do valor, sendo uma tal relação de natureza dialética porque calcada na tensão “implicação-polaridade” existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo, como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais de lugar e de tempo.

Abstraindo agora do kantismo culturalista, tem-se aquela vertente mais racionalista do neokantismo, que apregoa, principalmente com Giorgio Del Vecchio, uma orientação equidistante das escolas dominantes do pensamento neokantiano, pois para o jurista itálico o *phaenomenon juridicus* é moldado na idéia fixa do puro conceito de Direito, um conceito apriorístico e não empírico que determinaria o que seria o conteúdo do fenômeno jurídico. Esse conceito faria parte da própria essência humana como atributo do “eu puro” racionalmente encontrado porque aí sempre presente.

Aqui se nota a ascendência do idealismo subjetivo de Fichte sobre o pensar de Del Vecchio, por causa da formação intra-subjetiva do real e a posterior propagação do “eu puro” no mundo; a complexidade do pensamento delvecchiano mostra-se aqui em sua plenitude, porquanto ele buscou asseverar que o espírito abstrairia internamente os conceitos que formariam o Direito e só depois concretizariam a realidade dos fenômenos.

Destarte, para ele, os conceitos e idéias fundantes do Direito estariam na abstratividade racional interna do homem. Os atos empíricos e práticos do agir jurídico exigiriam assim um constante refluxo para o espírito como fonte basilar

do mundo do Direito. Del Vecchio, citado por Reale (1998), prega os postulados do agir ético-jurídico:

Age não como meio ou veículo das forças da Natureza, mas como ser autônomo, com qualidades de princípio e de fim; não como impelido ou arrastado pela ordem dos motivos, mas como dominador deles; não como pertencente ao mundo sensível, mas como indivíduo empírico (*homo phaenomenon*), determinado por paixões e afetos físicos, mas como eu racional (*homo noumenon*) independente delas; age, enfim, na condição da pura espontaneidade de tuas determinações, do absoluto e universal do teu ser, e, portanto (pois outra isto não quer dizer) de tua identidade com o ser de todo outro sujeito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se pensar o direito axiologicamente é uma dificuldade de caráter da formação filosófica do ideário jurídico, cumpre cada vez mais buscar sanar essa lacuna na estrutura do pensamento jurídico, mormente no Brasil, tão carente de um aprofundamento teórico em suas estruturas de jusfilosofia.

Se a concreção de novos valores para o direito depende de uma visão crítica do sistema jurídico, isso implica na tratativa diferenciada em relação ao sistema de formação do processo político (tanto formal-representativo como material-participativo), pois a liberdade de construção e de debate no âmbito das diversas tendências e correntes políticas é que possibilitará a reconstrução de valores sociais, políticos e jurídicos em sua legítima expressão de existência.

Se o direito deixar-se dominar por valorações estáticas e fundamentadas em naturezas estanques (metafísicas ou formalistas), se ele socorrer-se somente da singularidade de sua natureza normativa e de coercibilidade, esquecendo o diálogo com as forças sociais vivas em constante formação, somente terá a pensar os limites de sua ação em função de uma visão conservadora e de limitada interpretação do texto normativo, assim, observa-se que as correntes positivistas e normativistas, realistas, em geral procedem uma abordagem anti-axiológica do fenômeno jurídico.

Ou se encara a decisão política fundamental de uma participação e democratização das estruturas de poder em função de valores democráticos de fiscalização, processualidade discursiva na formação de direitos fundamentais e construção de uma visão participativa de espaço público (LEAL, 2002), como valores formais universais de toda democracia, ou não se transmutarão as estruturas de ordem alienantes e alienadas da efetiva tutela dos conflitos sociais.

A crítica aos valores implica na reconstrução de valores. Em geral as correntes de pensamento tem feito até agora se deter no momento da cognição

(conhecimento) de valores, tal qual o neokantismo e o culturalismo, ou ficar presas ao momento da aplicação abstrata-formal de valores jurídicos (neopositivismo analítico, realismo sociológico), ou então, não dão respostas nem cognitivas nem aplicativas para o problema da efetivação dos valores pelo direito tendo em vista um postura crítica da ideologia que preside a normatividade (positivismo kelseniano, empirismo jurídicos) ou dão respostas essencialistas ou metafísicas (fenomenologia e hegelismo).

Daí o desafio de se reconstruir o espaço público de uma re-colocação pragmática e discursiva do fenômeno jurídico que deve dialogar inter-disciplinarmente com a humanidades e as ciências sociais a fim de recolocar as bases gnoseológicas dos valores, entendidos como símbolos-força de idéias estimadas pela sociedade (RESWEBER, 2000), sendo que esta somente pode propor legitimamente valores em um constante processualização democrática das texturas lingüísticas que informam o conteúdo dos mesmos – um paradigma de transformação democrática dos valores é, pois, a teoria neoinstitucionalista do processo (LEAL, 2002) que preconiza a formação discursivo-democrática dos valores e a fiscalização da sociedade sobre as instituições jurídicas que os concretizam.

4. REFERÊNCIAS

- BATALHA, Wilson Campos. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CABRAL DE MONCADA, Luís. Prefácio IN: RADBRUCH, GUSTAV. *Filosofia do Direito*. Trad. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1974.
- COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*. Trad. José Arthur Gianotti in Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1996.
- DURANT, Will. *A História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- GOMES CANOTILHO, Joaquim José. *Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2004.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.
- HEGEL, Georg Friderich Wilhelm. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- JACQUES, Paulino. *Introdução à Ciência do Direito*. Forense: Rio de Janeiro, 1967.

- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1999.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. São Paulo: 2002.
- LIRA FILHO, Roberto. *O que é Direito ?* São Paulo: Brasiliense, 1982.
- MIALLE, Michel. *Uma Introdução Crítica ao Direito*. Trad. Ana Prata. Lisboa: Moraes Editores, 1982.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. Fortaleza: Fortlivros, 1999.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RESWEBER, Jean-Paul. *A Filosofia dos Valores*. Lisboa: Almedina, 2000.
- SCHELER, Max. *Da Reviravolta dos Valores*. Trad. Marco Antônio dos Santos Casa Nova. Petrópolis: Vozes, 1994.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna*. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

XIII

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Robson Renault Godinho

Promotor de Justiça/RJ. Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil-PUC/SP.

RESUMO: O ensaio trata da tutela jurisdicional efetiva numa perspectiva constitucional, com exame das regras sobre ônus da prova no processo civil e se propõe a demonstrar a necessidade de uma nova mentalidade inspirada na tutela dos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental a uma tutela Jurisdicional efetiva – Ônus da prova

RIASSUNTO: Il saggio tratta della tutela giurisdizionale effettiva in una prospettiva costituzionale, con esami delle regole sull'onere della prova nel processo civile e se propone a dimostrare la necessità di una nuova mentalità ispirata alla tutela dei diritti.

PAROLE CHIAVI: Diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva – Onere della prova.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Ônus da prova: generalidades – 3. A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça – 4. A inversão judicial genérica do ônus da prova – 5. A teoria dinâmica do ônus da prova – 6. Considerações finais – 7. *Riassunto* – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estudo de temas processuais em uma perspectiva constitucional¹, embora não seja propriamente uma novidade², ainda não é realizado com a frequência

1. Fala-se em Direito Processual Constitucional (jurisdição constitucional) e Direito Constitucional Processual (princípios processuais na Constituição). Amplamente, com outras indicações bibliográficas: DANTAS, Ivo. *Constituição e Processo: introdução ao Direito Processual Constitucional*. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2003, pp. 107/135).
2. Alguns exemplos dessa abordagem, apenas a título de ilustração: TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie Costituzionali del Processo Civile*. Milano: Giuffrè, 1973. COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell'Azione e il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970, e, entre outros, *Etica e Tecnica del Giusto Processo*. Giappichelli, 2004. MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso*. Buenos Aires: Platense, 1998. PORTO, Sergio Gilberto (org). *As Garantias do Cidadão no Processo Civil: relações entre Constituição e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias Constitucionais do Processo Civil*.

necessária, o que faz com que alguns institutos tenham sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos, por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais.

Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais³.

São Paulo: RT, 1999. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil*: São Paulo: RT, 2003. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição*. São Paulo: RT, 8ª ed, 2004. TUCCI, José Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS, 2005. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: o modelo constitucional do Processo Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2007. BUENO, Cassio Scarpinella. O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. *Revista de Processo*, nº 161. São Paulo: RT, julho de 2008. MIRANDA, Jorge. Constituição e Processo Civil. *Revista de Processo* nº 98. RT, abril/junho de 2000. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, disponível em www.mundojuridico.adv.br, acesso em 01/08/06, e Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista de Processo* nº 155, RT, janeiro de 2008. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004, e *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006, além de vários artigos disponíveis em seu sítio pessoal: www.professormarinoni.com.br. Registre-se, ainda, que moderna obra sistemática sobre o processo civil é inaugurada exatamente com estudo sobre a relação entre o processo e os direitos fundamentais: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2006. Ressalte-se, ainda, a constante preocupação de BARBOSA MOREIRA com as repercussões das normas constitucionais no estudo do processo, cujo reconhecimento se traduziu em oportuna homenagem coordenada por Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, que recebeu significativo título: *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. Lembre-se que EDUARDO COUTURE, ainda na primeira metade do século anterior, dedicou ao estudo da relação entre a Constituição e o Processo o primeiro volume de seus *Estudios de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Depalma, 3ª ed, 2003). No Brasil, mencionem-se ainda os nomes de JOSÉ FREDERICO MARQUES E ADA PELLEGRINI GRINOVER. Também CAPPELLETTI, CALAMANDREI e FIX-ZAMUDIO possuem importância histórica no estudo entre a Constituição e Processo (cf., MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al Derecho Procesal Constitucional. *Revista de Processo* nº 111, RT, julho/setembro de 2003. Nesse estudo, além do exame dos trabalhos de Fix-Zamudio, há interessantes notícias sobre os trabalhos de Couture e Calamandrei). Por fim, registre o fundamental trabalho do Instituto Brasileiro de Direito Processual e das revistas especializadas no esforço para uma leitura constitucional do Direito Processual.

3. “Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos Fundamentais, disponível em www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216, acesso em 01/08/06).

O objeto desse trabalho limita-se exatamente à análise de um dos institutos que, por não ser examinado constitucionalmente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal⁴, mostra-se inadequado em sua função de garantir a tutela de direitos: o ônus da prova.

Com efeito, se em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos⁵ afirmados pelas partes perante o judiciário, a produção de provas⁶ assume particular importância no resultado do

4. “Direito constitucional e processual civil. Recurso extraordinário. Procuração a Defensor Público: inexigibilidade. Alegação de ofensa ao art. 37, § 6, da C.F.: tema não prequestionado (súmulas 282 e 356). 1. Tem razão o agravante quando sustenta a inexigibilidade de procuração a Defensor Público. 2. Não, porém, quando insiste na subida do Recurso Extraordinário, em face dos termos do acórdão extraordinariamente recorrido. 3. É que o aresto reconheceu a culpa “in vigilando” do Município, ora recorrente, com base em circunstâncias de fato, que não podem ser reexaminadas por esta Corte, em Recurso Extraordinário (Súmula 279). 4. E, quanto à inversão do ônus da prova, focalizou questão processual, que somente poderia ser revista, em Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, da C.F.). Este, porém, manteve o não seguimento de tal Recurso, com trânsito em julgado, ficando preclusa tal questão. 5. Não pode, ademais, ser examinada a alegada violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, seja porque os arestos da Apelação e dos Embargos Declaratórios não os focalizaram (Súmulas 282 e 356), seja porque se valeram de fundamentos estranhos à norma constitucional em questão (Súmula 283). 6. E é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em Recurso Extraordinário, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 7. Agravo improvido”. (AI-AgR 223022/RJ, Relator Min. Sydney Sanches, DJ 24-11-2000, p. 00091). Na Espanha e na Argentina, por exemplo, a análise da distribuição do ônus da prova pelos respectivos Tribunais Constitucionais trouxe evidentes progressos na compreensão do tema (cf. AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005, pp. 121 e seguintes. PEYRANO, Jorge W. (dir.). WHITE, Inês Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, *passim*).
5. Mesmo nos processos em que se discute apenas matéria de direito, há questões fáticas subjacentes, existindo verdadeira comunicação entre norma e fato. No controle abstrato de normas, por exemplo, existe espaço para instrução probatória, como resulta claro do exame dos artigos 6º, 7º, § 2º, 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei 9868/99. Sobre a figura do *amicus curiae*, especialmente no controle abstrato de normas, inclusive sobre sua contribuição para a instrução do processo, é fundamental a leitura do trabalho de Cássio Scarpinella Bueno, com o qual conquistou a Livre-Docência na PUC/SP: *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: 2006, *passim*.
6. “A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio” (BARBOSA MOREIRA. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 36, julho/agosto de 2005, p. 12), o que, adiantamos desde já, está longe de significar que sirva para a busca da “verdade” no processo, por absoluta impossibilidade lógica (cf. MAIA, Gretha Leite. O papel da lógica jurídica na teoria das provas. *A Expansão do Direito: estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Alcoforado (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004). Para Michele Taruffo, apesar das dificuldades que cercam a determinação da verdade dos fatos, a justiça da decisão judicial passa necessariamente pela busca da verdade no processo, que é denominada de verdade relativa e deve ser buscada dentro de um contexto processual específico (La prova dei fatti giuridici. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni (coord.). Milão: Giuffrè, 1992, pp. 143 e ss. vol. III, t. 2, sez. 1), já que “a prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a parti

processo e, conseqüentemente, na concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que é o meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão.

Dessa forma, se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional⁷.

Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a conseqüência inevitável se lhe ser negada a tutela de direitos.

Em suma, as regras de distribuição do ônus da prova podem fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça.

Para o desenvolvimento de nosso estudo, é fundamental fixar a seguinte premissa: a distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, uma questão constitucional⁸. Em diversas situações, estaremos diante de casos difíceis⁹, como as lesões pré-natais¹⁰, questões inerentes a atividades de risco¹¹, que envolvam direitos fundamentais, direitos transindividuais, entre outros, para os quais as regras or-

da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos”, sendo que “o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão” (entrevista publicada na tradução espanhola de sua obra antes citada: *La Prueba de los Hechos* (trad., Jordi Ferrer Beltrán. Madri: Trotta, 2002, p. 525).

7. Como corretamente disse Eduardo Couture, a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa (Ob. cit., p. 48).
8. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.
9. MORELLO, Augusto M. *Dificultades de la Prueba en Procesos Complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Na teoria da argumentação, fala-se ainda em “casos trágicos”, em que “*não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema*” ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Perelman, Toulmin, MacCormik, Alexy e outros. Maria Cristina Guimarães Cupertino (trad.). São Paulo: Landy, 2000, p. 335.
10. WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento judicial*. Tomás Banzhaf (trad.). Bogotá: Temis, 1985, pp. 242/243.
11. AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005, pp. 127/128.

todoxas de distribuição do ônus da prova são insuficientes e, se aplicadas, levarão a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de acesso à justiça.

2. ÔNUS DA PROVA: GENERALIDADES

O ônus da prova¹², cujo estudo foi considerado a coluna vertebral do processo civil¹³, possui como idéia básica, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício¹⁴, servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes.

As regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória.

12. Em clássica passagem, James Goldschmidt considerou ônus como sendo um “*imperativo do interesse próprio*”, transmitindo uma idéia relacionada a situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade (*Derecho Procesal Civil*. Leonardo Prieto Castro (trad.). Barcelona: Labor, 1936, p. 203). Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002. SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002 (um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Pedro Ferreira Múrias: *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000). MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004. RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil. *Revista Jurídica n° 343*. Porto Alegre: Notadez, maio de 2006. Embora não o tenhamos consultado diretamente, deve ser mencionado o estudo clássico de Soares de Faria, por sua importância no desenvolvimento do tema no país: *Principais Teorias Relativas ao Onus Probandi*. São Paulo: RT, 1936.
13. ROSENBERG. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Angela Romera Vera (trad.). Tomo II. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 228.
14. Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZÁID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 64/66). O aspecto “motivacional” é mencionado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 72. Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova podem ser encontradas em PACÍFICO e BADARÓ, em suas obras citadas na nota acima (pp. 139/152 e pp. 185/190, respectivamente).

Diversos fatores, como as presunções legais¹⁵ e o comportamento das partes¹⁶, podem influir no encargo de produção da prova, mas, ainda assim, pode-se chegar ao final do processo sem que os fatos relevantes estejam esclarecidos.

Mesmo com a utilização dos amplos poderes instrutórios do juiz¹⁷, pode persistir uma incerteza fática que exija a utilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de direito¹⁸, as regras sobre o ônus probatório são uma consequência da insuficiência ou ausência das provas para a resolução de determinado processo, decorrendo, assim, de um quadro de incerteza fática. Ou seja: o ônus da prova se planta no terreno da dúvida¹⁹.

A persistência de um insuficiente material probatório, portanto, compele o juiz a lançar mão das normas sobre distribuição do ônus da prova, espécie de *ultima ratio* que lhe permite sair de uma situação embaraçosa, constituindo verdadeira tábua de salvação²⁰.

O descumprimento do ônus da prova não implica julgamento desfavorável - assim como seu cumprimento não significa necessariamente o acolhimento da

15. Cf. BARBOSA MOREIRA. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 36, julho/agosto de 2005. ARENHART, ob. cit., pp. 47/48. Sobre o tema, especificamente relacionado às ações de paternidade, vale mencionar interessante obra coletiva coordenada por Fredie Didier Jr. e Rodrigo Mazzei: *Prova, Exame Médico e Presunção - O art. 232 do Código Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2006.
16. Cf. BARBOSA MOREIRA. *La negativa de la parte a someterse a una pericia médica (según el nuevo Código Civil brasileño)*. *Revista de Processo*, nº 113, RT, janeiro/fevereiro de 2004.
17. Sobre os poderes instrutórios do juiz, vale conferir os textos de Barbosa Moreira incluídos na já citada quarta série de seus Temas: O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos; Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo; Sobre a “participação” do juiz no processo civil. Mais recentemente, do mesmo autor: O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, nº5, agosto de 2003. Confirmam-se, ainda: BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001. Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss. Para o debate da questão no processo penal: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003. Alguma notícia do tema no direito comparado em: LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). *Los Poderes del Juez Civil em Materia Probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003. LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2005. No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados o REsp 17591/SP e o REsp 151924/PR.
18. ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Angela Romera Vera (trad.). Tomo II. Buenos Aires: EJE, 1955, p. 221.
19. Cf. BADARÓ. Ob. cit. pp. 27/28.
20. BARBOSA MOREIRA. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 79/80.

pretensão -, já que a prova suficiente pode ser trazida pelo processo pela outra parte, pelo próprio juiz ou pelo Ministério Público, mas pode significar o aumento do risco de uma decisão desfavorável, razão pela qual as partes devem estar cientes das regras de distribuição²¹.

A idéia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, chegando Rosenberg a elaborar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual²².

É essa, basicamente, a doutrina inspiradora do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, em que são fixadas as regras gerais sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto²³.

Como veremos nos itens seguintes, esse regramento é insuficiente e não atende às especificidades dos casos concretos e do direito material, tratando estática e uniformemente situações diferenciadas.

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO UMA QUESTÃO CONSTITUCIONAL: PROVA E ACESSO À JUSTIÇA

A relevância das regras sobre o ônus da prova na concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho a propor o deslocamento do direito à prova “*do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional*”²⁴, identificando uma carência de estudos nessa perspectiva²⁵.

Realmente, à garantia constitucional da tutela de um direito afirmado em juízo segue-se a possibilidade efetiva de sua apreciação pelo judiciário²⁶. O direito de ação compreende a oportunidade de o autor influir no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro

21. MARINONI. *Teoria Geral...cit.*, p. 328.

22. *Tratado...cit.*, p. 222.

23. Na linha, aliás, do pensamento de Rosenberg (*Tratado...cit.*, p. 227).

24. CANOTILHO. O ônus...cit., p. 170. Cf., ainda, SOARES, Fábio Costa. *Acesso do Consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, *passim*.

25. “*Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso deficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova*” (CANOTILHO. O ônus...cit., p. 169).

26. Cf. MARINONI. *Teoria Geral...cit.*, p. 215.

direito à prova²⁷, considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo²⁸.

Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla restrição da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental.

Em suma, “a violação do direito á prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça”²⁹, restringindo-se indevidamente o exercício de um direito fundamental³⁰, não sendo ocioso lembrar que deve ser garantida à parte o direito de participar do processo influenciando seu resultado³¹.

4. A INVERSÃO JUDICIAL GENÉRICA DO ÔNUS DA PROVA

A inversão ou modificação³² do ônus da prova à luz das circunstâncias do caso concreto é prevista basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor e

27. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997. CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. 2001.

28. DINAMARCO, p. 47. Na certa lição de Luiz Guilherme Marinoni, “o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa -, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade” (*Teoria Geral...cit.*, p. 310).

29. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 943.

30. O tema das restrições aos direitos fundamentais é vasto e possui alta complexidade, não cabendo ser analisado nesse espaço, razão pela qual nos remetemos a trabalhos sobre o tema, onde se encontrarão outras referências: ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001. NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

31. “A participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental” (OLIVEIRA. *O Processo Civil...cit.*).

32. Sérgio Cruz Arenhart, no trabalho citado na nota 12, sustenta a preferência pela expressão “modificação do ônus da prova”, por não se tratar de verdadeira “inversão”. Embora suas objeções sejam razoáveis, manteremos a denominação tradicionalmente utilizada na bibliografia pátria.

enseja diversas controvérsias³³, sendo relevante para nosso estudo tratar apenas da finalidade do dispositivo e de algumas repercussões de sua aplicação.

Essa previsão rompe com a idéia de que bastam regras estáticas e abstratas para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, havendo necessidade de se examinarem as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança da alegação, seja em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe de sua situação econômica.³⁴

O momento da inversão do ônus da prova depende do convencimento³⁵ do juiz e, normalmente, entende-se que somente ocorre quando da prolação da sentença³⁶, embora essa postura seja de difícil compatibilidade com o devido processo legal.

33. Interessante exame de vários problemas relacionados com o tema, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, pode ser encontrado em: CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *RT*, nº 807, janeiro de 2003. Também vale conferir a exposição panorâmica feita por André Bonelli Rebouças: *Questões sobre o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
34. Cf. WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Cândido Rangel Dinamarco entende que, se o Ministério Público for o autor de uma ação envolvendo relação de consumo, não haverá inversão do ônus da prova por não haver hipossuficiência (ob. cit., p. 80). Não concordamos com essa posição por ao menos dois motivos: 1) a inversão pode ocorrer também em razão da verossimilhança das alegações (embora não seja esta uma autêntica hipótese de inversão, mas assim é considerada pela lei) e não só da hipossuficiência; 2) a hipossuficiência não é só econômica, podendo haver hipóteses em que, por exemplo, questões técnicas exijam a inversão para a efetiva tutela dos direitos. Nesse sentido: SOARES. Ob. cit., pp. 241 e seguintes. Sobre a hipossuficiência técnica como fundamento para inversão do ônus da prova, confira-se este julgado: “*Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. - O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil, ou quando constatada a sua hipossuficiência. - Na hipótese, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. - Diante da necessidade de permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir a pretensão indenizatória do consumidor, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que oportunamente seja prolatada uma nova sentença. Recurso especial provido para determinar a inversão do ônus da prova na espécie” (REsp 915599/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 05/09/2008).*
35. “*Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou inverter o ônus probatório na sentença ou mesmo invertê-lo na audiência preliminar*”. MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em www.professormarinoni.com.br/admin/users/30.pdf, acessado em 30/06/2006.
36. WATANABE. Ob. cit., p. 796. Entretanto, vem tendo boa acolhida a idéia de que as partes devem ser comunicadas da inversão do ônus da prova, em respeito ao princípio do contraditório, evitando surpresas aos litigantes. Boa análise do tema por Carlos Roberto Barbosa Moreira: Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, nº 86, RT, abril/junho de 1997, pp. 305/308.

Mais complexa é a análise do campo de aplicação da possibilidade de inversão do ônus da prova.

Com efeito, havendo basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor uma regra que permita a inversão judicial do ônus da prova, uma análise superficial do tema levaria à conclusão de que se trata de possibilidade confinada às relações de consumo, não se aplicando em nenhuma outra hipótese, já que toda exceção deve ser interpretada restritivamente.

Entretanto, em uma leitura constitucional do tema, pensamos que a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo³⁷. Raciocinar de maneira diversa seria o mesmo que reconhecer que somente as relações de consumo merecem tratamento diferenciado, o que é um lamentável desvio de perspectiva³⁸.

Dinamarco entende que a efetiva inversão do ônus da prova é realizada no momento da decisão, mas o juiz deve advertir as partes sobre seus ônus probatório e sobre a possibilidade de inversão, como decorrência do disposto no art. 331, parágrafo 2º do Código de Processo Civil (ob. cit., pp. 81/82). Aproximadamente no mesmo sentido, entendendo que essa advertência se trata de “*boa política judiciária*”: WATANABE. Ob. cit., p. 797. O Superior Tribunal de Justiça dá sinais de que sufragará o entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento: “*Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.*” - Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. *Recurso especial não conhecido* (REsp 422778/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 27/08/2007 p. 220). “*Recurso especial. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Regra de julgamento.* - A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento. - Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal” (REsp 949.000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008).

37. MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da AJURIS* nº 90. Porto Alegre: AJURIS, junho de 2003.

38. Recente reforma legislativa também privilegiou somente as relações de consumo, ao permitir que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, possa ser declarada de ofício pelo juiz (parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil). Correta a abordagem de Daniel Amorim Assumpção Neves: “*é absolutamente defensável a tese de que a hipossuficiência do consumidor que fundamentaria esse cuidado maior do juiz no caso concreto também possa ser verificado em outras hipóteses, alheias às relações de consumo, como ocorre, por exemplo, com o incapaz ou com a mulher casada. É inegável que a distribuição de petição inicial em foro muito distante do competente, com o intuito de prejudicar o exercício da ampla defesa por parte do réu, também poderá ocorrer em situações alheias às relações de consumo. Se o propósito da nova norma legal é evitar abusos do autos nas hipóteses em que a escolha do foro prejudica o efetivo direito de defesa do réu hipossuficiente, outras situações, além das relações de consumo, devem*

Como bem observa Luiz Guilherme Marinoni,

há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. Caso contrário teríamos que raciocinar com uma das seguintes hipóteses: i) ou admitiríamos que apenas as relações de consumo podem abrir margem ao tratamento diferenciado do ônus da prova; ii) ou teríamos que aceitar que outras situações de direito substancial, ainda que tão características quanto as pertinentes às relações de consumo, não admitem tal tratamento diferenciado apenas porque o juiz não está autorizado pela lei.³⁹

Na realidade, a inversão do ônus da prova deve ser estendida a todas as situações em que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa⁴⁰.

Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar jurisdição, já que “*tratando-se de matéria de fato, de nada adianta alegar sem convencer o julgador*”.⁴¹

Contra a extensão genérica da inversão do ônus da prova, objetiva-se com a exigência de necessidade de lei⁴², sob pena de “*grave violação*” do devido

também ser contempladas” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. RAMOS Glauco Gumerato. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 414).

39. Formação da convicção...cit.

40. GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, nº 128, RT, outubro de 2005, p. 48. Ainda, do mesmo autor: A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, p. 369.

41. Cf. MARINONI. Prova e simulação. Disponível em www.professormarinoni.com.br/admin/users/02.pdf, acessado em 30/06/06. Também favorável à extensão da regra da inversão: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A Inversão do Ônus da Prova como Garantia Constitucional do Devido Processo Legal*. São Paulo: RT, 2002, pp. 96/105.

42. O Superior Tribunal de Justiça faz uma interessante distinção para efeitos de distribuição de ônus da prova, sem respaldo legal evidente, mas sim fático: “*Embargos de divergência em Recurso Especial. Justiça gratuita. Concessão do benefício. Pessoa jurídica. Alegação de situação econômica-financeira precária. Necessidade de comprovação mediante apresentação de documentos. Inversão do onus probandi. I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto à exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em “estado de perplexidade”; b) já a pessoa jurídica, requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado. II- Com relação às pessoas jurídicas com*

processo legal⁴³. Entretanto, a inversão do ônus da prova também integra o devido processo legal, especialmente nas hipóteses em que a distribuição formal do encargo impossibilitar o acesso efetivo à justiça. Trata-se de situação em que deve haver ponderação de interesses, em juízo de proporcionalidade⁴⁴, e, desde que se dê ciência às partes, parece-nos que se deva prestigiar a tutela dos direitos. O próprio direito à prova decorre do devido processo legal, já que as partes possuem o direito de participar do processo *provando*⁴⁵.

Em síntese, como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.

5. A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada “teoria dinâmica do ônus da prova”⁴⁶. Essa teoria foi batizada com essa denominação pelo

fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o onus probandi é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos retratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembléia, ou subscritos pelos Diretores, etc. IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais. V- Embargos de divergência rejeitados.” (EREsp 388.045/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJ 22.09.2003 p. 252).

43. LEONARDO. Ob. cit., p. 222. Para Rui Manuel de Freitas Rangel, “a maior ou menor dificuldade de produção da prova não deve, por si só, justificar a inversão do ônus da prova, sob pena de se desvirtuar a natureza e a essência da prova e poder descaracterizar o papel do julgador, o que é prejudicial para a certeza e a segurança do direito” (ob. cit., p. 192). Como já anotado, Rosenberg era peremptoriamente contrário à distribuição concreta do ônus da prova, por violar a segurança jurídica (*La Carga...cit.*, pp. 84/85).
44. Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
45. Cf. CAMBI. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 38.
46. Até onde pudemos verificar, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos: SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001. KFOURINETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002, pp. 137/146. CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005. CAMBI, Eduardo. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, pp. 340/346. KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo*

processualista argentino Jorge W. Peyrano, mas não revela uma idéia absolutamente original⁴⁷, nem mesmo uma vinculação com essa nomenclatura, embora possa se dizer que possivelmente a idéia subjacente a essa teoria será mesmo conhecida como distribuição “dinâmica” do ônus da prova.

A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la⁴⁸.

Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Trata-se de uma teoria excepcional e residual⁴⁹, que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência⁵⁰ dos sujeitos envolvidos.

Civil, vol. 1. 6ª ed. Salvador: JusPodivum, 2006, pp. 519/522. SOARES, Fábio Costa. Ob. cit., pp. 176/182. Sérgio Cruz Arenhart menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação “modificação necessária” do regime do ônus da prova (ob. cit., pp. 52/57). Ada Pellegrini Grinover noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, “a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova” (Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Edis Milaré (coord). São Paulo: RT, 2005, p. 14). Jurandir Sebastião demonstra a importância do papel do Advogado na instrução do processo e a compatibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova: “A Responsabilidade civil do advogado e o ônus da prova”, publicado na *Revista Jurídica UNIJUS*, nº 13. Uberaba: Universidade de Uberaba/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, novembro/2007, pp. 13/40. Confira-se também o trabalho de AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. “A aplicabilidade da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no processo civil”, *Revista Jurídica UNIJUS*, nº 14. Uberaba: Universidade de Uberaba/Ministério Público do Estado de Minas Gerais, maio/2008, pp. 15/30.

47. Alexandre Câmara vê sua origem remota na obra de Bentham (ob. cit., p. 13), no que é acompanhado por Maximiliano García Grande (*Las Cargas Probatorias Dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005, p. 45). Inês Lépori White menciona que em 1957 a Corte Suprema da Argentina já havia decidido com base em critérios “dinâmicos” (*Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 71) e Maximiliano García Grande cita como precedente mais remoto um julgado de 1933 (ob. cit., p. 47). Entretanto, não podemos deixar de reconhecer a importância da formulação e da divulgação das idéias que decorrerão dessa formulação doutrinária para o incremento do debate sobre a distribuição do ônus da prova. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, produziu-se uma recente e importante obra coletiva que bem releva a aceitação da teoria: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Jorge W. Peyrano (dir.). Inês Lépori White (coord.). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande.
48. É interessante que, para saber quem está em melhores condições de produzir a prova, pode haver necessidade de instrução (BARBERIO, Sergio. *Cargas probatorias dinamicas: que debe proba rel que no puede probar? Cargas...cit.*, p. 102).
49. PEYRANO, Jorge. La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquina de impedir en materia jurídica. *Cargas...cit.*, p. 87.
50. Entendendo que a inversão só deve ocorrer na sentença, sem que se possa falar em surpresa às partes: WHITE. Ob. cit., p. 73.

DALL'AGNOL JUNIOR, em interessante síntese, por essa teoria

há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. [...] Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a “ natureza ” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.⁵¹

Na jurisprudência brasileira já se encontram exemplos da aplicação dessa teoria⁵² e pode-se dizer que a idéia é semelhante ao que se denomina de princípio da aptidão para a prova⁵³. Na Espanha, já se decidiu que não se pode exigir de uma das partes uma prova impossível ou diabólica, nem se podem adotar regras de distribuição do ônus da prova que produzam situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes⁵⁴, sendo que o artigo 217.6 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê regras complementares ao princípio geral de distribuição do ônus da prova, levando em consideração a facilidade e a disponibilidade da produção da prova⁵⁵.

Embora admita a adoção dessa teoria no direito brasileiro, Danilo Knijnik aponta que devem ser impostos alguns limites, como a rigorosa análise sobre

51. DALL'AGNOL JUNIOR, ob. cit., p. 98.

52. Cf. DALL'AGNOL JUNIOR, ob. cit., pp. 100/106. Na Argentina a aplicação jurisprudencial é farta, inclusive pela Suprema Corte (cf. *Cargas...cit., passim*).

53. MACHADO JR., César. *O Ônus da Prova no Processo do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 145. No processo do trabalho, aliás, a interpretação sobre a distribuição do ônus da prova é peculiar. Entendendo haver “colisão frontal” entre o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, Manoel Antonio Teixeira Filho considera que na interpretação desse artigo específico está o fundamento para justificar a inversão do ônus da prova em prol do trabalhador, em virtude da desigualdade material existente entre as partes. Segundo esse autor, o artigo 333 do Código de Processo Civil é uma “presença incômoda” que deve ser proscrita do processo do trabalho, representando uma abstração da realidade prática (*A Prova no Processo do Trabalho*. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2003, pp. 120/126). Para César Machado JR., embora não haja substancial diferença entre os mencionados diplomas legais, entende que o regramento é insuficiente para resolver a questão da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, parecendo-lhe que, face a finalidade protetiva do direito do trabalho, todo o ônus da prova deveria ser do empregador (*Ob. cit.*, pp. 126/128 e 135. Na nota 29 da página 135, César Machado Jr. transcreve a seguinte ementa: “Ônus da prova. É sempre do empregador quando se discute o cumprimento de direitos previstos na legislação do trabalho. Inspira cuidados a decisão que transfere para o empregado o ônus de provar que não recebeu salário, que não teve folga semanal, que não teve intervalo de descanso, ou que o FGTS não foi recolhido. Presumir o cumprimento das leis sociais pelo empregador é como dar vida a uma convenção nula” - TRT/SP, 02990138239 RO, Ac. 9ª T. 20000143426, Rel. Luiz Edgar Ferraz de Oliveira, DOE 18.04.00).

54. Cf. AROCA. Ob. cit., p. 121.

55. Idem, pp. 121/123.

efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *probatio diabolica* inclusive a reversa, e o respeito ao contraditório⁵⁶. Concordamos com essas ponderações, mas nos parece que são limites que devem ser impostos a qualquer teoria, já que, em última análise, o autor propugna uma aplicação criteriosa da distribuição dinâmica do ônus da prova, sempre respeitando a Constituição.

A adoção dessa teoria enseja outros problemas, como a possibilidade de desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova⁵⁷, mas nos parece ser a que melhor serve para o desenvolvimento de um processo efetivamente preocupado com os direitos fundamentais.

Embora não encontre norma legal explícita em nosso ordenamento, a inversão dinâmica do ônus da prova decorre dos seguintes princípios⁵⁸: igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça.

Mesmo sem utilizarem a expressão *teoria dinâmica*, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio cruz Arenhart defendem essa mesma idéia:

[...] na verdade, deve ter o ônus de provar, de acordo com as peculiaridades da situação concreta, aquele que está na condição mais favorável para produzir a prova. Isso quer dizer, exatamente, que, nas situações em que o autor não pode provar o que alega, o juiz deve inverter o ônus da prova, esteja ele diante de uma relação de consumo ou não.⁵⁹

Conclui-se, assim, que a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afeta o acesso à justiça, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre as diversas desigualdades existentes entre os litigantes, certamente a distribuição do ônus da prova pode ser, antes de um fator de agravamento dessa desigualdade, uma forma de amenizar a disparidade real existente no processo.

56. Ob. cit., pp., 947/948.

57. Cf. PEYRANO, Jorge. Nuevos delineamientos de las cargas probatorias dinámicas. *Cargas...*, cit., p. 21.

58. Cf. DIDIER JR. *Curso...cit.*, p. 521.

59. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5, tomo I. São Paulo: RT, 2000, p. 205.

Por mais que se acredite que o processo seja inspirado pela boa-fé⁶⁰ objetiva, cooperação⁶¹ e solidariedade entre os sujeitos que o compõem, e mesmo admitindo que o juiz use efetiva e corretamente de seus amplos poderes instrutórios, o certo é que a regra estática da distribuição do ônus da prova estimula a acomodação da parte ré, quando se sabe que a prova dos fatos constitutivos pelo autor é extremamente difícil, incentivando sua inércia⁶², passando a ser mera espectadora processual.

A fixação prévia e rígida das regras de distribuição pode provocar comportamentos “estratégicos” dos litigantes, o que, em última análise, pode afetar a tutela dos direitos.

As regras de distribuição do ônus da prova podem de antemão traçar a sorte dos litigantes e, nessa medida, estão umbilicalmente ligadas ao acesso à justiça.

Aquele que vai ao judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuam a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador.

Para um processo de resultados comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos.

Em conclusão, “quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito”, devem ser evitadas teorias abstratas e apriorísticas, impondo-se “soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias”⁶³.

7. REFERÊNCIAS

60. Sobre o princípio da boa-fé e suas várias facetas e repercussões nos campos do Direito, inclusive no campo processual, confira-se uma interessante obra coletiva, editada em dois volumes: *Tratado de la Buena Fe en el Derecho*. Marcos M. Cordoba (dir.). Lidia M. Garrido Cordobera e Viviane Kluger (coord.). Buenos Aires: La Ley, 2005. Mencione-se, ainda, o trabalho de Brunela Vieira de Vincenzi: *A Boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

61. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 29 de junho de 2006.

62. Cf. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 206.

63. CANOTILHO. O ônus...cit., p. 175.

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ernesto Garzón Valdés (trad.) e Ruth Zimmerling (rev.). Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil. *Revista Jurídica* nº 343. Porto Alegre: Notadez, maio de 2006.
- AROCA, Juan Montero. *La Prueba en el Proceso Civil*. 4ª ed. Navarra: Civitas, 2005.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.
- BARBOSA MOREIRA. Anotações sobre o título “Da prova” do Novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, nº 36, julho/agosto de 2005.
- _____. As presunções e a prova. *Temas de Direito Processual*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Julgamento e ônus da prova. *Temas de Direito Processual (Segunda Série)*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.
- BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, 1. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 31, outubro de 2005.
- CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. 2001.
- _____. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *RT*, nº 807, janeiro de 2003.
- DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *RT*, vol. 788, junho de 2001.
- ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1997.
- KFOURI NETO, Miguel. *Culpa Médica e Ônus da Prova*. São Paulo: RT, 2002.

- KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação do senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, nº 128, RT, outubro de 2005.
- _____. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. MAIA, Gretha Leite. O papel da lógica jurídica na teoria das provas. *A Expansão do Direito: estudos de Direito Constitucional e Filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Haradja Leite Torrens e Mario Alcoforado (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- LLUCH, Xavier Abel. JUNOY, Joan Pico. (coord.). *Los Poderes del Juez Civil em Materia Probatoria*. Barcelona: J M Bosch, 2003.
- LLUCH, Xavier Abel. *Iniciativa Probatoria de Oficio en el Proceso Civil*. Barcelona: Bosch, 2005.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da AJURIS* nº 90. Porto Alegre: AJURIS, junho de 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em www.professormarinoni.com.br.
- MICHELLI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Santiago Sentís Melendo (trad.). Bogotá: Temis, 2004.
- MORELLO, Augusto M. *Dificultades de la Prueba en Procesos Complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.
- MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma Distribuição Fundamentada do Ônus da Prova*. Lisboa: Lex, 2000.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O Processo Civil na perspectiva dos Direitos

Fundamentais, disponível em www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=216.

- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: RT, 2001. PEYRANO, Jorge W. (dir.). WHITE, Inês Lépori (coord.). *Cargas Probatorias Dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Ernesto Krotoschin (trad.). 2ª ed. Montevideu/Buenos Aires, B de F, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- SOARES, Fábio Costa. *Acesso do Consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, vol. VI. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1996. TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Antonio Cicu, Francesco Messineo e Luigi Mengoni (coord). Milão: Giuffrè, 1992, pp. 143 e ss. vol. III, t. 2, sez. 1.
- WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la Prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento judicial*. Tomás Banzhaf (trad.). Bogotá: Temis, 1985.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003.

XIV

**A RETÓRICA JURÍDICA E A FORMAÇÃO
DOS JURISTAS: A OBSERVAÇÃO DE ARISTÓTELES
SOBRE OS ARGUMENTOS DE ULISSÉS
NO *FILOCTETES* DE SÓFOCLES**

Antonio Sá da Silva

Mestre e Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Pesquisador-Bolsheiro do Instituto de Investigação Interdisciplinar da Universidade de Coimbra. Professor Licenciado da Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete/Brasil. E-mail: antonios@fd.uc.pt

SUMÁRIO: 1. A introdução – 2. A comunidade política e o problema da felicidade em Aristóteles – 3. O lugar da retórica no quadro geral da racionalidade aristotélica – 4. Os instrumentos retóricos e a responsabilidade do orador perante o *ethos* comunitário.

1. A INTRODUÇÃO

Quando a coordenação da *Revista da OAB/Rio Grande do Norte* me convidou para participar desta edição inaugural, procurei por um tema que pudesse atender a dois objetivos básicos: o primeiro, manifestar a minha gratidão pelo privilégio de juntar o meu nome ao de tantos outros escribas, certamente mais experimentados nesta arte de fazer coisa com as palavras; o segundo, dar eco às minhas preocupações dos últimos anos junto a um auditório bem diferente daqueles que já tiveram a paciência de me ouvir, preocupações essas sobre a formação dos juristas e sobre as responsabilidades que a eles devemos imputar naquela dimensão ético-planetária que os tempos atuais têm nos obrigado a repensar. E foi por isto que embora diante das limitações pessoais que desde agora faço saber, aceitei o desafio de analisar ainda que precário e ligeiramente este tema que parece estar relacionado com todas as atividades jurídicas e com o exercício diário das nossas ocupações.

Com efeito, seja na atividade forense, seja na construção doutrinária ou na atividade pedagógica, todos nós estamos preocupados com a organização dos

nossos discursos, sempre atentos para que os mesmos sejam exitosos no convencimento do leitor ou de um determinado auditório. Como o assunto pode ser explorado de diferentes modos e com as mais variadas implicações que não me considero à altura para investigar – e também não me parece que seja a finalidade da revista! –, decidi por analisá-lo na perspectiva da responsabilidade do orador perante o *ethos* comunitário que ARISTÓTELES assinalou na *Ética a Nicômaco* ao comentar as artimanhas de Ulisses contra Neoptólemo e contra Filoctetes. O pressuposto do qual eu partirei é o seguinte: o exercício da retórica não é apenas uma virtude ou uma disposição natural que alguns têm e que deve ser invejada pelos demais, tudo isto pensando nos resultados ou no proveito pessoal que se pode tirar dela; na visão aristotélica, ao contrário, argumentar bem e exitosamente é uma arte (*techné*)¹ que pode ser desenvolvida na direção daquele *bem* que ainda terei a oportunidade de referir, com a conclusão que me atrevo a fazer sobre o papel das escolas em preparar os nossos juristas de modo que os mesmos não tenham que aprender tudo isto com os piores exemplos que a «sofística forense»² pode lhes oferecer.

Nos últimos tempos, a discussão em torno de uma «crise» no ensino do direito tem se tornado um lugar comum no discurso dos juristas³, nomeadamente naquela

1. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1354a. Para este trabalho, utilizei a tradução de Manuel Alexandre Júnior/Paulo Farmhouse Alberto/Abel do Nascimento Pena, Lisboa, Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1998.
2. O termo «sofística» aparece aqui entre parêntesis para ser fiel ao sentido que ARISTÓTELES costumava empregar: aquela visão negativa que também SÓFOCLES e PLATÃO tinham a respeito dos sofistas, os primeiros educadores profissionais que no séc. V a.C andavam de cidade em cidade oferecendo seus serviços àqueles que sobretudo estavam interessados em participar ativamente das discussões da *polis*, interferindo diretamente nas decisões políticas da comunidade. O assunto é muito controvertido, já que nesta arte de ensinar SÓCRATES era um dos mais bem sucedidos entre os sofistas; parece até que essa polêmica entre os autores gregos envolve até questões de ordem pessoal, pois se por um lado temos os argumentos de SÓCRATES contra a indiferença dos sofistas para com a verdade – o que importava acima de tudo era ser vitorioso no debate, independentemente dos recursos e das conclusões que era possível chegar –, se por um lado podemos compreender a indignação de PLATÃO com a morte de seu mestre pelos democratas atenienses, é bem verdade que tanto ele como ARISTÓTELES dirigiam suas próprias escolas e com isto concorriam diretamente pelos mesmos alunos buscados pelos sofistas. Para um estudo mais desenvolvido sobre o significado da sofística no contexto da filosofia grega daquele tempo, veja especialmente: REALE, Giovanni. *Storia della filosofia antica*. 5. ed. Milano: Vita e Pensiero, 1987, vol. I, p. 220 e segs.; JAEGER, Werner W. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira. Editorial Aster: Lisboa, s/d, p. 311 e segs.
3. Entre a diversidade de críticas e de propostas de reformulação do modelo de ensino no direito exemplifico três: o projeto dos *Critical Legal Studies* como resistência aos compromissos do modelo atual com as ideologias e com hierarquias sociais, políticas e profissionais; a proposta do *Law and Literature Movement* como abertura para uma descentralização do *logos* e como invocação do *ethos* e do *pathos* nas suas componentes indispensáveis à compreensão do direito; o modelo dos diferentes discursos alternativistas, exemplarmente aquele que se formou no Brasil e que ficou conhecido por Direito Alternativo Brasileiro, reconhecidamente delatores da exclusão social e dos compromissos políticos do julgador. Um leitura inicial sobre esses projetos pode ser feita com WHITE, James Boyd. *Heraclês' bow: essays on the rhetoric and poetics of the law*. Madison: University of Wisconsin Press, 1985; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino*

modalidade de discurso que parece testemunhar uma espécie de agonia do próprio direito e proclamar a sua substituição por outras práticas bem distintas daquela que conhecemos da tradição ocidental e que nos acompanha desde os tempos da jurisprudência romana⁴. Mas quando falo aqui do ensino do direito não pretendo de modo algum entrar nos aspectos históricos que ele também suscita, e para isto contento apenas em remeter o leitor para uma vasta bibliografia que já existe sobre o assunto e da qual eu mesmo me servi em outro trabalho onde exercitei uma brevíssima excursão sobre o tema, desde a fundação da universidade no séc. XII em Bolonha até os nossos dias aqui no Brasil⁵. De um outro modo, também não me ocuparei daquela dimensão mais alargada ou daquelas questões ético-filosóficas que em outra ocasião atrevi-me a considerar como dignas de serem debatidas em nossas escolas⁶. O que vou tentar fazer agora começará por dizer alguma coisa sobre a compreensão aristotélica da comunidade e dos fins da vida humana, partindo para uma ligeira investigação sobre o lugar da retórica no quadro geral traçado por ARISTÓTELES acerca da racionalidade, passando ao tratamento da maneira como a arte retórica assim compreendida interfere na convicção do julgador. Tudo isto para entrar no tópico decisivo sobre os instrumentos retóricos que o orador tem à sua disposição na arte do convencimento e no compromisso ético que o vincula à sua comunidade. A propósito destes instrumentos, direi que dos três recursos que o orador dispõe para buscar o convencimento do auditório – o *logos* enquanto domínio da coerência do seu texto, o *pathos* como domínio sobre os sentimentos

Jurídico e Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, 1993; LLEDÓ, Juan A. Pérez. *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 95-160; BARCELLONA, Pietro et alli. *La formación del jurista: capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Tradução Carlos Lasarte. Madrid: Civitas, 1977; UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma nova Faculdade de Direito no Brasil*. www.law.haward.edu/unger/portuguese/docs/projetos6.doc, acessado em Junho de 2002; NUSSBAUM, Martha C. *Cultivating humanity: a classical defense of reform in liberal education*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

4. Um discurso que nos apresenta como uma espécie de «reabilitação do direito» diante desse cenário quase apocalíptico que acabei de me referir, podemos hoje conhecer de CASTANHEIRA NEVES, uma vez que o autor português não se contenta em testemunhar a crise pela qual estamos mergulhados enquanto herdeiros de uma civilização jurídica; diferentemente, a denúncia que faz do fracasso daquele(s) modelo(s) normativista(s) que conhecemos dos séc. XIX e da primeira metade do séc. XX, a advertência que faz contra instrumentalização ou a funcionalização do direito pelas propostas da economia, da técnica e da política, vem acompanhada de uma espécie de atualização do modelo jurisprudencialista que estava nas origens do direito, nos tempos da jurisprudência clássica. Para uma breve introdução a esta temática, ver LINHARES, José Manuel Aroso. *A representação metanormativa do(s) discurso(s) do juiz: o «testemunho» crítico de um «diferendo»?* Coimbra, 2007, policopiado; NEVES, António Castanheira. *O Direito hoje e com Que Sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.
5. Refiro-me, especialmente, ao que tratei em *O ensino do direito no Brasil*: uma excursão histórica – pelo sistema, idéias e personagens – num diálogo privilegiado com a experiência universitária portuguesa. *Phronesis*: Revista do Curso de Direito da FEAD, Belo Horizonte, v.1, p. 31-88, 2006.
6. Neste sentido, veja o que contém no *A universidade convertida*: breves considerações acerca das responsabilidades éticas e dos princípios da «educação jurídica» no contexto geral da «educação do homem planetário». *Phronesis*: Revista do Curso de Direito da FEAD, Belo Horizonte, v.1, p. 29-49, 2006.

do ouvinte... – o *ethos* aparece como o mais importante para o estagirita e o mais preocupante no exercício da atividade jurídica no nosso tempo.

2. A COMUNIDADE POLÍTICA E O PROBLEMA DA FELICIDADE EM ARISTÓTELES

A compreensão da responsabilidade do orador que ARISTÓTELES nos fala em sua *Retórica* só pode ser alcançada se levarmos em conta alguns pressupostos básicos sobre a comunidade e dos quais ele parte para fazer tais afirmações. A obra fundamental em que o estagirita expõe as suas idéias sobre a organização política da comunidade é de fato a sua *Política*⁷, embora isto apareça também em outros lugares. O que encontramos nessa obra é bem diferente daquilo que PLATÃO ensinava: aquela comunidade utópica governada pelos filósofos, onde os familiares e os bens dos governantes eram tudo em comum, uma cidade que era justa e feliz porque orientada pela divisão das funções de acordo com as virtudes que cada um trazia do berço e que eram desenvolvidas por um sistema público de educação, extensivo a todo mundo, inclusive às mulheres que por sua vez estavam autorizadas a exercer qualquer cargo dentro do Estado⁸. O modelo aristocrático que o seu discípulo propôs é mais realista e foi baseado num estudo comparativo que o mesmo realizou em diferentes cidades gregas e estrangeiras. Este modelo não apenas admite a prática da escravidão e a exclusividade da cidadania pelos homens – digo *homens* porque diferentemente de seu mestre o estagirita não acreditava que as mulheres tivessem discernimento suficiente para participar da vida política da cidade! – livres da cidade, mas também reconhecia diferentes modos de exercer o governo: a monarquia, a aristocracia e a república, com suas respectivas formas degeneradas em tirania, oligarquia e democracia.

Ora, se por um lado temos dois modelos tão distintos de governo, por outro ambos partilham de uma convicção que era quase comum no pensamento grego daquela época. Com efeito, sobretudo os epicuristas, exemplarmente EPICURO em sua *Carta sobre a felicidade*, acreditavam que a participação política era prejudicial à fruição da vida boa, daí que a felicidade só poderia ser encontrada no refúgio da filosofia e no cultivo da amizade. Esse modo de pensar estava distanciado da idéia predominante, especialmente porque a experiência democrática grega em franca expansão exigia que todos os que estavam habilitados para a cidadania exercessem ativamente uma função dentro da *polis*. Aqueles que se mantinham indiferentes

7. ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução Nestor Silveira Chaves. 4. ed. São Paulo: Atena Editora, 1955.

8. PLATÃO. *A República*. Tradução Maria Helena da Rocha Pereira. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

às suas responsabilidades eram chamados idiotas, uma palavra que passou do seu sentido originário grego como omissão política para o sentido freudiano do séc. XX como alienação psíquica. É por isto que PÉRICLES, em sua famosa *oração fúnebre*, louva os gregos pela sua «superioridade» em relação aos outros povos, porque a todos os gregos era dado a oportunidade de interferir diretamente nas decisões políticas, administrativas e judiciárias da comunidade⁹.

Pois bem... e qual era então a convicção comum que PLATÃO e ARISTÓTELES partilhavam apesar das suas divergências filosóficas? Esta mesma que acabei de prenunciar, a de que «o homem é um animal político», e que a experiência comunitária é a única que oferece a oportunidade de nos realizarmos como seres humanos e encontrarmos uma vida digna de ser vivida. De fato, o mais importante tratado sobre a felicidade que o estagirita escreveu, a *Ética a Nicômaco*, gira sempre em torno dessa convicção de que ela é uma atividade, pois embora a vida contemplativa seja a que pode usufruir com mais intensidade e certeza do bem supremo¹⁰, é na *polis* que vamos encontrar a mais autêntica de todas as atividades¹¹. No dizer de ARISTÓTELES estamos mesmo pré-destinados a viver em comunidade, pois ninguém em sã consciência gostaria de possuir todas as riquezas do mundo se para isso tivesse que viver longe dos seus amigos¹².

Com base nessas afirmações, pode-se dizer que se um dia encontrarmos alguém que prefira viver sozinho ao invés de fazer parte de uma comunidade, poderemos estar certos de que estamos diante de um deus ou de uma besta! E se fazer parte de uma associação política é a vocação natural de toda pessoa, isto exige que todas as ações estejam orientadas para o bem geral da comunidade. É claro que diferentemente de seu mestre ele duvida que possa existir um bem *em si*¹³, mas acredita piamente que todos os nossos esforços têm em vista a realização de um bem¹⁴, concordando com a opinião geral de que a felicidade seja o maior de todos eles¹⁵. Ele nos diz que a divergência está em saber de que modo essa tal felicidade pode ser realizada concretamente, e nisto o nosso filósofo acredita que

9. Sobre toda essa discussão, conferir uma ampla bibliografia que reuni em SILVA, Antonio Sá da. *As três responsabilidades ético-planetárias do direito e da educação jurídica: contribuições para um diálogo entre a «justiça académica» de Platão e a «ética da mobilização planetária» dos movimentos e organizações sociais contemporâneos*. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005, cap. III, item 4.1.1 («A democracia em revista»).
10. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1176a3. Para este trabalho, utilizei a tradução de António de Castro Caeiro, 2. ed., Lisboa, Quetzal Editores, 2006.
11. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1094a26.
12. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1155a1.
13. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1096a.
14. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1094a2.
15. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1095a20.

somente a pessoa prudente (*phronimos*) é capaz nos dizer em cada caso, mas isto já é o assunto que devo tratar no item seguinte.

3. O LUGAR DA RETÓRICA NO QUADRO GERAL DA RACIONALIDADE ARISTOTÉLICA

Se é verdade que somente participando ativamente da comunidade a pessoa pode ser verdadeiramente feliz, se é verdade que somente a pessoa prudente é quem está à altura para decidir adequadamente sobre o que é o bem numa situação específica, é de se perguntar como é que se chega a essa decisão, quais as faculdades mentais devem ser exercidas para saber o que é realmente o bem humano e não tomar uma decisão errada. É preciso lembrar que ARISTÓTELES estava consciente de que há diferentes visões do bem, que muitas das vezes nos deparamos com uma verdadeira incomensurabilidade de bens e com uma complexidade imensa de desejos e de satisfações¹⁶, de modo que não é possível tomar uma decisão com o mesmo rigor e a mesma precisão que utilizamos em um trabalho científico¹⁷. A pessoa prudente é aquela que mergulhada no mundo da prática e da contingência da vida, retira o melhor partido das adversidades, igual ao sapateiro quando faz o melhor sapato com o couro que tem disponível no momento ou igual ao comandante quando faz da sua tropa a mais combativa possível dentro das circunstâncias adversas que se encontra em uma determinada batalha¹⁸.

Com efeito, a decisão sobre o bem mobiliza uma parte da nossa alma que está preparada para lidar com as coisas que podem ser de diferentes modos. O que ARISTÓTELES nos diz é que ela possui duas dimensões: uma capaz de decidir racionalmente e outra incapacitada para decidir desse modo, orientando-se apenas pelos instintos¹⁹. Mas essa parte racional ainda está subdividida em duas, uma que opera os objetos necessários ou que nunca podem ser de modo diferente (*episteme*) e a outra que se responsabiliza por aquilo que pode se realizar de diferentes modos (*phronesis*). Esta última é o que nosso filósofo chama de *razão prática*, diferente da primeira que é chamada de *razão científica*.

Muito se tem discutido acerca do que a *phronesis* representa no conjunto da racionalidade que ARISTÓTELES se ocupou em investigar. Um autor que muito tem estudado este assunto é o filósofo italiano Enrico BERTI, o qual nos dá uma visão bastante sucinta do que isto significa. Com efeito, ele nos mostra como que

16. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1154b23.

17. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1094b11.

18. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1101a4.

19. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1139a4.

a racionalidade aristotélica foi – e muitas vezes continua sendo! – enganosamente reduzida à razão demonstrativa (*apodíctica*), àquela que se ocupa em dizer o que uma coisa *é*, assim como o motivo pelo qual ela não pode ser de modo diferente²⁰. Ele nos mostra como que outra racionalidade, a *dialética*, foi igualmente valorizada pelo estagirita, cujo raciocínio parte não daquilo que a coisa é, mas das opiniões geralmente aceitas ou partilhadas pelos debatedores²¹. Neste sentido BERTI vê uma proximidade da dialética com os métodos da física²² e da metafísica²³, assim como e a exigibilidade da apodíctica no discurso matemático, mas quanto à razão prática ele não exita em condicionar a um outro modelo de racionalidade: a racionalidade dialética, a qual segundo ARISTÓTELES se assemelha diretamente com a retórica²⁴.

É importante perceber que a razão prática, embora partindo das opiniões para emitir um juízo sobre uma determinada coisa, não se exime dos compromissos com a verdade. O que acontece é que a sua verdade não é buscada em si mesma, mas sim como meio em vista de outro fim²⁵. A razão prática não nega o bem supremo como objeto das nossas decisões, aquela participação na *ordem do ser* e aquela felicidade cuja plenitude somente se alcança plenamente com o exercício da sabedoria (*sofia*), tal como LINHARES bem observou²⁶, mas ela tem seu lugar naquela ordem ocupando o universo específico das coisas que podem ser de modo diferente, daí que suas verdades residam apenas no domínio do provável²⁷. É neste universo do provável que a retórica se desenvolve, como meio de argumentação e através da qual o orador se serve para influenciar a tomada de decisão pelo julgador²⁸.

Que sejam assim as coisas... mas aquele que fala ou escreve não pode de modo algum confundir a doutrina aristotélica e a sedução da retórica com aquele jogo de artimanhas e de sagacidade que não raramente os profissionais mais experimentados costumam exhibir. Quantas vezes não tivemos a oportunidade de ouvir com espantosa admiração e ingenuidade os nossos professores dizerem que

20. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*. 2. ed. Tradução Davi Macedo. São Paulo: Loyola, 1998, p. 3 e segs.

21. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, cit., p. 18 e segs.

22. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, cit., p. 52 e segs.

23. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, cit., p. 75 e segs.

24. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1355b.

25. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, cit., p. 116.

26. LINHARES, José Manuel Aroso. *Uma leitura do livro VI da Ética a Nicômaco justificada pelo problema das racionalidades*, Coimbra, 2006, policopiado, p. 2.

27. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Livro VI, parte V.

28. Para uma consideração mais detida sobre o papel da retórica no universo das racionalidades aristotélicas, cf. BERTI, Enrico. *As razões de Aristóteles*, cit., p. 157-187.

para nos darmos bem na profissão, muito mais que saber o direito a gente teria que conhecer o «pulo do gato», saber guardar uma «carta na manga» para ser utilizada na hora mais adequada? E olha que não estou utilizando os exemplos menos ortodoxos que conhecemos, já que cada um poderia arrolar um ou outro caso onde a atividade profissional foi exercida ao arrepio das mínimas regras da honestidade e da compostura. Não resta dúvida de que isto é condenável à luz da verdadeira arte retórica, pelo menos à luz daquela que ARISTÓTELES nos ensina, e isto é o desafio do item seguinte.

4. OS INSTRUMENTOS RETÓRICOS E A RESPONSABILIDADE DO ORADOR PERANTE O *ETHOS* COMUNITÁRIO

Tenho de observar aqui antes de tudo que o estagirita tem uma imagem positiva ou restauradora da arte retórica, diferentemente daquele libelo acusatório onde PLATÃO no diálogo exemplar sobre este tema, o *Górgias*²⁹, fala-nos pela boca de SÓCRATES o quanto que o mais famoso dos sofistas do mundo grego era capaz de perverter a verdade e corromper as intenções do bem que devem orientar todo debate. E como eu já disse anteriormente que para ARISTÓTELES todos nós estamos obrigatoriamente vinculados a uma comunidade e que as intenções do bem representam aquilo que move as nossas decisões, resta-me dizer mais algumas palavras sobre a maneira como o orador deve assumir esse compromisso. Entendo que para o nosso autor a decisão ou a razão prática, em termos estruturais, está sempre e obrigatoriamente vinculada às disposições de caráter, sendo compreensível apenas no contexto daquele *ethos* que orienta a comunidade para o bem.

E por qual motivo? Primeiramente, veja essa relação entre a decisão e o *ethos* comunitário pelas exigências que o estagirita faz da voluntariedade das decisões. É que ele chama a nossa atenção para uma outra disposição natural que nos dirige rumo a um fim, a esperteza, e se ela é para o bem, isto é louvável, mas se for para o mal..., resume-se em pura malícia! Por causa disto somente podemos falar que a decisão foi tomada eticamente se aquele que decide está mesmo disposto a decidir daquele modo³⁰, que não o faça coagido ou baseado em qualquer outra motivação pessoal. Em segundo lugar, verifico que ALBENQUE chama a nossa atenção para o fato de que o ARISTÓTELES associa a pessoa do *phronimos* com o *spoudaios*, isto é, seu exemplo e o seu caráter são para os cidadãos aquilo que

29. PLATÃO. *Górgias*. Tradução Maria Isabel Aguiar. Porto: Areal, 2005.

30. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Livro II, parte IV. Sobre a distinção entre atos voluntários e involuntários, bem como a importância da escolha voluntária para a caracterização da excelência, pode-se verificar na mesma obra o Livro III, partes de I-V.

o herói guerreiro é para os seus companheiros: a inspiração e a segurança que motiva os companheiros de combate³¹.

De fato, nosso autor estava disposto a construir um modelo de persuasão que contribuísse adequadamente para as nossas decisões no espaço público. Deste modo, diz-nos que as classes dos ouvintes ou dos auditórios são três: o *deliberativo* que pronuncia sobre o futuro, o *judicial* que pronuncia sobre o passado e o *epidíctico* que pronuncia sobre o talento do orador³². Cada um desses gêneros de auditórios presta atenção no orador com interesses diferentes: o primeiro o escuta pensando no que é conveniente ou prejudicial ao futuro que tem de escolher, o segundo o escuta pensando no que foi justo ou injusto na história que o orador está narrando, enquanto o terceiro presta atenção no discurso para depois dizer se ele foi bonito ou feio. Obviamente que conhecendo antecipadamente aquilo que interessa ao ouvinte – e ARISTÓTELES desenvolve uma longa descrição sobre a generalidade dessas expectativas – o orador está em condições de dirigir o seu discurso de modo a causar no auditório a melhor impressão possível.

É certo que todas as decisões têm em vista um bem ou a felicidade³³. Mas no universo dessa descoberta o estagirita percebe que na experiência da decisão e inclusive nas deliberações públicas o julgamento é afetado pelo interesse particular e pelo sentimento:

Na sua apreciação dos factos, intervém muitas vezes a amizade, a hostilidade e o interesse pessoal, com a consequência de não mais conseguirem discernir a verdade com exactidão e de o seu juízo ser obscurecido por um sentimento egoísta de prazer ou de dor³⁴.

Em vista disto é que a retórica, ao passo que cumpre o papel de discernir os melhores meios de persuasão numa situação concreta³⁵, pertence a uma estrutura lógica onde concorrem simultaneamente três elementos, a saber: o *logos*, o *ethos* e o *pathos*³⁶. É que no exercício da arte retórica o orador pode lançar mão daquele instrumento cuja força reside no próprio discurso (*logos*), ou seja, o elemento decisivo do convencimento é a capacidade do próprio discurso para demonstrar uma verdade ou aquilo que parece ser verdade; mas o orador também pode se servir de outro instrumento que leva em conta não a organização do texto em si,

31. AUBENQUE, Pierre. *La prudencia en Aristóteles*. Tradução Maria José Torres Gómez-Pallete. Barcelona: Crítica: 1999, p. 56.

32. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1358b.

33. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1360b.

34. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1354a-1354b.

35. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1355b.

36. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1356a.

mas a disposição do ouvinte ou a sua reação àquilo que está ouvindo (*pathos*), isto é, ele se dirige ao auditório de modo a provocar no ouvinte sentimentos de tristeza, de alegria, de amor ou de ódio; por fim, o orador pode fazer uso de um instrumento retórico cuja força reside no seu próprio caráter (*ethos*), de modo tal que o discurso proferido deixe a impressão de que o orador é digno de fé.

Não parece difícil entender o motivo pela qual nosso autor entende que o orador bem sucedido é aquele que domina correto e simultaneamente esses três recursos³⁷. O que importa mais neste momento é assinalar a importância que ARISTÓTELES dá ao elemento ético: «acreditamos mais e bem mais depressa em pessoas honestas, em todas as coisas em geral, mas sobretudo nas de que não há conhecimento exacto e que deixam margem para dúvida»³⁸. Ele está convencido não somente que ao ouvirmos uma narrativa devemos levar em conta a probidade do narrador, mas também que é quase possível dizer que de todos os recursos de que o orador dispõe, a força do seu caráter é o meio mais eficaz de persuasão. E esta não é, certamente, a atitude de Ulisses, tal como vemos na peça *Filoctetes*, de SÓFOCLES. É que naquela tragédia o que enxergamos é um espetáculo de retórica e de sagacidade, confrontando o experiente rei Ulisses e o jovem guerreiro Neoptólamo numa discussão acerca de um estratagem para apropriar-se da flecha do herói trágico.

O que digo sobre a atitude de Ulisses parece ser também o que SÓFOCLES queria dizer com aquela peça, de modo que em seus comentários de tradução FERREIRA reveste o antigo e habilidoso Ulisses dos poemas homéricos com as novas armas da sofística: as armas da palavra, da argumentação como puro instrumento para realização de um fim qualquer e que fazem do rei de Ítaca um homem sem escrúpulos, que «apenas a ocasião e as circunstâncias do momento norteiam toda a sua actuação»³⁹. Não é sem motivo, a meu ver, que o professor de Coimbra recorra insistentemente à personagem de Ulisses para destacar a crítica sofocleana às pretensões da moral sofística. E não é de pouca monta para mim o fato de nas duas vezes que na sua *Ética a Nicômaco* ARISTÓTELES tem de exemplificar os casos onde uma decisão foi tomada com base na mentira e na trapaça é o rei de Ítaca que ele toma como paradigma a ser recusado pela pessoa prudente⁴⁰.

Sabemos que a palavra ética (*ethos*), tal como estamos acostumados a usar, é uma construção dos gregos, tendo partido do seu significado original como *casa* ou

37. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1356a.

38. ARISTÓTELES. *Retórica*, 1356a.

39. FERREIRA, José Ribeiro. Introdução. In: SÓFOCLES. *Filoctetes*. Tradução José Ribeiro Ferreira. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 19.

40. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, 1146a20 e 1151b19.

a habitação animal e assimilado uma dimensão civilizacional ou humana quando passou a designar o conjunto de hábitos, valores e costumes de uma comunidade, em vista da convivência e a integração dos seus membros⁴¹. Mas por qual motivo insisto aqui nesta comparação? Permitam-me contar rápido e resumidamente o que se passa na tragédia que estou me referindo e ao mesmo tempo tomando como exemplo a ser negado na aprendizagem retórica dos juristas. Nessa narrativa estão presentes três personagens principais: Filoctetes, um experiente guerreiro que recebeu do deus Hércules uma flecha muito poderosa; Ulisses, o rei de Ítaca que na guerra de Tróia ficou conhecido pela sua bravura e pela sua sagacidade; e Neoptólemo, um jovem guerreiro aspirante de uma glória pessoal e que foi escolhido por Ulisses para ajudá-lo na sua trapaça. O drama começa na viagem para Tróia quando Filoctetes é picado por uma cobra venenosa que guardava o templo da ninfa Crise, ficando assim gravemente afetado por uma chaga que passou a ser para ele motivo de muita dor e de muitas aflições. O nosso herói gemia e gritava muito, e seus companheiros de expedição para se livrarem do incômodo que não os deixava treinar nem descansar, abandonaram-no à própria sorte na ilha de Lemnos enquanto ele dormia.

O episódio do abandono e do esquecimento prevalece durante os dez anos, enquanto deuses e humanos lutavam às portas de Príamo. A resistência da cidade troiana, a verdadeira carnificina humana e a dúvida quanto à vontade dos deuses levou os gregos a consultarem o adivinho que fez uma espantosa revelação: o exército de Agaménon só entraria em Tróia sob o comando daquela arma poderosa que Hércules dera a Filoctetes! É aí que novamente Ulisses, antecipando a ética maquiavélica de que «os fins justificam os meios», montou um plano que era basicamente este: «como Filoctetes deve estar muito indignado com os gregos pelo que nós lhe fizemos, certamente a simples argumentação não é suficiente para convencê-lo a reintegrar o nosso exército e muito menos para convencê-lo a ceder a sua arma, de modo que a retórica a ser utilizada deve ser recheada com alguns elementos mais pragmáticos e mais exitosos». Nesse plano Neoptólemo foi escolhido para executar a trapaça, considerando que obteria mais facilmente a confiança de Filoctetes por ser filho de seu antigo e venerado amigo, Aquiles.

É importante destacar que Neoptólemo resistiu inicialmente a agir daquela maneira, mas SÓFOCLES faz questão de mostrar que nessa «arte» Ulisses era esperto o suficiente para levá-lo a crer que diante da utilidade a nossa opinião sobre o que é certo ou errado vale pouco ou quase nada; e Neoptólemo levou adiante

41. Sobre as origens e evolução do termo ética, cf. LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Escritos de Filosofia IV: introdução à ética filosófica* 1. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 39 e segs.

aquela empreitada desonesta e disse falsamente a Filoctetes quando o encontrou que pretendia levá-lo de volta para sua terra natal e curar as suas feridas. Mas logo depois ocorre uma grande reviravolta na sua decisão: ele mesmo se surpreende com o restabelecimento da confiança que Filoctetes já tinha perdido no ser humano por causa daqueles dez anos de solidão e de injustiça! Mesmo já tendo recebido dele a flecha que era também seu único meio de vida, Neoptólemo se compadece com o sofrimento do nosso herói trágico e devolve a arma para o seu novo amigo, sendo nesse momento surpreendido pela chegada de Ulisses que lhe ameaça de punição por desobediência aos exércitos gregos. Neste momento, Filoctetes investe contra Ulisses, o qual só não morre por causa da interveniência de Neoptólemo, que depois de aceitar os conselhos de Hércules, cumpre a sua promessa de conduzir Filoctetes à sua pátria e curar as suas feridas. E o faz, não sem antes participarem decisivamente da queda de Tróia.

Resta-nos então diante dessa peça realizar aquele exercício pessoal de procurar o nosso lugar ou o nosso papel dentro dela. Pergunto: de que maneira como advogado, juiz, promotor, delegado, escrivão, oficial ou professor, atuamos dentro dela! É significativo perguntarmos a nós mesmos, do ponto de vista daquele compromisso ético que ARISTÓTELES nos imputa, quantas vezes nós agimos como Ulisses, colocando nossos interesses acima de qualquer coisa. Mas estou particularmente interessado em perguntar, a nós mesmos enquanto educadores, aos nossos cursos enquanto programas de formação dos futuros profissionais, como que respondemos aos apelos desse *ethos* comunitário que nos compromete. Não resta dúvida que a crítica do estagirita à atitude retórica de Ulisses tem o seu alcance apenas na dimensão ética que se refere à pessoa humana, mas se nos servirmos desse exemplo também temos de aceitar a interpelação das outras dimensões éticas do nosso tempo: da administração pública, da ecologia, da hospitalidade, da tecnociência, etc. Carece de refazermos os nossos conceitos sobre a retórica como ARISTÓTELES ao seu tempo e ao seu modo foi capaz de compreender, passando da sua compreensão como suplementos artísticos de uns ou como artimanha de outros para elevá-la à dignidade de autêntica disciplina jurídica, com as dimensões técnicas/artísticas que a mesma possui e com as exigências éticas que o tempo presente nos exige.

XV

LOS 15 AÑOS DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DEL PERÚ

Juan José Monroy Palacios

Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Procesal y
del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

“¿Cómo podría la ciencia del proceso continuar encerrada en la torre de marfil de su pretendida ‘neutralidad’, cuando el objeto mismo de sus estudios deviene siempre menos neutral respecto de los grandes temas políticos, económicos y sociales que afectan nuestra sociedad occidental?” (*Vittorio Denti*)

Desde su entrada en vigor, en 1993, el principal ordenamiento procesal supuso una ruptura con todo aquello que hasta la fecha se había hecho sobre la materia en el Perú. La versión sintética que, por fines didácticos, se suele divulgar sobre dicho acontecimiento alude a un tránsito del *procedimiento* al *proceso*, de la modesta disciplina de las prácticas judiciales a la concreción legislativa de la moderna *Ciencia del Proceso*, también llamada *Teoría General del Proceso* o, simplemente, *Derecho Procesal*. La simplificación, convertida ya en parte de la mitología jurídica local¹, es, sin embargo, inexacta e insuficiente.

El Código Procesal Civil peruano que, como humilde obra humana, nunca aspiró a convertirse en un canto a la perfección, posee muchos más aciertos que errores y, en esa línea, está lejos, por un lado, de constituir un frío producto científico y, por el otro, antes que una conquista de nuestra cultura jurídica, marca más bien el inicio de una nueva era en la concepción y práctica de la justicia que se imparte en nuestro país. En efecto, en un escenario de crisis política, social y económica cada vez más profunda, no es suficiente que la justicia civil se encamine únicamente hacia la tutela de los intereses individuales y corporativos, sino más bien, abandonando una actitud falsamente “neutral” y, por el contrario, conservadora, cómplice y silenciosa de las terribles situaciones de desigualdad que padece nuestra comunidad², debe dirigirse hacia una concepción distinta del

1. Así, por ejemplo, RAMOS NÚÑEZ, *El orbe jurídico ilustrado y Manuel Lorenzo de Vidaurre*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2003, p. 55.
2. La crítica de DENTI es áspera contra los afanes puramente cientificistas de inicios del siglo XX: “se trató de una ciencia aparentemente neutral, destinada a elaborar principios y categorías dotados de intrínseca validez conceptual, como la jurisdicción, la acción, la cosa juzgada, el acto procesal, el procedimiento, la

derecho, y del derecho procesal en particular, que le asigne a éste una función instrumental insustituible que, por esencia, tenga como propósito coadyuvar a la construcción de una comunidad más igualitaria (en sentido sustancial y no formal), tolerante y digna.

Es en ese contexto donde debe valorarse la apuesta del Código en colocar al Juez como director del proceso (art. II). Ciertamente, no se trata de tomar partido en esa falsa polémica, por banal y reduccionista, entre “garantismo” y “publicismo”³, a partir de la cual, una parte minoritaria de la doctrina pretende reivindicar lo que nadie puso en cuestión (las *garantías constitucionales del proceso*) y poner en entredicho uno de los más importantes logros de nuestra disciplina (la *función social del proceso*)⁴. En realidad, la atribución del carácter publicista a un proceso se puede utilizar en los más variados sentidos, dependiendo del lugar y del momento histórico. Sin embargo, se puede reconocer que con mayor frecuencia

litis, la cuestión, etc. Principios y categorías que cuando salen de la atmósfera enrarecida de la dogmática procesal se confrontan con la realidad sólo en perspectivas de reforma, inspiradas en criterios rigurosos de técnica procesal, pero del todo ajenas a los graves problemas de organización judicial, del ordenamiento forense, de asistencia judicial que están detrás de todo serio mejoramiento de los institutos procesales. En realidad, la ‘neutralidad’ de estas construcciones conceptuales eran sólo aparentes, dado que se correspondían plenamente con la ideología conservadora que la ciencia jurídica había acogido como uno de sus principios inspiradores” (*Le ideologie del processo di fronte al problema sociale*, en *Processo Civile e Giustizia Sociale*, Milán, Comunità, 1971, p. 17).

3. En esta línea DENTI, para quien “el rol activo del Juez en el proceso civil no es en absoluto un problema de contraposición entre *autoridad y libertad*, sino que responde a exigencias que son intrínsecas a la tutela de los derechos en la sociedad actual”. Por ello mismo, “las políticas legislativas, sea que tengan en la mira la tutela de libertades fundamentales, sea que busquen la protección de intereses colectivos y difusos, necesariamente integran la normativa sustancial con el otorgamiento al Juez de tareas y poderes que juegan un rol esencial en la efectividad de la actuación de los derechos”. Si así no fuera, continúa DENTI, “el nuevo código sería el espejo de una sociedad que ya no existe y, por tanto, el fruto de una operación de nostalgia cultural, y no de un conciente compromiso innovador” (*Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo*, en *Sistemi e Riforme. Studi sulla giustizia civile*, Bolonia, Il Mulino, 1999, pp. 188-9). En particular, sobre el Código peruano, MONROY GÁLVEZ, *La ideología en el Código Procesal Civil*, en *Ius et Praxis*, 24, 1994, p. 197 y ss.
4. Los postulados del “garantismo” se condensan en un acta firmada por sus principales promotores denominada *El proceso civil en el siglo XXI: tutela y garantía* (*Actualidad Jurídica*, 147, 2006, pp. 283-6). También pueden verse MONTERO AROCA, *El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritaria*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 6, 2004, p. 20 y ss. y ALVARADO VELLOSO, *Debido proceso versus prueba de oficio*, Bogotá, 2004. A este pensamiento, la doctrina más autorizada ha sabido responder con contundencia, desnudando su desconcertante precariedad ideológica, histórica y científica: “La realidad es siempre algo más compleja que la imagen que de ella proponen interpretaciones tan lineales, por no decir simplonas”, por ejemplo, “conviene poner en evidencia el equívoco fundamental de la suposición de que gobiernos autoritarios acostumbran inclinarse al fortalecimiento de los jueces. Los poderes que ellos se empeñan en fortalecer son, generalmente, los del Ejecutivo, no los del Judicial” (BARBOSA MOREIRA, *O neoprivatismo no processo civil*, en *Temas de Direito Processual*, Novena Serie, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 89 y 90). Del mismo modo, cfr. MONROY GÁLVEZ, *Y al final del día, ¿qué es el garantismo procesal civil?* en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 9, 2006, pp. 7-20 y TARUFFO, *Poteri probatori della parte e del giudice in Europa*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2006, p. 451 y ss. (traducida al español por Aldo Zela, *Advocatus*, 15, 2007, p. 15 y ss.).

se recurre a aquél para aludir al uso que le dio uno de los padres del proceso civil contemporáneo (Piero CALAMANDREI⁵) y sus más insignes seguidores (Mauro CAPPELLETTI y Vittorio DENTI) quienes, a lo largo del siglo XX, lucharon no sólo por liberar a nuestra disciplina de la absorbente ideología liberal, racional e iluminista, sino por diferenciarla del diseño procesal propio de las ideologías autoritarias, de carácter intrínsecamente conservador, como lo fue el *fascismo*⁶.

Hoy tal etiqueta puede considerarse arcaica o fuera de contexto, sin embargo, sus raíces permanecen intactas. De ello pueden dar cuenta no sólo las principales legislaciones occidentales del primer mundo, sino también nuestro Código Procesal Civil, que ha recibido un sólido espaldarazo –por la continuidad y, en ciertos aspectos, por un más específico desarrollo de los principios y valores que lo gobiernan– con el Código Procesal Constitucional del 2004.

Frente al Código Civil de 1984, de matriz marcadamente liberal, individualista y ajeno a las diferencias económicas y culturas de la sociedad, el Código Procesal Civil se construye sobre bases constitucionales, colocando a la *paz social* como fin supremo (art. III) y a los derechos a la *tutela jurisdiccional efectiva* y al *debido proceso* (art. I), como principios informadores de la actividad judicial⁷, como referentes interpretativos primarios para la aplicación de las normas (art. III, segundo

5. TESORIERE, *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, p. 1595. La mayor parte de la obra de Piero CALAMANDREI se desarrolla en un contexto donde “estaba muy difundida la opinión que tanto las concepciones publicísticas del proceso, como las concepciones publicísticas de la acción civil eran acordes con una organización autoritaria del proceso civil, así como con los modelos organizativos del régimen fascista” (TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, en *Dottrine del Processo Civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna, Il Mulino, 1989, p. 249).
6. Por ejemplo, Alfredo ROCCO, ministro y legislador fascista, no esconde en su obra una concepción “liberal” del proceso, sin embargo, en su conversión hacia el autoritarismo es implacable frente a “toda dirección doctrinal inspirada en ideologías distintas y a toda propuesta de reforma radical, que combate duramente (sobre el plano teórico y práctico) en nombre de una ‘tradicón italiana’ por conservar y por transmitir en el respeto de la organización jurídico-liberal, en cuyos principios inspiradores él se sustenta” (cursiva nuestra). FERRO, *Alfredo Rocco e la procedura civile (1906-1917)*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, IV, 1974, p. 470.
7. Según DENTI, el conocido escrito de COUTURE (*La garantía procesal del ‘debido proceso legal’*) publicado en los años 50’ fue el que introdujo por vez primera “el tema del *due process* en nuestra cultura procesal”. Dicha categoría –cuyo origen se remonta varias centurias atrás (siglo XIII)– fue revitalizada en la posguerra, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (art. 10) y junto con la “efectividad de la tutela” (recogida por el art. 24 de la Constitución italiana del mismo año) componen las dos cabezas de playa por medio de las cuales el proceso comienza a impregnarse de constitucionalismo a nivel occidental. A partir de aquí, por ejemplo, los conceptos abstractos del proceso comienzan a entrar en crisis. Así, por ejemplo, años después, DENTI identificaría como un “dato cultural adquirido” la “insuficiencia de la noción puramente procesal de acción como para constituir un soporte” del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. En otras palabras, “la *accionabilidad* de los derechos y de los intereses legítimos, bajo el perfil constitucional, no es reconducible ni a la acción en sentido abstracto, ni a la acción en sentido concreto, sino que es considerada como la proyección sobre el plano de la jurisdicción de las formas de tutela (real,

párrafo) y para el efectivo reconocimiento de los derechos procesales y de los que son puestos en juego durante el desarrollo de las causas (art. III, primer párrafo). Pero también, como criterios de actuación no sólo jurídicos, sino éticos tanto de los Jueces y auxiliares, como de las partes en conflicto y sus abogados.

Del art. I no menos importante es destacar que se colocan al mismo nivel, como merecedores de tutela jurisdiccional efectiva, tanto el ejercicio del *derecho de acción* como el *derecho de defensa* (y al interior de éste, el *principio del contradictorio*), a efectos de salvaguardar las situaciones jurídicas (derechos e intereses) que se controvierten en el proceso. En la misma línea, al incluirlos en su Título Preliminar, el Código se encarga de dotar de generalidad a otros principios informadores del proceso como el de la *demanda privada o iniciativa de parte* (art. IV, primer párrafo), prohibiendo que los procesos civiles se inicien de oficio; el de *buena fe procesal* (art. IV, segundo párrafo), ordenando al Juez que si es posible impida y, de no ser así, sancione “cualquier conducta ilícita o dilatoria”; los de *inmediación, concentración, economía y celeridad* procesales (art. V); el de gratuidad en el acceso a la justicia (art. VIII); el de vinculación o imperatividad de las normas procesales (art. IX, primer párrafo), otorgándole a éstas carácter de orden público a menos que, como es natural, disposiciones específicas reconozcan la primacía al poder discrecional del Juez (p.e. en la disposición de medios probatorios de oficio) o a la voluntad de las partes (p.e. en casos de desistimiento, renuncia, allanamiento transacción).

También se prevé el *principio de formalidad* (art. IX, segundo párrafo) que ordena al Juez adecuar las exigencias formales “al logro de los fines del proceso” (léase, a la tutela procesal de los derechos en base a la expedición de sentencias o resoluciones que resuelvan definitivamente la litis). Concordando esta disposición con los principios de *legalidad, trascendencia, convalidación, conservación* (denominado de “subsanción” o “integración”), *limitación* (regulado como “extensión de la nulidad”) que gobiernan la nulidad procesal (arts. 171-173) y teniéndose en cuenta que *no hay nulidad* sin que concurran *vicio y error* (art. 174), es fácil comprobar la clara vocación *antiformalista* de nuestro ordenamiento. Sin embargo, a pesar de que, al igual que los demás principios, aquél posee carácter general, es necesario reconocer que aún no ha recibido la debida atención por parte de nuestra judicatura que, sobre todo, a nivel de las cortes superiores, abusa de las declaraciones de nulidad y reenvío, perjudicando seriamente el *derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*.

obligatoria, resarcitoria, inhibitoria, etc.) que el ordenamiento prevé para las situaciones subjetivas” (*Valori costituzionali e cultura processuale, in Sistemi e Riforme, cit., pp. 60-64*).

Pero el Código va más allá, pues contiene una manifestación concreta y significativa del sustrato constitucional y democrático que lo inspira, cual es el *principio de socialización* (art. VI). Se trata, tal vez, de la norma más importante del ordenamiento procesal, en cuanto escapando de un tratamiento jurídico meramente formal del fenómeno social⁸, impone al Juez el deber de “evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política y económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso”. Es el espíritu de esta norma, dejando de lado explicaciones “dogmáticas” fuera de contexto, el que impulsó al legislador a dotar de mayores poderes al Juez (si es que antes tenía alguno significativo) y a erigirlo como director del proceso. Intentando encontrarle cinco pies al gato, algunos aún no comprenden que cualquier diseño procesal, por más acabado que pudiera resultar, no sirve de nada si es aplicado mecánicamente por un Juez amordazado⁹, sin posibilidades de reacción en un universo social como el nuestro, donde las diferencias culturales y económicas de sus miembros, todos litigantes en potencia, son tan hondas que nos avergüenza admitirlo. Ciertamente, dejar a su suerte a las clases menos favorecidas, privarlas de un acceso real y efectivo a la justicia, permitir que sean aplastadas por leyes injustas y por la retórica de los abogados que las justifican no son problemas que sólo se solucionan con las normas, los Jueces deben completar la tarea.

* * *

Con respecto al resto de normas contenidas en el Código, más allá del elaborado tratamiento de las categorías e institutos fundamentales de nuestra ciencia (nos referimos al tratamiento de los conceptos de demanda, contestación, reconvencción, pretensión, acto procesal, sujetos del proceso, sucesión, sustitución procesal, for-

8. “El principio de la ley igual para todos se convierte dialécticamente en la máxima injusticia”, LABRIOLA, citado por CERRONI, *La libertad de los modernos*, Barcelona, 1972, p. 69. En el mismo sentido, MONROY GÁLVEZ nos recuerda la sabia ironía de Anatole FRANCE: “la ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe tanto a los ricos como a los pobres dormir en las bancas de los parques o debajo de los puentes” (*La ideología en el Código Procesal Civil peruano*, cit., p. 192).
9. “Ese pensamiento parte de una premisa: la mejor solución de las cuestiones para la convivencia humana es la que resulta del libre embate entre los interesados, con la presencia del Estado reducida a la de mero fiscal de observancia de ciertas ‘reglas de juego’. Proyectada en la tela de la economía, semejante idea lleva a la glorificación del mercado como supremo regulador de la vida social. Proyectada en la tela de la justicia, apoya una concepción del proceso modelada a la imagen del duelo o, si se quiere una expresión menos belicosa, de competición deportiva. *El gran problema es que, para funcionar de manera éticamente aceptable, semejante género de mecanismos presupone al menos una relativa paridad de fuerzas. Infelizmente la realidad no siempre satisface ese presupuesto. Es suficiente recordar el factor de desequilibrio con frecuencia resultante de la posibilidad que tiene la parte más fuerte de contar con los servicios de un mejor abogado. Mayor habilidad en el interrogatorio de testigos, sin la corrección de un Juez atento y empeñoso en hacer justicia, es capaz de generar una apariencia engañosa en el resultado de la prueba*” (BARBOSA MOREIRA, *O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo*, en *Temas de Direito Processual*, Novena Serie, cit., p. 66. Las cursivas son nuestras).

mas especiales de conclusión del proceso, competencia y jurisdicción, litisconsorcio e intervención de terceros, acumulación objetiva de pretensiones, sentencia y cosa juzgada, etc.) que por razones de espacio no es el caso desarrollar, podemos sintetizar en tres los alcances más importantes que posee el referido cuerpo legal: la *postulación del proceso*, la *diferenciación de la tutela procesal* y, al interior de ésta, particularmente, el *tratamiento de la tutela cautelar*.

En cuanto a la *postulación del proceso*, cuyos elementos fueron discutidos hasta la saciedad a lo largo del siglo XX, el Código prevé un tratamiento coherente e innovador. La postulación es la etapa procedimental más sensible. De su adecuado tratamiento, donde interactúan la técnica y el arte del Juez, depende la obtención de un pronunciamiento judicial definitivo y expedido sin dilaciones innecesarias. En buena cuenta, el prestigio de la judicatura –representado, entre otras variables, por la posibilidad de mantener una carga laboral razonable, de concentrar sus esfuerzos en las causas más complejas y socialmente más relevantes y, finalmente, de asegurar a la ciudadanía el efectivo reconocimiento de los derechos vulnerados u objeto de amenaza– se juega cada día en la capacidad de los Jueces de encaminar las causas por vías seguras, claras y previsibles, hasta su desenlace.

La postulación prevista por el Código Procesal Civil parte de la identificación de los elementos que componen la pretensión (petitorio y *causa petendi*), exigiendo al actor que los desarrolle plenamente en el escrito de demanda, acompañando además todos los medios probatorios (arts. 424 y 425). La modificación de la demanda (art. 428), así como la posibilidad de presentar medios probatorios sobre hechos nuevos o de indicar (para su posterior utilización) aquellos que, al momento de demandar, no estén disponibles son situaciones jurídicas que también se encuentran convenientemente previstas en el referido cuerpo legal. Por otro lado, se regulan explícitamente los requisitos y el contenido para la contestación de la demanda (art. 442), así como la eventual reconvenición, exigiéndose, para esta última, que guarde conexidad con la “relación jurídica invocada con la demanda” (art. 445). Del mismo modo, se indican los requisitos para la obtención de una sentencia (los llamados *presupuestos procesales y condiciones de la acción*), de manera que, la ausencia o fallida configuración de alguno de ellos da lugar al rechazo de la demanda por *inadmisibilidad o improcedencia*, dependiendo que estemos frente a un vicio subsanable o no, respectivamente (arts. 426 y 427). Esta declaración se puede realizar de manera liminar, es decir, durante la calificación de la demanda o en cualquier momento posterior hasta la expedición del auto de saneamiento, es decir, de la resolución que concluye propiamente la fase postulatoria (art. 466).

Hasta ahí la cuestión procedimental. La coherencia e innovación se explican en el tratamiento uniforme que se otorga, precisamente, a los requisitos para la

obtención de una sentencia (tradicionalmente conocidos como los *requisitos para la configuración de una relación procesal válida y para un pronunciamiento válido sobre el fondo*), en cuanto se supera la discusión teórica sobre la naturaleza procesal o sustancial de las categorías jurídicas que las componen (colocándose en el mismo grupo la *cosa juzgada*, la *litispendencia*, la *caducidad* o la *prescripción*, por citar algunos ejemplos), reconociéndose implícitamente que la deducción de cualquiera de ellas –sea a pedido de parte (vía *excepción*) o de oficio (cuando corresponda)– da lugar a un incidente sobre *hechos impeditivos, modificativos* o *extintivos* que poseen la particular aptitud de concluir anticipadamente el proceso sin necesidad de la expedición de una sentencia, es decir, sin necesidad de que haya un pronunciamiento sobre los *hechos constitutivos* de la demanda, ni valoración de los medios probatorios que la sustentan. Ciertamente, lo ideal es que todo proceso concluya con un pronunciamiento sobre la fundabilidad o no de aquélla, no obstante, sin necesidad de afectar la validez de esa premisa, no menos exacto es que, en algunas ocasiones, la correcta deducción de un *hecho impeditivo, modificativo* o *extintivo*, abrevia una discusión innecesariamente dilatoria sobre un derecho que, precisamente por la circunstancia deducida, no puede ser reconocido a nivel jurisdiccional¹⁰. En otras palabras, el Código ofrece, innovadoramente en sede nacional, un conjunto de reglas (recogidas básicamente en los arts. 446-457 y 465-467) que, respetando el *principio del contradictorio*, pero también el de *economía procesal*, permiten obtener un pronunciamiento con autoridad de cosa juzgada (art. 123) que, en condiciones temporalmente oportunas, determina el rechazo de la demanda, evitando que a futuro se vuelva a iniciar un proceso en los términos originalmente planteados¹¹.

10. “Aquí importa mucho que el órgano judicial se esfuerce por preservar el justo equilibrio entre dos intereses eventualmente contrapuestos. Por una parte, no cabe duda sobre la conveniencia de evitar la prolongación ociosa de una actividad procesal destinada a frustrarse. Por otra parte, hay que tener en cuenta el riesgo de que una extinción apresurada del proceso implique, para el litigante, el cercenamiento de la posibilidad de producir prueba de sus alegaciones”. (BARBOSA MOREIRA, *Coincidencias y diferencias del nuevo Código Procesal Civil peruano frente a la legislación brasileña*, en *Temas de Direito Processual*, Sexta Serie, São Paulo, 1997, Saraiva, p. 270).
11. Sobre esta materia tanto la norma como la práctica judicial se han adelantado, con éxito, a la doctrina. Sin embargo, aún se siente la necesidad de realizar trabajos de mayor profundidad. Al respecto, me permito citar mis artículos *Admisibilidad, procedencia y fundabilidad en el ordenamiento procesal civil peruano*, en *Jus*, 5, mayo del 2007, p. 185 y ss. (también en <http://derechoyproceso.blogspot.com/2007/07/dos-nuevos-trabajos.html>) y *Rechazo de la demanda e interrupción de la prescripción*, en *Athina*, 3, 2007, p. 49 y ss. Para una cabal comprensión de la materia abordada resultan fundamentales RIMMELSPACHER, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozeß* [El examen de oficio en el proceso civil], Gotinga, 1966; H.J. SAUER, *Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozeß* [El orden en el examen de la procedencia y fundabilidad de la demanda en el proceso civil], Berlín, 1974 y, últimamente, M. FORNACIARI, *Presupposti Processuali e Giudizio di Merito. L'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996.

Con respecto a la *diferenciación de la tutela procesal*, el Código acoge la clásica tripartición de los procesos (de manera explícita: *de conocimiento, de ejecución y cautelar*) y de las tutelas en función de su eficacia (de manera implícita: *meramente declarativa, de condena y constitutiva*)¹², estableciendo además, con respecto al proceso de conocimiento, tres modalidades procedimentales (*conocimiento pleno, abreviado y sumarísimo*), dentro de las cuales –con relación a las dos últimas– se prevén reglas especiales que facilitan la tramitación de una variada gama de controversias específicas (interdictos, tercerías, desalojos, etc.). Sin perjuicio de estos notables logros, sobre todo si tenemos en cuenta que nuestra reforma procesal se construyó en un ambiente donde escaseaban los estudios doctrinales sobre la materia, restan aún –a efectos de alcanzar una tutela procesal de los derechos más plena y acorde con los actuales requerimientos de la justicia civil– por regularse convenientemente, por un lado, la *tutela preventiva*, que permita a los usuarios de la justicia no sólo acudir al Juez alegando la *violación de su derecho*, sino también la simple *amenaza* de dicha violación (tal como sucede con el proceso de amparo); por el otro, la *tutela de los derechos no patrimoniales*, dotando al Juez, de manera complementaria al clásico recurso a la ejecución forzada, de medidas coercitivas que permitan el cumplimiento de las sentencias en sus propios términos, antes que por su equivalente monetario.

Por último, tenemos la generosa regulación que nuestro ordenamiento concede a la *tutela cautelar*¹³, ratificando así la promesa del art. I, en cuanto reconoce el derecho fundamental a la *tutela jurisdiccional efectiva*. La medida cautelar, como ya se conoce, es el principal mecanismo para asegurar la eficacia del proceso, neutralizando los eventuales perjuicios que puede producir su excesiva duración o la actividad maliciosa de la contraparte, mientras se espera el pronunciamiento de la decisión que pone fin al proceso. En esa línea eminentemente garantista (esta vez en sentido propio) el Código establece con pulcritud cuáles son los requisitos para su concesión (peligro en la demora, verosimilitud del derecho y adecuación) y para su ejecución (caución); cuáles sus características esenciales (provisionalidad, instrumentalidad, variabilidad, etc.) y cuáles sus modalidades, es decir, desde las clásicas (secuestro, embargo o anotación de la demanda) hasta las más elaboradas como el caso de las medidas innovativas y de no innovar. Por

12. Cfr. MONROY PALACIOS, *Criterios para la identificación de las distintas formas de tutela procesal*, en *La Tutela Procesal de los Derechos*, Lima, Palestra, 2004, p. 280 y ss. Para un enfoque crítico pero, al fin y al cabo, en línea con la tradición ver BARBOSA MOREIRA, *Questões velhas e novas em matéria de classificação das sentenças*, en *Temas de Direito Processual*, Octava Serie, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 125 y ss., donde el autor sostiene que el primero que clasifica las sentencias conforme a como hoy las concebimos fue HELLWIG, en su *System des deutschen Zivilprozessrecht* [Sistema del derecho procesal civil alemán], Leipzig, 1912.

13. Prevista en el Título IV de la Sección V del Código.

último, a efectos de evitar que las partes y el Juez se vean limitados por la letra de la ley, el ordenamiento procesal reconoce a este último un *poder general de cautela*, en el sentido de permitirle el otorgamiento de medidas cautelares atípicas, siempre que la parte demuestre la plena adecuación e insustituible necesidad de la cautela solicitada¹⁴.

En líneas generales, estos son los aspectos que consideramos más relevantes del Código Procesal Civil de 1993. Como sostuvimos al inicio, decir que el Código cambió el procedimentalismo por la ciencia, supone apreciar el fenómeno por su lado más superficial y anecdótico. Cualquier reforma, incluso aquella que se hubiera limitado a copiar algún ordenamiento foráneo sería largamente mejor que lo que teníamos antes. El auténtico mérito del principal ordenamiento procesal del país (lo decimos no sólo porque el proceso civil es la disciplina que más se ha desarrollado respecto de sus pares penal, administrativo, constitucional o laboral, sino porque sus principios –siempre que no exista incompatibilidad– se aplican supletoriamente a todos los demás ordenamientos procesales) reside en su apertura al derecho constitucional, enunciando y disponiendo los mecanismos para hacer efectivas todas y cada una de las garantías fundamentales del proceso; en un marcado compromiso social, otorgando poderes al Juez para que no permita que las diferencias sociales, culturales o económicas sean las que determinen quién tiene la razón y la justicia de su lado y, por último, en su renuncia a copiar acríticamente cualquier modelo extranjero, optando, más bien, por emprender un camino propio en el cual la ruta, sin dejar de reconocer los logros alcanzados por otros, la marca la adecuada comprensión de nuestros propios errores.

En conclusión, frente a una legislación procesal oscura, absurda y contradictoria, a la que no es posible asignarle orientación ideológica alguna, netamente conservadora, ajena a todo criterio técnico y menos aún científico, creadora de procesos interminables y de jueces “neutrales” y distantes, queda evidenciado que el Código Procesal Civil de 1993 se presentó como una alternativa.

* * *

No quisiera terminar esta presentación sin referirme a las recientes reformas producidas al Código y a las nuevas perspectivas de análisis a las que se viene abriendo nuestra disciplina. En primer lugar, no debe sorprendernos que, cada

14. Se trata, ciertamente, de la concreción, a nivel legislativo, de las principales directrices reconocidas pacíficamente por la doctrina. Cfr. MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Lima, Comunidad, 2002, pp. 361-374; COMOGLIO-FERRI, *La tutela cautelar in Italia: profili sistematici e riscontri comparativi*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, p. 963 y ss. y, últimamente, RECCHIONI, *Il Processo Cautelare Uniforme*, Torino, UTET, 2006, pp. 28-34.

cierto tiempo, algunas partes del Código se modifiquen. No existe ordenamiento procesal en el mundo que no haya experimentado esta situación, como parte de la natural adaptación de la legislación a las cambiantes necesidades del contexto social donde se desenvuelve.

De las últimas reformas merece destacarse la que alteró algunos aspectos fundamentales del cuestionamiento de la competencia (Ley 28544), simplificando el procedimiento que surge a partir de aquél (art. 38) y consagrando una nueva institución en sede nacional que, a pesar de haber sido utilizado ocasionalmente en otras hipótesis, no tenía reconocimiento formal: la traslación (*traslatio iudicii*, art. 451,6). Otra modificación, no tan feliz en su concepción final, pero de singular importancia en cuanto a los objetivos que persigue, está contenida en la Ley 29057, en tanto busca acelerar los tiempos del proceso, evitando dilaciones innecesarias, particularmente en cuanto elimina la audiencia de saneamiento y restringe los medios probatorios a presentarse en los incidentes iniciados por la deducción de excepciones¹⁵. Es de esperar, en un futuro muy próximo, un mayor afinamiento de los cambios producidos por esta Ley, sin embargo, es interesante destacar que en la actualidad contamos con un legislador muy sensible y bastante presto a afrontar los problemas de nuestra justicia civil.

En los próximos meses se esperan reformas profundas al recurso de casación, al procedimiento cautelar y al proceso de ejecución. Se trata de minireformas que buscan afianzar los cambios iniciados con la entrada en vigor del Código. También es de esperarse que el legislador salde deudas importantes con requerimientos sociales urgentes, como la consagración del procedimiento monitorio, mecanismo que permitirá a los pequeños empresarios, profesionales y trabajadores independientes acceder a un cobro efectivo y rápido de sus acreencias; la regulación adecuada de la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, actualmente fragmentada en normas administrativas y abordada sólo tangencialmente por el Código y, por último, estableciendo un sistema adecuado, es decir no caritativo, de acceso a la justicia para los más pobres.

En buena cuenta, lo que en los años por venir se espera del Código y del Derecho Procesal en general es un compromiso más decidido con la realidad social a la cual sirven. Se trata de ir abandonando progresivamente esa vocación por la

15. No deja de resultar anecdótica la similitud de esta reforma con la producida en un contexto totalmente distinto: “curiosamente, el legislador austriaco, quien ya había dado un paso atrás en 1983, cuando hiciera facultativa la realización, originariamente obligatoria, de la audiencia preliminar, tomó en el 2002 la iniciativa de extinguir la; y para así obrar se justificó (¿quién lo hubiera imaginado?) en la necesidad de acelerar el procedimiento” (BARBOSA MOREIRA, *La significación social de las reformas procesales*, en *Temas de Direito Processual*, Novena Serie, cit., p. 105).

regulación y estudio de temas abstractos, de sabor puramente teórico, a través de los cuales se pretenden alcanzar, vanamente, verdades de validez universal. El proceso civil, por el contrario, debe abrirse a otras disciplinas si no quiere caer en la obsolescencia pues, haciendo nuestras las palabras de un gran maestro que nos dejó hace pocos meses, “el proceso es fundamentalmente un problema de hombres, y toda reforma es vana, si no tiene en cuenta la concreta realidad de los hombres a la cual está destinada y a quiénes deben realizarla. Estudiar el proceso en función del hombre quiere decir esencialmente estudiarlo en estricta correlación con los problemas políticos, económicos y sociales que todo ordenamiento presenta, y tener en cuenta el sentido del progreso que lo anima desde lo profundo. Nuestra ciencia, por tanto, debe ser al mismo tiempo economía, política y sociología, si no quiere perder el contacto con los hombres que esperan, más que un proceso justo, un proceso que concrete la justicia social. Es ésta la fascinante, pero difícil tarea que espera a las jóvenes generaciones”¹⁶.

16. DENTI, *Il processo come strumento di politica sociale*, en *Processo Civile e Giustizia Sociale*, cit., p. 75.

XVI

DA ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À PROTEÇÃO¹⁻²

Robert Alexy

Catedrático de Direito Público e Filosofia de Direito da
Universidade Christians-Albrechts, Kiel, Alemanha.

RESUMO: Principalmente a partir da segunda metade do século XX, o conteúdo dos direitos fundamentais deixou de se limitar aos direitos liberais de defesa. A eles foram acrescidos os direitos a ações positivas do Estado, o que, para alguns, redundaria em uma transformação fundamental e dramática do caráter da Constituição, que se transmutaria de uma *ordem base* do processo democrático de formação de vontade para uma *ordem fundamental* da coletividade. Nesse sentido, uma “transição do Estado de legislação parlamentar para um Estado de jurisdição do Tribunal Constitucional” (Böckenförde) seria irrefreável. O artigo responde à chamada crítica da ultraconstitucionalização através da análise da estrutura dos direitos à proteção, concluindo que a positividade destes não acarreta uma ultradeterminação da atividade legislativa, sendo, ao invés, conciliável com a ideia de um ordenamento base, que concede espaço para a autonomia da legislação parlamentar.

PALAVRAS-CHAVE: expansão dos direitos fundamentais; ultraconstitucionalização; ações estatais positivas; direitos fundamentais à proteção; proporcionalidade; proibição de insuficiência; espaços de ação legislativos.

ZUSAMMENFASSUNG: Von der zweiten Hälfte des 20. Jahrhundert an hat sich der Inhalt der Grundrechte weit über den der liberalen Abwehrrechte hinaus ausgeweitet. Leistungsrechte wurden hinzugefügt, was nach einem Einwand der Grundrechte zu einer fundamentalen und dramatischen Veränderung des Charakters der Verfassung führte. Die Verfassung verwandelte sich von einer *Rahmenordnung* für den demokratischen Prozeß der Willensbildung zu einer *Grundordnung* der Gemeinschaft. In diesem Zusammenhang wäre der „Übergang vom parlamentarischen Gesetzgebungsstaat zum verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“ (Böckenförde) unaufhaltbar. Der vorliegende Aufsatz versucht, der sogenannten Kritik der Überkonstitutionalisierung zu widersprechen. Dafür wird die Struktur der Grundrechte auf Schutz analysiert. Ihre Positivierung führt nicht zu einer Überdetermination, da sie mit der Idee einer Rahmenordnung vereinbar ist, die Raum für die Autonomie parlamentarischer Gesetzgebung läßt.

Stichwörter: Expansion der Grundrechte; Überkonstitutionalisierung; Positive Handlungen des Staates; Grundrechte auf Schutz; Verhältnismäßigkeit; Untermaßverbot; Gesetzgeberische Spielräume.

1. Originalmente publicado sob o título “Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz”, in SIECKMANN, Jan-R. (Org.). *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys. Baden-Baden: Nomos, 2007, p. 105-122.
2. Traduzido por Artur Ferrari. Mestrando em Direito Público pela Universidade de São Paulo. Professor de Direitos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. O tradutor agradece a José Carlos Porciúncula Neto, Rose Solly, Manuela Ghissoni de Carvalho, Mirella Brito, Eduardo Jordão, Gustavo Prazeres e Renata Ferrari, pelos valiosos comentários, sugestões e correções de versões preliminares da tradução, isentando-os de qualquer responsabilidade por eventuais equívocos e/ou imprecisões.

SUMÁRIO: I A expansão dos direitos fundamentais. II O conceito de direitos a ações positivas do Estado. III Direitos à proteção e o problema da ultraconstitucionalização. IV Alternatividade. V A questão mais simples: violação do direito de defesa. 1 Adequação e necessidade. 2 proporcionalidade em sentido estrito. VI A questão mais difícil: violação ao direito à proteção. VII. Espaços de ação.

I. A EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na Alemanha, a história dos direitos fundamentais na segunda metade do século vinte é a história de uma expansão, que se caracteriza por três aspectos intimamente ligados. De acordo com o primeiro deles, os direitos fundamentais ampliaram seu âmbito de validade além da relação cidadão/Estado, bem como obtiveram uma “eficácia irradiante”³ por todo o sistema jurídico, tornando-se ubíquos. O segundo aspecto consiste no vínculo interno entre direitos fundamentais e máxima da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*). Se esta máxima é aplicável aos direitos fundamentais, estes possuem, então, necessariamente, a estrutura de princípios ou mandamentos de otimização.⁴ Assim ligam-se ubiqüidade e otimização. Por fim, de acordo com o terceiro aspecto, o conteúdo dos direitos fundamentais expandiu-se para muito além dos direitos liberais de defesa. O objeto dos clássicos direitos de defesa limita-se a omissões ou ações negativas do Estado. A eles foram acrescidos direitos a ações positivas do Estado, ou seja, direitos à prestação. Essa tríade caracteriza o que são hoje, os direitos fundamentais naquele país. Naturalmente, tal desenvolvimento não se limita aos direitos fundamentais na Alemanha. Um lance de olhos na práxis da Corte Européia de Direitos Humanos mostra que a expansão, ao menos no que toca os direitos a ações positivas⁵, tornou-se um projeto europeu. Em outras partes do mundo há um desenvolvimento semelhante. O problema da expansão dos direitos fundamentais tem, nessa medida, uma tendência universal.

A expansão foi sempre acompanhada por crítica, e a oposição é, hoje, mais forte do que nunca. Comum a todas as reservas é a acusação da ultraconstitucionalização. Ernst-Wolfgang Böckenförde conferiu a essa crítica uma forma imponente. De acordo com Böckenförde, a expansão dos direitos fundamentais acarretaria uma transformação fundamental e dramática do caráter da Constituição, que passaria de uma *ordem base* do processo democrático de formação de vontade para uma

3. BVerfGE 7, 198 (207).

4. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed., Frankfurt a.M., 1996, p. 100-104.

5. Comparar, por exemplo, Corte Européia de Direitos Humanos, julgamento de 23.7.1968, Caso das línguas belgas, Série A, 6, p. 31; Corte Européia de Direitos Humanos, julgamento de 13.6.1979, Caso Marckx, Série A, 31, n.º. 31; Corte Européia de Direitos Humanos, julgamento de 26.5.1994, Keegan v. Irlanda, Série A, 290, n.º. 48 ss.

ordem fundamental da coletividade.⁶ Porém, uma Constituição como ordem fundamental já conteria, ao menos “in nuce”,⁷ todo o ordenamento jurídico.⁸ A tarefa do processo democrático reduzir-se-ia a executar o que já estivesse decidido pela Constituição. Monitoraria o cumprimento dessa tarefa o Tribunal Constitucional, que obteria, assim, todo o poder efetivo. Uma “transição do Estado de legislação parlamentar para um Estado de jurisdição do Tribunal Constitucional”⁹ seria irrefreável. A única possibilidade de evitá-la representaria um retorno a um “entendimento dos direitos fundamentais como direitos de liberdade subjetivos, no sentido de defesa contra o Estado”.¹⁰

Está correta essa crítica? Estaria, se a definida expansão através da ubiquidade, otimização e atividade dos direitos fundamentais, de fato, implicasse que toda norma jurídica e toda decisão judicial já estivessem contida na Constituição, de forma que o Legislador parlamentar perdesse completamente qualquer autonomia e, com isso, todas as reais competências, o que seria incompatível com a democracia.

A resposta à questão de se a expansão dos direitos fundamentais reduz as competências do Parlamento, numa medida não tolerável, decide se a história da expansão dos direitos fundamentais é a história de um erro. Os direitos a ações positivas do Estado foram o elemento central e sistemático desse desenvolvimento. Nossa análise deve concentrar-se em tal elemento.

II. O CONCEITO DE DIREITOS A AÇÕES POSITIVAS DO ESTADO

O conceito de direito a ações positivas do Estado compreende direitos de tipo completamente diferentes, que se deixam classificar juridicamente de modos diferenciados. Um deles é a classificação em (1) direitos à proteção, (2) direitos à organização e ao procedimento e (3) direitos sociais.¹¹ Apesar de consideráveis distinções com relação à estrutura e ao conteúdo desses direitos, há uma característica comum que justifica a sua reunião em um grupo. Todos eles requerem ações positivas. Para a sua não-violação, não basta que o Estado se omita em intervir nos respectivos âmbitos de proteção, tais como na vida, liberdade e propriedade. O Estado deve *fazer* algo.

6. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen”, in: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt a.M., 1991, p. 197 ss.

7. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. cit., p. 198.

8. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. cit., p. 189.

9. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. cit., p. 190.

10. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Ob. cit., p. 198; cf. também p. 194.

11. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (nota de rodapé 2), p. 296, 300-348.

Os problemas que Böckenförde, com propriedade, debita às ações positivas do Estado, resultam da diferença estrutural entre fazer positivo e omissão, e, de fato, ele tem razão quando afirma que direitos a um fazer positivo são mais complexos do que direitos que reclamam apenas uma omissão. A questão, portanto, é apenas se essa complexidade acarreta as conseqüências a ela ligadas por Böckenförde, o que se põe perante todos os três tipos de direitos a ações positivas do Estado. A seguir nos concentraremos nos direitos à proteção.

Os problemas dos direitos à proteção, a sua turno, deixam-se repartir em três grupos, quais sejam, (1) fundamentação, (2) conteúdo e (3) estrutura. No que se refere à fundamentação, trata-se de questionar se direitos à proteção devem ser finalmente abarcados pelo círculo dos direitos fundamentais, seja os que a Constituição cria ou altera, seja os que são por ela interpretados. O problema do conteúdo diz respeito, de um lado, à clássica tensão entre segurança e liberdade e, de outro, ao dispêndio financeiro ligado aos direitos à proteção, assim como aos outros direitos a ações positivas, especialmente os sociais. Os custos de cada proteção são liberdade, dinheiro ou ambos. A solução tanto do problema de fundamentação quanto daquele de conteúdo pressupõe clareza acerca dos direitos à proteção. Aqui, o problema da estrutura continuará sendo central.

III. DIREITOS À PROTEÇÃO E O PROBLEMA DA ULTRACONSTITUCIONALIZAÇÃO

Direitos fundamentais à proteção são direitos de seu titular contra o Estado, a que este o proteja contra intervenções de terceiros. Seu objeto pode ser de tipo altamente diferenciado. O espectro daquilo diante do que se há de proteger alcança desde o assassinato, passando pelo insulto, até os perigos da utilização pacífica da energia atômica. O problema principal desses direitos é que a proteção de uma pessoa significa uma intervenção na liberdade de outrem. Assim, a proteção contra manifestações aviltantes pressupõe uma intervenção na liberdade de manifestação da opinião. Essa dialética entre proteção e intervenção alimenta, desse modo, a suposição de que se ambos os direitos, é dizer, tanto os direitos à proteção quanto os de defesa devem ser otimizados de acordo com as regras da proporcionalidade, pode haver, freqüentemente, apenas uma solução correta, que seria algo como um ponto ideal ou superior.¹² Esta crítica do ponto mais elevado deságua no mesmo

12. Cf. LERCHE, Peter. "Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?", in: BURMEISTER, Joachim (Org.). *Verfassungsstaatlichkeit*: Festschrift für Klaus Stern. München, 1997, p. 205; LERCHE, Peter. "Facetten der „Konkretisierung“ von Verfassungsrecht", in: KOLLER, Ingo; HAGER, Johannes; JUNKER, Michael; SINGER, Reinhard; NEUNER, Jörg (Org.). *Einheit und Folgerichtigkeit im juristischen Denken*: Symposium zu Ehren von Claus-Wilhelm Canaris. München, 1998, p. 21; WAHL, Rainer. "Der Vorrang der Verfassung", *Der Staat* 20 (1981), p. 504; SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, Berlin, 1989, p. 174.

problema da crítica do ordenamento fundamental de Böckenförde: na ultradeterminação e, com isso, na ultraconstitucionalização. Ora, não se pode duvidar que uma ultraconstitucionalização é inaceitável, o que seria analiticamente correto. Há apenas três saídas para isso. A primeira compreende a supressão dos direitos à proteção. O apelo de Böckenförde para o retorno aos direitos de defesa caminha nessa direção. Porém, há fortes razões a favor dos direitos à proteção. Para dar apenas um exemplo, não feriria o Estado o direito à vida se extinguisse a punibilidade do homicídio? A segunda alternativa seria a renúncia à proporcionalidade e, com ela, à otimização, ao menos no que tange aos direitos à proteção. Os defensores dessa solução tendem a substituir a proporcionalidade pela idéia de uma medida mínima ou *standard* de proteção.¹³ Como, porém, se há de determinar a medida mínima? Se isto deve ocorrer com o auxílio da máxima da proporcionalidade, a segunda solução não é realmente uma segunda solução, mas na verdade, a terceira, que se vê perseguida por quem procura apontar que a ligação entre direitos à proteção e proporcionalidade não acarreta uma ultradeterminação, nem mesmo uma total determinação. Ela é conciliável com a idéia de um ordenamento-base, que deixa espaço para a autonomia da legislação parlamentar. Essa tese deve ser aqui defendida. Sua fundamentação dá-se em três etapas. Na primeira, cuida-se da estrutura dos direitos à proteção; na segunda, da estrutura da proporcionalidade, e, na terceira, de alguns elementos dos espaços de ação (*Spielräume*).

IV. ALTERNATIVIDADE

A estrutura dos direitos à proteção é, sob um aspecto, fundamentalmente diferente daquela dos direitos de defesa. Direitos de defesa são proibições de destruir, dificultar ou, de qualquer modo, prejudicar. Direitos à proteção são mandamentos de defender, salvaguardar, ou, de qualquer forma, proteger. Quando é *proibido* destruir ou prejudicar algo, então, é proibida *toda* ação que represente uma destruição ou prejuízo. A seu turno, quando se *impõe* proteger ou salvaguardar algo, nem *toda* ação que represente uma proteção ou salvaguarda é imposta. Dessa forma, a proibição do homicídio implica, *prima facie*, a proibição de qualquer ação homicida, enquanto o mandamento de salvaguarda, contrariamente, não implica que toda ação de salvaguarda seja imposta. Se for possível salvar uma pessoa que está se afogando, seja nadando, seja através do lançamento de uma corda, ou ainda com o auxílio de um bote, de maneira alguma as três ações de salvaguarda são concomitantemente impostas. Imposto é, entretanto, proceder à primeira, à segunda, *ou* à terceira ação. Nesse sentido, os direitos à proteção possuem uma

13. Cf., por exemplo, ISENSEE, Josef. "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", in: ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Org.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. V, Heidelberg, 1992, p. 232.

estrutura *alternativa* ou disjuntiva, ao passo que os direitos de defesa apresentam uma estrutura *disjuntiva*. A ação (positiva) estatal inconstitucional tem um contrário definitivo, que compreende exatamente a omissão da ação inconstitucional. A estrutura alternativa significa não ter a omissão inconstitucional um contrário definitivo¹⁴, mas sim tantos contrários quantas alternativas houver. Todas as diferenças estruturais entre direitos de defesa e direitos à proteção se fundam nessa diferença. Isso se evidencia se associarmos a estrutura alternativa dos direitos à proteção com a máxima da proporcionalidade.

V. A QUESTÃO MAIS SIMPLES: VIOLAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA

Alternatividade e proporcionalidade poderiam ser associadas apenas no contexto da relação dialética de colisão entre direitos à proteção e direitos de defesa. Essa estrutura dialética implica a possibilidade de se colocarem duas questões. A primeira diz respeito à possibilidade de ter sido violado o direito de defesa; a segunda, de ter sido violado o direito à proteção. A primeira questão demanda resposta muito mais simples. Por isso, gostaríamos de começar por ela

A questão acerca da violação de um direito de defesa se desdobra numa série de sub-questões. Aqui, interessa apenas a proporcionalidade. O ponto decisivo é que, quando se trata da violação de um direito de defesa, não há diferença lógica entre a verificação de uma intervenção justificada por um direito à proteção e a verificação de uma intervenção, para a qual um bem coletivo é citado como justificção.

A máxima da proporcionalidade compreende três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo, todas elas, a expressão da idéia de otimização.¹⁵ Aplicar a máxima da proporcionalidade a direitos fundamentais significa tratá-los como mandamentos de otimização, é dizer, como princípios.¹⁶ Por essa razão, será freqüentemente utilizada, a seguir, a expressão “princípio”, em vez de “direito”.

1. Adequação e necessidade

As primeiras sub-máximas da proporcionalidade são as da adequação e da necessidade. A primeira delas proíbe meios intervenientes em direitos fundamentais que não fomentem as metas por si perseguidas. Se o meio *M*, empregado para

14. Cf. LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*. Baden-Baden, 1998, p. 40.

15. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (nota de rodapé 2), p. 100-104.

16. ALEXY, Robert. *Ob. cit.*, p. 75 ss.

realizar um direito à proteção, não é, para tanto, adequado, intervindo, contudo, num direito de defesa, logo, é desproporcional e, por isso, inconstitucional. O mesmo vale para a relação de inadequação de *M* com qualquer outra meta. A situação é similar no caso da necessidade. A máxima de necessidade exige que, dentre dois meios igualmente realizadores de um direito à proteção, seja escolhido aquele que menos intensivamente intervenha no direito de defesa. O mesmo vale se ambos os meios fomentarem, igualmente, qualquer outra meta.

2. Proporcionalidade em sentido estrito

As coisas se tornam mais interessantes tão logo se passe a examinar a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Aqui, entra em jogo um aspecto que mantém seu significado quando a direção do exame da proporcionalidade é invertida. Isso ocorre ao se questionar se o direito à proteção foi violado. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é idêntica a uma regra que se pode chamar “lei da ponderação”¹⁷, cujo teor é o seguinte:

Quanto maior for o grau de não- realização ou afetação de um princípio, maior tem de ser a importância da realização do outro princípio.

Na realidade, a lei da ponderação não revela completamente a estrutura complexa da ponderação, embora indique seu aspecto principal. A fórmula do peso dá uma descrição completa da estrutura da ponderação entre dois princípios. No “Postscript” ao “Theory of Constitutional Rights” ela foi introduzida de forma bem minuciosa, onde cada uma das três maiúsculas expressa um fator¹⁸, e apresenta o teor seguinte:

$$WP_{i,j}C = \frac{IPC \cdot WPA \cdot RPC}{SP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

Em seguida, simplifiquei-a como segue:¹⁹

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

17. ALEXY, Robert. Ob. cit., p. 146.

18. ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford, 2002, p. 406-408, 419.

19. ALEXY, Robert. “Die Gewichtsformel”, in: JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter; REUTER, Sieter (Org.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, 2003, p. 790. A alteração de “W” por “G” e de “R” por “S” resulta da transição do inglês para o alemão. Para uma versão simplificada em inglês, cf. ALEXY, Robert. “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003), p. 446.

A fórmula do peso é uma tentativa de representar a estrutura da ponderação com o auxílio de um modelo matemático. “ $G_{i,j}$ ” representa o peso concreto do princípio P_i . Este é o peso de P_i nas circunstâncias do caso a decidir, relativamente ao princípio colidente P_j . “ I_i ” representa a intensidade da intervenção em P_i provocada pelo meio ou medida M , cuja proporcionalidade se encontra sob exame. O fator mais importante no que concerne ao direito à proteção é I_j . “ I_j ” representa a intensidade dos efeitos negativos que a omissão da intervenção em P_i , é dizer, $\neg M$, teria no que se refere ao princípio colidente P_j , ou seja, a intensidade da intervenção em P_j através da não-intervenção em P_i . “ G_i ” e “ G_j ” representam os pesos abstratos de P_i e P_j . Em muitos casos, os pesos abstratos são iguais, o que significa que eles podem ser reciprocamente neutralizados. É possível, então, anulá-los. “ S_i ” e “ S_j ” referem-se à segurança das suposições empíricas acerca do que significa, sob as circunstâncias do caso concreto, a medida M para a não-realização de P_i e a realização de P_j . Há inúmeros casos nos quais a decisão, essencialmente, ou até mesmo exclusivamente, depende de S_i e S_j . Porém, há muitos deles em que S_i e S_j são iguais, de modo que podem ser anulados. Se G_i e G_j também o puderem, a decisão passa a depender apenas de I_i e I_j . A fórmula do peso pode, então, aplicar-se da seguinte forma reduzida:

$$G_{i,j} = \frac{I_j}{I_i}$$

Para mostrar o que isso significa, deve-se observar o caso Titanic, do Tribunal Constitucional Federal.²⁰ Esta sentença é uma decisão de defesa/proteção na qual a fórmula do peso foi aplicada em sua forma reduzida. Trata-se do clássico conflito entre liberdade de manifestação e direito da personalidade.

A conhecida revista satírica Titanic retratou um oficial da reserva paraplégico, que obtivera sucesso na sua incorporação ao serviço militar, primeiramente como “homicida nato” e, em seguida, numa edição posterior, como “inválido”. O Tribunal de Recursos de Düsseldorf, a pedido do oficial da reserva, condenou a revista a uma indenização no montante de 12.000 marcos. A Titanic interpôs uma reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). O Tribunal Constitucional Federal, em sua decisão de 1992, procedeu a uma “ponderação relacionada ao caso”²¹, entre a liberdade de opinião (P_i) da revista interessada, e o direito geral da personalidade (P_j) do oficial da reserva. Para tal fim, a intensidade da lesão a esses direitos é determinada e posta em uma relação recíproca. Fundamentalmente, há

20. BverfGE 86, 1.

21. BVerfGE 86, 1.

dois modos de fazê-lo. No que tange ao primeiro modo, renuncia-se a qualquer classificação isolada das intensidades de intervenção, pois ela se limita à constatação de que I_i é mais, menos ou tão intensa quanto I_j . Certamente o Tribunal segue a segunda via. Escolhe-a quem primeiramente classifica as intensidades das intervenções em si ou isoladamente, obtendo daí o resultado. Uma das questões mais importantes da teoria da ponderação consiste em saber se essa segunda via é realmente acessível.

Classificações isoladas são impossíveis sem escala, sendo concebíveis escalas bem diferentes. De um lado, há as escalas infinitesimais, extremas, e, de outro, uma escala com apenas dois níveis. Naturalmente poder-se-ia pensar numa escala com apenas um nível. Tudo permanecendo igual, preferências racionais são impossíveis.

No direito, a ponderação se funda em argumentos e não em qualquer tipo de medição que se fizesse possível sem argumentos, por exemplo através da observação, de instrumentos ou da intuição. Isso significa que a intensidade das intervenções deve se expressar por meio de asserções, as quais tanto podem ser justificadas quanto refutadas através de argumentos. Para aduzir um argumento a favor ou contra uma asserção acerca da intensidade de uma intervenção, deve-se entender a asserção. Por isso, a inteligibilidade das asserções acerca das intensidades das intervenções é uma condição necessária à adequação de qualquer escala utilizada numa ponderação jurídica.

Uma escala inteligível, que, nesse ponto, não traz quaisquer dificuldades, é a escala “leve”, “média” ou “intensa”, expressa por meio de “*l*”, “*m*” e “*s*”. Esta escala triádica pode ser facilmente refinada através da transformação numa escala triádica dupla, que trabalhe com novos níveis, representados da seguinte forma: (1) “*ll*”, (2) “*lm*”, (3) “*ls*”, (4) “*ml*”, (5) “*mm*”, (6) “*ms*”, (7) “*sl*”, (8) “*sm*”, (9) “*ss*”. Aqui não se vai prosseguir na questão.²² No presente contexto interessa apenas que a condição de inteligibilidade do refinamento da escala estabelece limites. Não é difícil entender o que é uma intervenção leve de tipo intenso, mas o que se deve, a título de exemplo, entender por uma intervenção leve medianamente intensa? Os níveis de um modelo triádico triplo parecem inteligíveis apenas nas extremidades, por exemplo em “*sss*”.

A fórmula do peso não procura substituir a ponderação como forma de argumentação por cálculo. Ela é apenas um instrumento formal que expressa a estrutura inferencial da ponderação de princípios, assim como a lógica proporciona os

22. Cf. ALEXY, Robert. “Die Gewichtsformel” (nota de rodapé 17), p. 786 ss.

meios formais que descrevem a estrutura inferencial da subsunção de regras. Para empregar a fórmula do peso como instrumento analítico, devem ser atribuídos números aos três valores de nosso modelo triádico, l , m e s . Aqui, há inúmeras possibilidades. Uma, bem simples – e ao mesmo tempo altamente instrutiva – é a seqüência geométrica 2^0 , 2^1 e 2^2 , isto é, 1, 2 e 4. Na decisão Titanic, o Tribunal Constitucional Federal classificou a intensidade da intervenção (I_i) na liberdade de opinião (P_i) por meio da condenação a uma indenização no montante de 12.000 marcos (M) como intensa (s). Tal intervenção, desse modo, só pode ser proporcional se for possível atribuir à proteção do direito da personalidade do oficial da reserva, no mínimo, uma importância concreta igualmente alta, que, aqui, reside na intensidade da intervenção (I_j) no direito do oficial da reserva à proteção. O Tribunal Constitucional Federal classificou de modo diferente a intensidade da intervenção no direito à proteção da personalidade (P_j) do oficial da reserva pela não-concessão da indenização ($-M$), no caso da descrição como “homicida nato”, de um lado, e no de sua caracterização como “inválido”, de outro. No primeiro caso, em face do contexto extremamente satírico, atribuiu-se à intensidade da intervenção apenas um valor médio (m), que tende para um valor leve (l).

Ao colocarmos os números de nossa seqüência geométrica, que correspondem a s e m , na fórmula do peso reduzida, obtemos, então, $4/2$, isto é, 2, como peso concreto de P_i ($G_{i,j}$). Dessa maneira se expressa a prioridade de P_i em face de P_j , através de um peso concreto maior do que 1. A sua vez, na caracterização do oficial da reserva como “inválido”, o Tribunal supôs uma intervenção mais intensa (s), por expressar uma humilhação e desrespeito. Isso acarretou um empate, que se expressa no valor 1. A esse respeito, a condenação a uma indenização não foi considerada desproporcional.

Nosso exemplo mostra que a colisão entre um direito de defesa e um direito à proteção possui uma estrutura relativamente simples, quando se trata da questão de uma medida protetiva M violar ou não o direito de defesa, porque desproporcional. Deve-se simplesmente indagar se no emprego do meio M a intensidade da intervenção no direito de defesa (I_i) é superior à intensidade da intervenção no direito à proteção (I_j), caso M não seja empregado, isto é, $-M$.

VI. A QUESTÃO MAIS DIFÍCIL: VIOLAÇÃO AO DIREITO À PROTEÇÃO

As coisas se tornam bem mais difíceis ao se mirar na direção oposta e perguntar se o direito à proteção foi violado, por se ter negado ou concedido a proteção em medida demasiadamente escassa. Um exemplo clássico é o do aborto. Aqui se trata apenas da estrutura da relação entre direito à proteção e proporcionalidade. Por isso, irei me limitar à consideração de uma constelação fortemente simplificada,

composta por quatro meios ou medidas alternativas, que se referem aos três primeiros meses de gravidez. A primeira medida, M_1 , é uma proibição estrita, de acordo com a qual o aborto apenas é permitido se a vida da mãe estiver em perigo. M_2 é uma proibição fraca, que permite aborto somente por razões sociais. M_3 substitui o sistema de proibições e exceções, e demanda apenas um aconselhamento, ao qual está certamente vinculada a possibilidade de ajuda financeira. Por fim M_4 consiste simplesmente na liberação do aborto nos três primeiros meses, o que pode ser considerado proteção, se o aborto for liberado apenas nos três primeiros meses. A meta não é solucionar o problema jurídico-constitucional do aborto. A atribuição de valores a quatro medidas $M_1 - M_4$ deve apenas auxiliar no desvelo da estrutura da ligação entre proporcionalidade e alternatividade, que permaneceria igual, se outros valores fossem corretos, e também não se alteraria se, do lado do nascituro, não estivesse em jogo um direito à vida, mas apenas uma obrigação do Estado de proteger a vida em nascimento.

O primeiro ponto importante é que, do lado do direito à proteção, no nosso caso, do lado do direito do nascituro à vida (P_i), freqüentemente duas linhas de valores são relevantes, ao passo que, do lado do direito de defesa, normalmente apenas uma das linhas sob consideração o é. A primeira linha representa a medida de proteção. Associando-a com a linha da intensidade da intervenção no direito de defesa, no nosso caso o direito da personalidade da mãe (P_j), surge uma dupla seqüência, como a seguinte:

P_i		P_j
Medida de proteção (U_i) ²³		Intensidade de intervenção (I_j)
s	M_1	s
m	M_2	m
m	M_3	$m (P_k)$
l	M_4	l

Isso parece ser uma conseqüência do empate, o que, de acordo com a fórmula do peso, significaria que todas as medidas seriam igualmente proporcionais e, por isso, igualmente constitucionais. No entanto, essa impressão pode ocorrer apenas porque a dupla seqüência não encerra todo o quadro. A análise da decisão Titanic mostrou que outro elemento está em jogo. É o significado que a omissão da medida tem para o direito à proteção. Esse elemento foi descrito como intervenção no direito à proteção através de $-M$; a sua intensidade, representada através de I_i .

23. Seria de se supor que a medida de proteção pudesse ser representada por " M_i ". No entanto, " M " já é utilizado como descrição dos meios ou medidas. " U " faz referência ao conceito empregado de extensão da medida, referente ao conceito de medida.

I_i refere-se à intensidade da não-proteção, e U_i refere-se à medida ou intensidade da proteção.

O problema do nosso caso é que se leva mais de uma medida em consideração. A estrutura alternativa implica que as negações das diferentes medidas, por exemplo a de $\neg M_2$, não têm nenhum equivalente. $\neg M_2$ pode significar tanto M_1 como também M_3 e M_4 . M_1 certamente não feriria o direito de proteção; por sua vez é possível, ao se escolher M_4 , supor uma violação. Porém, em todo caso, o conceito de lesão contém a chave para a solução. Nossa questão principal consiste em saber se o direito à proteção foi violado. Ocorre a lesão se a proteção conferida, relativamente à intensidade da intervenção no direito de defesa, não for suficiente. Isso possibilita, através do emprego de $\neg M_n$, considerar a intensidade da intervenção no direito de defesa como a intensidade de não-proteção, que é gerada por meio da substituição de M_n pela mais baixa medida de proteção seguinte da lista U_i , em nosso caso M_2 ou M_3 , em vez de M_1 , ou M_4 em vez de M_2 ou M_3 , o que se pode descrever como “regra da negação em cadeia”, que não é uma negação absoluta, de modo a não conhecer um equivalente, mas sim relativa. A relatividade é produzida através da lista. Com esse fundamento, e com auxílio das três seqüências seguintes, produziu-se um quadro completo:

	P_i		P_j
I_i	U_i		I_j
$\neg M_1: l$	s	M_1	s
$\neg M_2: m$	m	M_2	m
$\neg M_3: m$	m	M_3	$m (P_k)$
$\neg M_4: s$	l	M_4	l

Em vista dos valores que lhe foram atribuídos, M_1 e M_4 são desproporcionais. No caso de M_1 , a máxima da proporcionalidade aparece como proibição do excesso; no caso de M_4 , como proibição de insuficiência. Isso mostra que ambas as proibições são aspectos da máxima da proporcionalidade e, de maneira alguma, regras independentes.²⁴

24. A proibição de excesso é violada se, através de um ato que intervenha num direito de defesa, a máxima da proporcionalidade for violada. A proibição de insuficiência é violada se, através de uma omissão de proteção, a máxima da proporcionalidade for violada. Essa omissão pode ser tanto de uma proteção qualquer ou a omissão de uma determinada medida de proteção. Por isso, tem razão Hain, ao aduzir que a proibição de insuficiência corresponde ao que já está contido na máxima da proporcionalidade. Porém, nosso exemplo mostra que ele não tem razão, quando afirma ainda que o resultado do emprego da máxima da proporcionalidade ao

M_3 alcança a medida de proteção (U_i) porque não consiste em apenas um aconselhamento, mas também encerra um auxílio financeiro. Os recursos públicos estão à disposição tão-somente em medida limitada. O princípio da força financeira do Estado exclui a idéia, de acordo com a qual todas as intervenções em direitos fundamentais que pudessem ser evitadas por meio do emprego de recursos financeiros deveriam, desse modo, sê-lo. Se a todos os delinquentes potenciais fosse concedido um apoio financeiro em valor equivalente à renda de uma família de classe média, provavelmente vários delitos, bem como várias intervenções na liberdade do autor, na forma de reclusão, poderiam ser evitados; ao mesmo tempo, conceder-se-ia uma medida considerável de proteção. No entanto, até o momento não seria dado a ninguém afirmar que isso seria exigido pela Constituição. O princípio da força financeira do Estado, na condição de princípio substancial²⁵, poderia porventura justificar não escolhê-lo como meio interveniente igualmente adequado menos intenso, caso provocasse custos consideravelmente altos.²⁶ Em nosso quadro, o princípio da força financeira do Estado é representado por P_k . M_3 intervém de forma menos intensa em P_j do que M_2 . Considerando apenas M_3 e P_j , o valor da intensidade da intervenção seria l . Combinando-se, porém, as intensidades da intervenção em P_j e P_k , obtém-se o valor aditivo m .²⁷ Por essa razão, temos empate de mesmo nível nos casos de M_2 e M_3 . Isso significa que o legislador pode escolher livremente entre M_2 e M_3 . Em nossa constelação, M_1 e M_4 são as únicas alternativas a M_2 e M_3 , e ambos são proibidos. Por isso, deve o legislador escolher entre M_2 ou M_3 . A realidade providencia mais possibilidades, o que aumenta o número de problemas.²⁸ Porém, a estrutura dos problemas que surge da combinação de proporcionalidade e alternatividade permanece a mesma.

direito de defesa já implica sempre o resultado do emprego da máxima da proporcionalidade ao direito de proteção, o que, por outra parte, implicaria que sempre existiria apenas uma medida proporcional, M_n (cf. HAIN, Karl-Eberhard. "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?", *DVB* 1993, 983). O fato de tanto M_2 quanto M_3 serem possíveis mostra que não é correto afirmar que não existe "nenhuma margem" (*ibidem*) entre excesso e insuficiência, e que isso se dá não só em razão de um espaço de ação epistêmico, mas também de um espaço de ação estrutural ou substancial. O caráter grosseiro da escala e a alternatividade trazem como consequência que a identidade da estrutura não implica a identidade do resultado.

25. CREMER, Wolfram. *Freiheitsgrundrechte*. Tübingen, 2003, p. 323.

26. BverfGE 77, 84 (110).

27. A respeito, cf. ALEXY, Robert. "Die Gewichtsformel" (nota de rodapé 17), p. 791.

28. Em casos de três meios, M_1 , M_2 e M_3 , podem ser respectivamente atribuídas a I_i e I_j 27 combinações diferentes, se não estivesse excluída a divisão de valores, é dizer, tanto sss como mlm e lms fossem permitidos. Isso significa que 729 pares dessas 27 combinações são possíveis. Se o número dos meios de proteção (M_n) aumenta ou se, ao invés de uma escala triádica simples, é empregada uma escala mais sofisticada, por exemplo, uma escala triádica dupla, o número de possibilidade aumenta exponencialmente. Não deve causar espanto se resultasse que um considerável número de problemas desconhecidos nos espreitasse nessa selva de possibilidades. Afortunadamente, muitas combinações lógicas têm uma reduzida probabilidade empírica. Um exemplo é $I_i(l, m, s)$ e $I_j(m, l, s)$. Porque uma intervenção (I_i) mais intensa (s) no direito de defesa (P_j) deveria corresponder a uma não-proteção (I_j) do direito à proteção (P_i), ao passo que uma

Impõe-se a questão de se dever ou não utilizar uma segunda linha, não só no caso de proteção, mas também no de defesa. Uma segunda linha concerniria, ao invés da intensidade da intervenção (I), à medida ou extensão de realização (U). Em casos de direito à proteção, é razoavelmente claro o que corresponde à medida de realização. É a medida de proteção que é alcançada pelo meio empregado. Em casos de direito de defesa, não é tão simples dizer o que significa tal medida. Trata-se aqui de direitos a ações negativas, e uma realização normalmente é alcançada por meio de ações positivas. Por razões de simplificação, deve ser retratado aqui apenas o caso em que M_n é uma lei, que – como M_1, M_2 e M_3 , com relação ao aborto – proíbe ou autoriza algo. O equivalente à medida de proteção (U_i) é, nesse caso, a medida de liberdade (U_j). “Liberdade” ora entendida como autorização jurídica de fazer ou não fazer algo. É fácil reconhecer que a medida de liberdade depende diretamente de M_n . Por exemplo, M_1 significa ao mesmo tempo uma baixa medida (I) de liberdade (U_j) e uma forte (s) intervenção (I_j) no direito de defesa (P_j). Isso mostra que, em casos de direito de defesa, podem ser determinadas não apenas a intensidade da intervenção (I_j), mas também a medida de realização (U_j) diretamente referente à medida (M_n) posta em questão. Não é necessário um desvio pela omissão da medida ou do meio ($-M_n$) para determinar a medida de realização (U_j), como também a intensidade da intervenção (I_j), ou, dito de outro modo, a medida de não-realização. A razão para isto é que, no caso de direito de defesa, nada deve ser produzido, visto que este exige apenas que não se intervenha em algo que já existe, evidenciando-se que, em última análise, é a diferença entre o fazer e a omissão que explica porque, em casos de direito de defesa, M_n basta para determinar tanto a intensidade da intervenção (I_j) quanto a medida de realização (U_j), diferentemente do que se passa nos casos de direitos à proteção.

A distinção entre I_i e U_j é de grande significado prático para a verificação da violação de um direito à proteção. Tratando-se da violação de um direito de

intervenção menos intensa em $P_j(m, l)$ atenderia a uma não-proteção menos intensa (l, m), é dizer, a uma maior proteção a P_j ? Em casos que tais, a vida vem em auxílio à lógica. De todo o modo, mesmo para o nosso irrealístico par de combinações há uma solução. $M_3(s, s)$ está excluído por não necessário, pois com M_1 ou M_2 estão à disposição intervenções menos intensas em P_j , que fomentam mais P_i . M_1 é em igual grau desfavorável para P_j como M_2 para P_i . Este é um caso especial de uma linha de empate. A forma normal de uma linha de empate é $I_i(s, m, l)$ e $I_j(s, m, l)$. Tal linha de empate expressa um “meta-empate” (*Metapatt*). Existe um empate não apenas entre s e s , m e m e l e l , mas sim também entre os três empates ss , mm e ll . Em nosso exemplo correspondem aos últimos as relações lm e ml , se se levam à sério perdas e ganhos tanto do lado do direito à proteção quanto do lado do direito de defesa, é dizer, ambos os tipos de direito possuem o mesmo peso abstrato. Nesse caso, podemos falar em referência a lm e ml de um “empate cruzado” (*Kreuzpatt*). A linha de empate e o empate cruzado encobrem a área de empate, e com isso, a do espaço de ação, estendendo-se muito além daquela do empate de igual grau ou do duplo empate, como ocorre entre M_2 e M_3 devido a $I_i(m, m)$ e $I_j(m, m)$.

defesa, ela não exerce, por sua vez, praticamente nenhum papel. A razão para tanto se torna clara ao se adicionar uma conseqüência àquelas três que até agora foram utilizadas para retratar a constelação do aborto, que se refere a U_j e que deve ser configurada de uma forma levemente modificada, na qual P_k é suprimido. Para tanto, devemos imaginar uma sociedade onde questões financeiras não desempenhem nenhum papel no que se refere à vida humana ou à liberdade. Sob esse pressuposto determina-se o valor da intervenção de M_3 , no lado do direito de defesa, exclusivamente com referência a P_j . Isso significa que ele se altera de m para l . Dessa maneira surge o seguinte quadro, com quatro conseqüências:

P_i			P_j	
I_i	U_i		I_j	U_j
$\neg M_1: l$	s	M_1	s	l
$\neg M_2: m$	m	M_2	m	m
$\neg M_3: m$	m	M_3	l	s
$\neg M_4: s$	l	M_4	l	s

A redução do valor da intervenção de M_3 , do lado do direito de defesa, de m para l tem como conseqüência que M_2 não é mais proporcional. Isso não resulta da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, da ponderação, mas sim da máxima da necessidade. Uma intervenção de gravidade média em P_j não é mais necessária, pois a mesma medida de proteção (U_i) que é atingida com M_2 (m), obtém-se com o meio M_3 , que intervém em P_j menos intensivamente (l) do que M_2 (m).

Valores iguais encontram-se não apenas na linha da medida ou da extensão de P_i (U_i), mas também na de P_j (U_j). Naturalmente se poderia reconhecer uma distinção na intervenção de P_j , comparando-se a necessidade de um aconselhamento (M_3) com a total liberação do aborto nos três primeiros meses de gravidez (M_4). Essa distinção poderia ser expressa numa escala mais refinada, por exemplo uma escala triádica dupla. No entanto, queremos concentrar nossa descrição numa escala triádica rudimentar, que possibilite classificar tanto M_3 quanto M_4 , como intervenções leves (l). Isso possibilita uma verificação invertida da necessidade. Pode-se, sob essas condições, questionar se o meio M_4 , que já foi excluído em razão da proporcionalidade em sentido estrito, também seria excluído em razão da necessidade. M_4 não é necessário para atingir a medida de liberdade (P_j) expressa através de “ s ”, pois esta também pode ser atingida por meio de M_3 , que atende a uma medida maior de proteção (U_i), nomeadamente m . A partir do ponto de vista dos direitos à proteção, pode-se chamar a primeira verificação de necessidade “interna”, pois ela se inicia com a conclusão de que M_2 e M_3 são igualmente adequados

para P_i . A segunda verificação de necessidade pode ser chamada de “externa”, pois ela tem início mediante a conclusão de que M_3 e M_4 são igualmente adequadas para P_j , isto é, para o direito de defesa que colide com o direito à proteção.²⁹

A única questão a ser respondida aqui é se necessitamos de U_j para apreciar a proporcionalidade de um meio ou medida qualquer (M_3). A resposta é negativa. Podemos empregar U_j , mas não temos de fazê-lo. A proporcionalidade em sentido estrito pode ser completamente determinada na relação entre I_i e I_j . No que se refere à adequação e à necessidade, trata-se do ótimo de Pareto. Para isso basta representar I_j e U_i ou I_i , o que significa poder-se abdicar completamente de U_j . Este é um outro sinal da assimetria fundamental entre direitos à proteção e de defesa, a qual tem sua razão na distinção entre ação e omissão como uma das mais profundas distinções no campo do dever ser e do bem (*Gut*), isto é, no campo de todas as disciplinas práticas.

VII. ESPAÇOS DE AÇÃO

A discussão da constelação do aborto mostrou que a idéia de direitos à proteção de modo algum exclui qualquer espaço de ação do legislador, como reivindica a crítica do ponto mais elevado. A questão é em que medida isto pode ser generalizado. Para mostrar como uma resposta a essa questão pode ser dada, deve-se, por fim, observar alguns elementos da teoria do espaço de ação.

Há dois tipos de espaços de ação: o substancial ou estrutural³⁰, de um lado, e o epistêmico, de outro. No espaço de ação do legislador cai tudo aquilo que não é nem exigido nem proibido pelas normas constitucionais. O espaço de ação epistêmico compreende a competência do legislador para determinar, em casos de incerteza, o que as normas da Constituição exigem ou proíbem e o que elas deixam à sua escolha. A extensão dessa competência é equivalente à extensão de uma correspondente não-competência do Tribunal Constitucional. O espaço de ação substancial é, de longe, menos problemático do que o epistêmico. Não é necessário justificar a liberdade do legislador nos casos em que a Constituição não encerre obrigações correspondentes. Que ele possua a competência para decidir se é livre ou não, se houver incerteza a esse respeito, torna-se, por sua vez, de longe, muito menos evidente. Contudo, não se deve, aqui, adentrar essa questão,

29. Cf. BOROWSKI, Martin. “Grundrechtliche Leistungsrechte”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 50 (2002), p. 319-320.

30. In ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte* (nota de rodapé 2), p. 423, é utilizada apenas a expressão “estrutural”.

pois para a rejeição da crítica da ultraconstitucionalização basta retratar o espaço de ação substancial.

Há três tipos de espaço de ação substancial: (1) o espaço de ação na escolha dos meios, (2) o espaço de ação no estabelecimento de metas e (3) o espaço de ação na ponderação. Este último existe sempre que houver um empate, e empates têm lugar na ponderação em face da constatação de que, em direito, freqüentemente são aplicáveis apenas escalas relativamente grosseiras; ele já foi analisado quando do exame de ambos os exemplos. Por isso serão tratados aqui apenas os espaços de ação na escolha de meios e no estabelecimento de metas.

1. O espaço de ação na escolha de meios

O espaço de ação na escolha de meios ocorre em direta associação com direitos fundamentais apenas no que se refere a direitos a ações positivas, de nada mais resultando do que da estrutura alternativa destes. Isto já foi descrito. Deve-se adicionar aqui que o espaço de ação na escolha de meios é o único que retrata uma especificidade dos direitos a ações positivas. Todos os outros tipos também podem ser encontrados nos direitos de defesa. De qualquer maneira, pode-se dar aqui uma distinção gradual. Isto é uma consequência da tese, de acordo com a qual a alternatividade representa a única diferença estrutural entre direitos de defesa e direitos à proteção.

2. O espaço de ação no estabelecimento de metas

O segundo tipo de espaços de ação, referente ao estabelecimento de metas, possui significação especial para a compreensão dos direitos à proteção. No que tange à limitação de direitos de defesa, o espaço de ação no estabelecimento de metas é fenômeno corriqueiro. Muitos direitos de defesa encerram uma autorização ao legislador para a sua limitação, conferindo ao legislador a competência jurídico-constitucional de decidir por si próprio, se e em benefício de que metas ou fins pode limitar o direito. Naturalmente, essa competência é outra vez limitada pela máxima da proporcionalidade, mas, dentro desses limites, ela é a expressão de um espaço de ação.

Tudo isso é importante não apenas para os direitos de defesa, mas também para os direitos à proteção, que proíbem definitivamente ao legislador empregar um meio abaixo do qual a desproporcionalidade comece. Acima desse nível continuam os princípios, *prima facie*, a exigir que maior proteção seja providenciada. Em virtude da colisão com os direitos de defesa, é bem possível, porém, que essa exigência, enquanto tal, não seja suficientemente forte. O direito à proteção é, pois,

relevante, mas não determinante.³² Nesse ponto entra em cena a competência do legislador, limitando direitos fundamentais em favor de bens coletivos. Naturalmente, não há, em absoluto, liberdade de ação em face da questão da concessão de proteção. Nesse sentido, o direito à proteção não se encontra à disposição do legislador. Mas o seu espaço de ação no estabelecimento de metas contém a decisão acerca da medida em que um bem coletivo deve ser realizado, e isso também vale para os direitos à proteção.

O legislador pode se decidir por uma política de proteção que favoreça os direitos à proteção; pode, também, decidir-se por uma política amiga dos direitos de defesa, ambas, naturalmente, apenas nos limites da proporcionalidade.

Tem-se como exemplo uma decisão do Tribunal Constitucional Federal, do ano de 1998, a respeito da proteção contra a demissão. Tratava-se da questão de se empresas com menos de cinco trabalhadores deveriam ser isentadas das relativamente duras disposições de proteção contra a demissão do direito do trabalho, resultando que os trabalhadores de tais empresas gozariam apenas da relativamente débil proteção do direito privado. Aqui, a liberdade de trabalho do empregador, garantida pelo artigo 12, alínea 1, da Lei Fundamental, na condição de direito de defesa, colide com o dever de proteção do Estado em face dos empregados, de qualquer modo resultante do artigo 12, alínea 1, da Lei Fundamental. O Tribunal Constitucional Federal exigiu uma otimização: “as posições de direito fundamental colidentes não de ser entendidas em seu efeito recíproco e, assim, limitadas, de tal modo que se tornem tão amplamente eficazes quanto possível para todos os interessados”.³³ Com isso, certamente o Tribunal concede ao legislador uma “ampla liberdade de conformação”. Esta compreende não só as avaliações empíricas, mas também “a avaliação da situação do estado dos interesses, isto é, a pesagem dos interesses contrapostos e a determinação da necessidade de proteção”.³⁴ Aqui, a decisão é bastante confusa, o que não é atípico em se tratando de decisões nas quais o relacionamento entre liberdade de ação e proteção é importante. Pode-se interpretar a citação de duas maneiras: (1) como asserção de um espaço de ação epistêmico ou (2) como asserção de um espaço de ação no estabelecimento de metas. Aqui, apenas a segunda possibilidade é de interesse. De forma mais clara vem expressa, na decisão acerca da proteção contra a demissão, um espaço de ação no estabelecimento de metas, quando o Tribunal defende a constitucionalidade

32. ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61 (2002), p. 26.

33. BverfGE 97, 169 (176).

34. *Ibidem*.

da decisão do legislador contra os interesses do trabalhador, com o argumento de que os interesses do empresário foram considerados “*pelo legislador* como especialmente dignos de proteção”³⁵. O simples fato de se reconhecer que o legislador considera algo como digno de proteção, significa reconhecer sua competência para decidir acerca dessa meta, isto é, reconhecer seu espaço de ação. Isso mostra que pode existir um espaço de ação no estabelecimento de metas não apenas quando direitos de defesa são restringidos, mas também quando direitos à proteção não são protegidos.

O que se disse a respeito do espaço de ação substancial bastaria para a crítica da ultradeterminação ou da ultraconstitucionalização. Um exame do espaço de ação epistêmico o confirmaria.

35. BverfGE 97, 169 (180) – destaque de R. A.

DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS (1980-2008)

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 P. 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 Frago 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 P. 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	José Joaquim 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, José Joaquim Calmon de Passos, Washington Luiz da Trindade	30/08/1995

Dissertações defendidas (1980-2008)

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 P. da Silva, Edvaldo Brito	22/07/1996
48	Nilza Maria Costa dos Reis	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, José 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 Araçonga Dória	Icms – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo Casali 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

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
61	Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes	Concessão de Serviço Público: a Revivescência 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
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 Juídico, 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 Espíñeira Lemos	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Paulo Queiroz	05/12/2001

Dissertações defendidas (1980-2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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
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, Jonhson 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	Grêve & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira, Jonhson 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, Jonhson 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

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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
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 Fragoso Modesto, Washington Luiz da Trindade, Mário 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 M. 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, Helena 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

Dissertações defendidas (1980-2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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 Pamplona Filho	16/12/2004
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 R. 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 P. da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonhson 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 P. da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonhson 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

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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, José Joaquim Calmon de Passos	17/02/2006
132	Maurício Souza Sampaio	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de 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 R. Feitosa	13/03/2006
134	Perpetua Leal Ivo Valadão	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado, Solange Telles	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 Decorrencia 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 Jística: 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 de 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 de 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 de 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

Dissertações defendidas (1980-2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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	Lívia 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 Mannrich	16/11/2006
152	Rafael Menezes Trindade Barretto	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binenbojm,	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, Rosangela 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 B. 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 B. 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	Lauricio 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

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
163	Flavia da Fonseca Marimpietri	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo M. 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 M. 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, André Ramos Tavares, 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, André Ramos Tavares	06/06/2007
168	Michelle Cristine Assis Couto	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007
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 Comélulas – Tronco Embrionarias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
172	Emmanuel 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 M. V. 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 B. 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 Sarmiento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007

Dissertações defendidas (1980-2008)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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 G. 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 Minahim, Cláudio Alberto G. 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 Q. B. Cavalcanti, Edvaldo Pereira de Brito	03/03/2008
183	Sérgio Neeser Nogueira Reis	Limitações Jurídicas os 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
186	Jailson de Souza Correa	Dano Moral Decorrente da Ofensa à Liberdade Religiosa dos Adeptos das Religiões de Matriz Africana	Saulo José Casali Bahia, Heron José de Santana, Hélio 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 J. 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 M. 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 M. 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 M. 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

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
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	Adriane 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 C. 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
203	Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar	Efeito Vinculante e Concretização do Direito	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmiento Lins Júnior	23/08/2008
204	Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz	O Perfil das Ações Filiatórias à Luz da Era Dna	Roxana Cardoso B. Borges, Erouths Cortiano Júnior, Mônica Neves Aguiar	11/10/2008
205	Juliana Pinheiro Damasceno e Santos	Fundamentos Criminológicos e Repercussões Dogmáticas da Proteção Jurídica da Ordem Econômica nas Bases do Direito Penal Liberal: Uma Análise à Luz dos Crimes de Colarinho-Branco	Alessandra M. Rapassi, Washington Luiz Da Trindade, Cláudio Roberto C. Bezerra Brandão	14/11/2008

TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS

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 Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edivaldo Boaventura, Carlos Henrique Bezerra Leite	04/04/2008
02	Ricardo Maurício Freire Soares	O discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior, Fernando Dantas	23/08/2008
03	Johnson Barbosa Nogueira	Limitações Dogmáticas das Prestações Pecuniárias Devidas pelos Administrados em Razão de Serviços Públicos	Paulo Roberto L. Pimenta, Sacha Calmon N. Coelho, Souto Maior Borges, Washington Luiz da Trindade, Edvaldo Pereira de Brito	20/10/2008
04	Sebastian Borges de Albuquerque Mello	O Conceito Material de Culpabilidade – O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Roberto Brandão, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Alessandra M. Prado.	22/10/2008

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