

**Revista do Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia**  
Homenagem ao Professor Antônio Luís Machado Neto



Nº 18 • Ano: 2009.1  
Salvador – Bahia

---

**Capa:** Carlos Rio Branco Batalha

**Diagramação:** Maitê Coelho  
maitescoelho@yahoo.com.br

---

**Conselho Editorial Administrativo:** Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, Edvaldo Pereira Brito, Fredie Didier Jr., Heron Santana, Jonhson Meira Santos, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora de A. Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Marília Muricy Machado Pinto, Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Ricardo Mauricio Freire Soares, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Wilson Alves de Souza.

**Conselho Editorial Consultivo Nacional:** Ada Pellegrini Grinover (USP), André Ramos Tavares (PUC/SP), Andreas Krell (UFAL), Araken de Assis (PUC/RS), Aury Lopes Jr. (PUC/RS), Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV-Law), Fábio Nusdeo (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Gilberto Bercovici (USP), Gisele Góes (UFPA), Humberto Ávila (UFRGS), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), Volnei Garrafa (UNB).

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

## QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO ATÉ JUNHO DE 2009

### COLEGIADO DO CURSO – 2009

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 – 2009

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Ana Paula Costa e Silva  
(Universidade de Lisboa, professora  
colaboradora)
03. Celso Luiz Braga de Castro
04. Dirley da Cunha Júnior
05. Edilton Meireles
06. Edvaldo Pereira de Brito
07. Fredie Didier Jr.
08. Jonhson Meira dos Santos
09. Heron José de Santana
10. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
11. Manoel Jorge e Silva Neto
12. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
13. Marília Muricy Machado Pinto
14. Mário Figueiredo Barbosa
15. Mônica Neves Aguiar da Silva
16. Nelson Cerqueira
17. Paulo César Santos Bezerra
18. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
19. Ricardo Maurício Freire Soares
20. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
21. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
22. Saulo José Casali Bahia
23. Washington Luiz Trindade
24. Wilson Alves de Souza

### ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – 2009.1

01. Adilson Cunha Silva
02. Abelardo Sampaio Lopes Neto
03. Adriano de Carvalho Ahrinsgmann
04. Agenor de Souza Santos Sampaio Neto
05. Ailton Schramm de Rocha
06. Alexandre Montanha de Castro Setubal
07. Ana Maria Maciel Bittencourt Passos
08. Ana Thereza Meireles Araújo
09. Anderson George de Lima Casé
10. Andréa Carvalho de Brito
11. Augusto Santos Mascarenhas
12. Bernardo Montalvão Varjão Azevedo
13. Bernardo Silva de Lima
14. Caê Matos Teixeira de Almeida
15. Carmen Lúcia Costa Brotas
16. Charles Silva Barbosa
17. Cynthia de Araújo Lima Lopes
18. Ciro de Lopes e Barbuda
19. Clara Cardoso Machado
20. Cláudia Albagli Nogueira
21. Cláudio Azevedo da Cruz Oliveira
22. Cláudio Dias Lima Filho
23. Daniel Azevedo Lobo
24. Daniela Carvalho Portugal
25. Danilo Gonçalves Gaspar
26. Davi Castro Silva
27. Dejair dos Anjos Santana Júnior
28. Eduardo Cabral Moares Monteiro
29. Edson Sacramento Tiny das Neves
30. Edval Borges Segundo
31. Elma Marília Vieira de Carvalho
32. Fabiano Cavalcante Pimentel
33. Fábio de Oliveira Cordeiro
34. Fabio Roque da Silva Araújo
35. Felipe Ventin da Silva
36. Fernanda Ravazzano A. Lopes

37. Gilson Alves de Santana Jr.
38. Gilson Gileno de Sá Oliveira
39. Guilherme Guimarães Ludwig
40. Henrique Luiz Lopes Quintanilha
41. Hugo Leonardo Cunha Roxo
42. Icaro de Souza Duarte
43. Iuri Vasconcelos Barros de Brito
44. Ivana de Oliveira Fraga
45. Jaylla Maruza R. de Souza e Silva
46. Juliana Campos de Oliveira
47. Karin Almeida Weh de Medeiros
48. Laura Scalldafferri Pessoa
49. Leonardo Dias da Silva Telles
50. Lise Nery Mota
51. Lizianni de Cerqueira Monteiro
52. Lorena Miranda Santos Barreiros
53. Luana Paixão Dantas do Rosário
54. Lucas Andrade Pereira de Oliveira
55. Lucas Rego Silva Rodrigues
56. Luciana Moura Araújo Pontes
57. Ludmila Viana Leal
58. Luiz Carlos de Assis Júnior
59. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
60. Marcelo Pinto da Silva
61. Marcelo Timbó Nilo
62. Marcos de Aguiar Vilas Boas
63. Marcos Sampaio de Souza
64. Maria Soledade Soares Cruzes
65. Marta Freire Mehmeri
66. Martha Carvalho Dias de Figueiredo
67. Matheus Barreto Gomes
68. Matheus Ferreira Bezerra
69. Mauricio Requião de Sant'ana
70. Nadialice Francischini de Souza
71. Naira Blanco Machado
72. Nicolai Trindade Mascarenhas
73. Nirlana Fernandes Teixeira
74. Osmir Antonio Globkekner
75. Osvaldo Almeida Neto

76. Pedro Germano dos Anjos
77. Rafael Santos de Oliveira
78. Reinaldo Santos de Moraes
79. Renata de Moura Miranda
80. Renato da Costa Lino de Góes Barros
81. Renato de Magalhães Dantas Neto
82. Roberto Mizuki Dias dos Santos
83. Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda
84. Sabrina Dourado França Andrade
85. Taciana Palmeira Andrade
86. Tagore Trajano de Almeida Silva
87. Társis Silva de Cerqueira
88. Tássio David de Araujo Campos
89. Tatiane Ribas Pinto
90. Tércio Roberto Peixoto Souza
91. Thaís Bandeira Oliveira
92. Tiago Bockie de Almeida
93. Tiago Leal Ayres
94. Ubaldino Marques da Silva Júnior
95. Valnei Mota Alves de Souza
96. Vanessa Lima Bacilieri
97. Vanessa Vieira Pessanha
98. Vicente da Cunha Passos Júnior
99. Víctor Insali

#### **ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2009.1**

01. Antonio Adonias Aguiar Bastos
02. Cesar de Faria Junior
03. Fabio Periandro de Almeida Hirsch
04. Francisco Bertino Bezerra de Carvalho
05. Jackson Chaves de Azevedo
06. João Glicério de Oliveira Filho
07. Karyna Batista Sposato
08. Leonardo Touchetto Pauperio
09. Maria Elisa Villas-Boas P. de Lemos
10. Miguel Calmon T. de Carvalho Dantas
11. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
12. Soraya Santos Lopes
13. Yuri Carneiro Coelho

## SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	7
<i>Prof. Ricardo Maurício Freire Soares</i>	

### Artigo do Corpo Docente

<b>I Breves anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo</b> .....	13
<i>Geisa de Assis Rodrigues</i> <i>Robério Nunes dos Anjos Filho</i>	

### Artigos do Corpo Discente

#### DOUTORADO

<b>II As Teorias Jurídicas: Reflexão e Desenvolvimento contra o Imobilismo e a Dogmatização</b> .....	41
<i>Miguel Calmon Dantas</i>	

#### MESTRADO

<b>III Do Assistente de Acusação: o (Des)assistido pela Constituição</b> .....	83
<i>Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo</i>	

<b>IV O acesso à atenção em saúde na reflexão bioética</b> .....	117
<i>Osmir Antonio Globekner</i>	

### Artigos de convidados

#### NACIONAIS

<b>V O município e a família: a descentralização das políticas públicas de planejamento urbano na efetividade do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência comunitária</b> .....	143
<i>Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão</i>	

<b>VI A relação entre direito e moral: uma análise a partir do princípio da moralidade</b> .....	161
<i>Carolina de Freitas Paladino</i>	

<b>VII O status moral do embrião humano e a alteridade como critério fundamental no diálogo bioético</b> .....	185
<i>Edna Raquel Hogemann</i>	

<b>VIII Proteção da confiança, <i>supressio</i> e <i>surrectio</i>, anotações sobre uma decisão do TJ/PE</b> .....	213
<i>Frederico Ricardo de Almeida Neves</i>	

<b>IX O papel dos juizados especiais cíveis na aproximação entre o poder judiciário e a população: os juizados itinerantes na cidade do Recife</b> .....	219
<i>José Mário Wanderley Gomes Neto</i> <i>João Gabriel de Albuquerque Baracho</i>	
<b>X Parcelamento do débito do art. 745-a do CPC: natureza jurídica e as possíveis consequências</b> .....	295
<i>Beclaute Oliveira Silva</i>	
<b>XI Da comunicação social à cibercomunicação jurídica: ciberespaço, comércio e contrato eletrônico</b> .....	317
<i>Ricardo Menna Barreto</i>	
<b>XII</b>	
<b>A força emancipatória da literatura: entre o universo da narrativa e o da verdade</b> .....	335
<i>Roberto Bueno</i>	
<b>XIII Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner</b> .....	367
<i>Sérgio Cruz Arenhart</i>	
<b>XIV Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro</b> .....	379
<i>Valerio de Oliveira Mazzuoli</i>	
<b>XV ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea</b> .....	419
<i>Alvaro Pérez Ragoné</i>	
<b>XVI A Constituição e as suas normas programáticas</b> .....	445
<i>Antonio D'Atena</i>	
<b>XVII Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção</b> .....	463
<i>Robert Alexy</i>	
<b>Dissertações defendidas (1980-2009.1)</b> .....	483
<b>Teses de doutorado defendidas</b> .....	497
<b>Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA</b> .....	499

## APRESENTAÇÃO

*Prof. Ricardo Maurício Freire Soares*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

*O amarelo dos bosques  
É o mesmo do ano passado?*

*E se repete o vôo negro  
da tenaz ave marinha?*

*E onde termina o espaço  
se chama morte ou infinito?*

*Que pesam mais na cintura  
as dores ou as lembranças?*

Pablo Neruda *in* Livro das perguntas.  
Porto Alegre: L&PM, 2008, p.97

Recebi a honrosa incumbência de apresentar o presente número da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, dedicada à memória do Prof. Antônio Luís Machado Neto.

Trata-se de mais uma justa homenagem, que vem a ser somada a outras belas iniciativas já ocorridas na nossa centenária Faculdade de Direito<sup>1</sup>, na tentativa de realizar a tarefa sempre inconclusa de reverenciar alguém cujo projeto de vida permanece ainda latente, ecoando como modelo a ser seguido no mundo acadêmico da Bahia e do Brasil.

Evidentemente, não poderia aqui dar um testemunho sobre a pessoa de Machado Neto. O ano da sua passagem é o ano do meu nascimento: o longínquo e, ao mesmo tempo, tão próximo ano de 1977. Se, por um lado, esse relativo distan-

---

1. Cf. os emocionantes artigos “Uma década sem Machado Neto”, do advogado Frederico Machado Neto, e “Pronunciamento sobre a vida e obra de A. L. Machado Neto”, do então estudante Paulo Eduardo Garrido Modesto, que reproduzem os discursos proferidos durante a solenidade em homenagem ao décimo aniversário de falecimento do Prof. Antônio Luís Machado Neto, em 17.7.87, publicados na *Revista do CEPEJ*. N.1. Salvador: Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas, 1988, pp. 53-60.

ciamento me impede de realçar as suas virtudes enquanto ser humano, de outro lado, possibilita vislumbrá-lo naquela dimensão singular dos grandes vultos, cujas obras transcendem à própria existência para moldar positivamente a formação de inúmeras gerações.

Decerto, após a passagem para o plano da imortalidade, Machado Neto converteu-se, gradativamente, num daqueles mitos que povoam o imaginário coletivo da Faculdade de Direito da UFBA, evocando permanentemente uma espécie de idade de ouro, quando a nossa Academia vivenciava um momento luminar de grande ebulição intelectual.

Sob o silêncio muitas vezes confortante desse imenso prédio azul, é possível transportar-se no tempo e resgatar, entre as névoas da História, a imagem do jovem de origem humilde que ingressa, em 1950, no curso de direito da Faculdade da Bahia, para editar o primeiro número da Revista Ângulos e publicar um trabalho sociológico pioneiro sobre Marx e Mannheim. Após a diplomação em Direito no ano de 1953, pode-se reconstruir a sua trajetória como Docente de Filosofia do Colégio Estadual da Bahia até o memorável concurso para a Livre-Docência em Teoria Geral do Direito, que permitiu o seu ingresso como Professor da Faculdade de Direito no ano de 1958. É nesse momento que se fortalece o contato com a Teoria Ecológica do Direito, preconizada pelo jusfilósofo argentino Carlos Cossio, a qual marcaria indelevelmente a sua trajetória intelectual. Pode ser enxergado o desenvolvimento vigoroso de uma produção diversificada nos campos filosófico, sociológico, jurídico e até econômico, o que motivou a formulação do convite para integrar o corpo docente da Universidade de Brasília, gestada em 1961. Com o golpe militar de 1964, de triste recordação para a cidadania brasileira, pode-se vislumbrar o seu regresso a Salvador e o seu sofrimento ante a perseguição político-ideológica empreendida pelo sectarismo de grupos “pseudo-revolucionários”. Isso não obstaculizou, contudo, a posterior criação do Mestrado em Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia, em 1968, um Programa de Pós-graduação que se notabilizou pela excelência acadêmica, congregando uma plêiade de intelectuais de renome mundial. Em 1973, produz a famosa Tese “Fundamentação Ecológica da Teoria Geral do Direito”, por ocasião do concurso para Professor Titular do Departamento de Direito Público, logo publicada na Argentina. Desapareceu em 1977, deixando inconclusa a sua original pesquisa sobre uma “Eidética do Social de Fundamento Ecológico”.

Eis a força irresistível de uma visão mítica, descrita em apertada síntese. Impossível não se encantar com a riqueza dessa biografia admirável, contada e recontada por inúmeras gerações. Difícil não se identificar com a sua luta permanente para superar os inúmeros obstáculos existenciais. Foi esse mito quase



quixotesco - porque imbuído de sonhos aparentemente irrealizáveis - que passou a influir na vida de muitos acadêmicos de direito, impulsionando aquele desejo recôndito, próprio da fase juvenil, de construir um futuro à altura desse grandioso moral e intelectual.

Poderia ainda abordar a importância da Teoria Ecológica do Direito no quadro geral do conhecimento jurídico e a sua instrumentalidade para o jurista prático. Poderia descrever também a revolução copernicana operada pelo egologismo, ao situar o Direito, ontologicamente, como conduta humana intersubjetiva<sup>2</sup>. Poderia igualmente discorrer sobre a impressionante atualidade do pensamento do Prof. Antônio Luís Machado Neto, quando estudado ao lume das correntes atuais do pós-positivismo jurídico<sup>3</sup>. Pouparei os leitores dessas reflexões, guardando-as para um momento mais oportuno. Isso porque estou convicto de que a mais importante contribuição dada por Machado Neto não será encontrada no campo doutrinário, mas, sobretudo, no plano existencial.

Decerto, a sua maior lição foi a sua própria vida, paradoxalmente dignificada com a sua morte. A sua curta existência revelou que o verdadeiro espírito acadêmico se traduz pela abertura constante ao diálogo, pelo debate de idéias e pela construção coletiva do saber. Enfim, a afirmação do compromisso permanente com a verdade, alimentado por uma postura crítica, independente e especulativa. O Mito de Machado Neto representa, assim, a antítese, no mundo acadêmico, da arrogância intelectual dos pretensos “donos do saber”, da escamoteação político-ideológica e da pequenez daqueles que se nutrem, exclusivamente, de ataques pessoais.

Certa vez, já se afirmou, com acerto, que Machado Neto era um intelectual na província<sup>4</sup>. Após 32 anos do seu perecimento físico, posso dizer que é motivo de júbilo constatar que o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia rompe com os grilhões de uma mentalidade jurídica provinciana. O incremento da produção científica, a regularidade editorial do presente periódico e a progressiva participação de pesquisadores nacionais e internacionais nas atividades do Mestrado e do Doutorado são sinais inequívocos de que estamos

2. Cf. a magistral obra do Prof. Antônio Luís Machado Neto, denominada de *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.
3. Cf. o excelente trabalho da Profª. Marília Muricy intitulado “O pensamento filosófico de A. L. Machado Neto e a Nova Hermenêutica Jurídica, publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia*. Vol. XXXVII. Salvador: EDUFBA, 1997/1998, pp. 69-91.
4. Cf. a ótima monografia sobre a vida e a obra do Prof. Antônio Luís Machado Neto, resultante da dissertação escrita pela Profª. Ana Angélica Marinho Rodrigues, intitulada de *A. L. Machado Neto- o intelectual na província*. Salvador: EDUFBA, 2007, pp. 163-166.

adquirindo uma maior solidez institucional e um progressivo reconhecimento da comunidade científica.

Parabéns à Professora Mônica Aguiar, Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, pela excelente gestão acadêmica! Parabéns ao Professor Fredie Didier, Coordenador científico da presente Revista, pelo competente trabalho de reestruturação editorial! Quanto menos provincianos nós formos, mais fiel seremos aos perenes ideais do Prof. Machado Neto. Mais próximos estaremos de poder vislumbrar, no alto das íngremes e verdejantes colinas do Vale do Canela, aquilo que Machado Neto, ao referir-se à Universidade de Brasília, costumava denominar como o espaço cativo do seu projeto vital: “a Universidade dos nossos sonhos”.

Salvador, 24 de fevereiro de 2009.

## Artigo do Corpo Docente

### I. Breves anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo

*Geisa de Assis Rodrigues*

*Robério Nunes dos Anjos Filho*





I

**BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A GARANTIA  
DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO  
ADMINISTRATIVO**

*Geisa de Assis Rodrigues*

Mestra em Direito pela UERJ; Doutora em Direito pela UERJ; Professora da UFBA; Procuradora Regional da República.

*Robério Nunes dos Anjos Filho*

Mestre em Direito Econômico pela UFBA; Doutorando em Direito pela USP; Procurador Regional da República; Professor de Direito Constitucional; Diretor do IBEC - Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

**RESUMO:** O presente artigo apresenta algumas reflexões sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo brasileiro. A abordagem se inicia com uma breve evolução histórica da cláusula do devido processo legal, enfatizando sua matriz anglo saxônica e seus reflexos no direito brasileiro. Em seguida, é evidenciada a mudança de conteúdo do devido processo legal bem como de sua abrangência, a agregação da perspectiva material além da processual, e sua incidência em todas as formas de processo, quais sejam: jurisdicional, legislativo e administrativo. A partir de então se parte para a análise, mais detida, da aplicação da cláusula do devido processo legal no processo administrativo, em sua dimensão material e processual.

**PALAVRAS CHAVES:** Devido processo legal, processo administrativo, dimensões do devido processo legal.

**ABSTRACT:** The article presents some reflections about the due process of law in the administrative brazilian process. The study begins with a brief historical evolution of the due process of law safeguard, focusing mainly in its anglo-saxion birth and in its effects in Brazilian law. Afterwards, it is shown the change of the concept and the dimension of due process of law. Then it analyses the incidence of the due process of law clause in the Brazilian administrative process.

**KEYWORDS:** Due process of law, administrative process, rights safeguard, due process of law dimensions.

**SUMÁRIO:** 1. À guisa de introdução: origens e dimensão contemporânea da garantia do devido processo legal – 2. O processo administrativo: conceito, função e abrangência – 3. O papel da garantia do devido processo legal no processo administrativo – 4. Considerações finais – Bibliografia.

## 1. À GUIA DE INTRODUÇÃO: ORIGENS E DIMENSÃO CONTEMPORÂNEA DA GARANTIA<sup>1</sup> DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O fenômeno da renovação de paradigmas a partir de câmbios históricos, políticos e sociais é típico da ciência do direito, uma ciência cultural por excelência. Não é raro, portanto, que categorias jurídicas chaves estejam em processo constante de redefinição, apresentando novas implicações normativas que dificilmente seriam divisadas quando de sua concepção.

A evolução da noção do devido processo legal é bastante ilustrativa deste fenômeno. Quando, na Idade Média, os barões da terra conseguiram um compromisso da monarquia fragilizada com uma cláusula que condicionava a privação de sua vida, de sua liberdade e de seus bens à observância da lei da terra<sup>2</sup>, nem o maior visionário poderia imaginar que se estava lançando a pedra fundamental de uma garantia primordial na formação da democracia e do Estado de Direito.

Costuma-se atribuir à expressão “law of the land” – ou “per legem terrae” – da Magna Carta de 1215 uma função embrionária no desenvolvimento do devido processo legal<sup>3</sup>, porque esta locução já traria em si a necessidade do respeito ao procedimento legal na imposição de restrições às pessoas, ainda que naquele momento histórico nem todos os integrantes da sociedade pudessem se enquadrar no conceito de homens livres, beneficiários primeiros da Magna Charta Libertatum. Interessante anotar que o trecho aqui referido é uma das três disposições daquele documento que ainda estão em vigor na legislação inglesa<sup>4</sup>. Além disso, há uma

1. Considerando os lindes do presente trabalho, não abordaremos a discussão acerca das diferenças entre garantia, princípio, postulado, regra e norma. A respeito, vide, dentre outros: ALEXY, Roberto. Teoria de los Derechos Fundamentales, 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; DWORKIN, Ronald. Talking Rights Seriously, 4ª reimpressão. Cambridge: Harvard University Press, 1977; ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003; ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. Acerca das classificações de princípios, vide ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 48.
2. A Magna Carta foi obtida no reinado de John Lackland, que, segundo alguns historiadores, teria usurpado o trono do rei Ricardo Coração de Leão. Insatisfeitos com a sanha tributária e a ausência de legitimidade política do rei, os barões impuseram a cláusula que consagrou a idéia do devido processo legal: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país” (law of the land). MIRANDA, Jorge. Textos históricos do direito constitucional. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990, p. 10.
3. Cf., por exemplo, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. In Boletim de Direito Administrativo. Janeiro/99, p. 25.
4. COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

fina ironia da História no fato de que a Magna Carta, pouco tempo depois de assinada, a pedido de João Sem-Terra foi declarada nula pelo Papa Inocêncio III pelo fato de ter sido obtida através de coação e sem o necessário consentimento do pontífice<sup>5</sup>, motivação que, em uma leitura contemporânea, versa sobre violação do devido processo legal!

A expressão consagrada “due process of law” somente aparece na lei inglesa de 1354, sob o reinado de Eduardo III, com o Estatuto das Liberdades de Londres<sup>6</sup>, portando uma abrangência subjetiva maior, pois não vincula a proteção a uma categoria específica de pessoas, embora ainda restrita a limitar as investidas do poder público contra a propriedade e a liberdade sem observância de garantias processuais.

Será no século XVIII, com a valorização da Constituição escrita como elemento essencial da formação do Estado e dos direitos dos cidadãos, que a cláusula do devido processo legal iniciará seu processo de expansão e releitura, vivido até os dias de hoje. Ainda que a previsão do artigo 7º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tenha sido concebida em sistema jurídico essencialmente diverso do *common law*<sup>7</sup>, é óbvio que no contexto histórico do advento deste importante texto a influência da política inglesa desempenhou relevante papel. De qualquer modo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão adota expressamente a idéia do condicionamento das limitações à liberdade e à propriedade das pessoas a um processo prévio com garantias legais<sup>8</sup>.

Contudo, foi o direito norte-americano que desenvolveu o legado da Carta Magna e assumiu expressamente a identidade das expressões “law of the land” e “due process of law”<sup>9</sup>. No processo de formação dos Estados Unidos várias

5. COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 72.

6. “Statute of Westminster of the Liberties of London”: “Ninguém, seja qual seja a sua categoria ou condição, pode ser expulso das suas terras ou da sua morada, nem detido, preso, deserdado ou morto sem que lhe seja dada a possibilidade de se defender em processo jurídico regular” (“due process of Law”). MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 18.

7. Sobre Common Law vide a obra de Guido Fernando Silva Soares. *Common Law: introdução ao Direito dos EUA*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000.

8. “Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser castigados; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, senão torna-se culpado de resistência”. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 58.

9. Conforme cita Siqueira Castro, em obra primorosa sobre o tema do devido processo legal: “São inúmeras as decisões da Suprema Corte norte-americana que reconhecem expressamente a sinonímia entre as expressões law of the land e due process of law, placitando o entendimento, aliás historicamente incontroverso, de que a segunda é sucessora legítima da primeira. Já no ano de 1877, ao proferir o julgamento do caso Davidson v. New Orleans naquela Corte Suprema, o Juiz Miller reconhecia que o ‘equivalente da frase due process of law se encontra, segundo Lord Coke, na expressão law of the land’ da Magna Carta, com relação à garantia do ‘habeas corpus’,

Declarações dos Estados independentes previram a cláusula da lei da terra como condição para a restrição da propriedade e da liberdade dos cidadãos<sup>10</sup>. Assim, era de se esperar que a Constituição dos Estados Unidos da América contivesse cláusula semelhante, o que veio a ocorrer quando do advento da V Emenda, inserida no “Bill of Rights”, expressão que abrange as primeiras Emendas à Constituição, editadas já em 1791<sup>11</sup>.

Desse modo, a declaração de direitos introduzida na Constituição americana contemplou de forma expressa a importante cláusula do devido processo legal, embora o foco principal ainda fosse o seu aspecto puramente processual, ligado a temas como regularidade processual, ampla defesa, contraditório, vedação da edição de leis retroativas, proibição de alguém ser julgado duas vezes pelo mesmo fato, julgamento rápido e público, imparcialidade do júri. Mas mesmo nesse enfoque ainda estávamos diante de uma incidência limitada, tendo em vista a abominável ordem escravocrata então vigente. Somente a partir da abolição da escravidão negra, em 1863, com o intuito de garantir cidadania e liberdades civis aos ex-escravos, sobretudo no plano dos estatutos jurídicos dos Estados membros, alguns muito marcados pela segregação racial, foi possível editar a XIV Emenda, em 1868, que expressamente ampliou a proteção do devido processo legal a todos os norte-americanos<sup>12</sup>.

---

ao julgamento por júri e outras garantias conferidas aos indivíduos contra a opressão da Coroa” (O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 11).

10. Por exemplo, a famosa Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de Agosto de 1776, previa em sua Seção VIII: “Em todos os processos capitais ou criminais o acusado tem o direito de conhecer a causa e a natureza da acusação, de ser acareado com os acusadores e as testemunhas, de citar testemunhas de defesa e de obter um pronto julgamento por um júri imparcial de doze homens da vizinhança, não podendo ser declarado culpado sem o consenso unânime destes; e não pode ser obrigado a testemunhar contra si próprio. Ninguém pode ser privado da liberdade, a não ser em virtude da lei do país ou por julgamento dos seus pares”. Mais ou menos nestes termos podemos citar as seguintes declarações: a) Declaração de Delaware, de 2 de setembro de 1776, seção 12; b) Declaração de Direitos de Maryland, de 3 de Novembro de 1776, no item XXI; c) Declaração dos Direitos da Carolina do Norte, de 14 de Dezembro de 1776, item XII; d) Declaração do Estado de Vermont, 8 de Julho de 1777, inc. X; e) Constituição de Massachussets de 25 de Outubro de 1780, inc. XII; f) Bill of Rights da Constituição do Estado de New Hampshire, de 2 de Junho de 1784.
11. “Ninguém será obrigado a responder por crime capital ou infamante sem denúncia ou acusação feita por um grande júri, salvo tratando-se de casos ocorridos nas forças terrestres e navais ou na milícia, quando em serviço ativo em tempo de guerra ou de perturbação pública. Ninguém poderá ser, por virtude do mesmo crime, exposto a perigo de vida ou a ser molestado na sua integridade física. Ninguém será forçado a testemunhar contra si próprio em processo criminal, nem privado da vida, liberdade ou propriedade sem observância do devido processo legal. Não poderá haver requisição da propriedade particular sem indenização”. MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 52.
12. A dicção da emenda, que sepultou o fundamento adotado pela Suprema Corte em 1857 no caso *Dred Scott v. Sandford*, é a seguinte: “Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residam. Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que prejudique os privilégios e imunidades dos cidadãos americanos; também nenhum Estado privará qualquer pessoa de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem negará a



Posteriormente, também uma dimensão material do devido processo legal foi reconhecida nas cortes norte-americanas<sup>13</sup>. Embora desde a segunda metade do século XIX a Suprema Corte já tivesse apontado, em vários julgados, a existência de um caráter substantivo na cláusula do devido processo legal ao lado da sua projeção processual<sup>14</sup>, um marco bastante citado é o famoso caso *Lochner v. New York*, de 1905, considerado o *leading case* do controle judicial de leis de índole econômica. Nesse julgamento a Suprema Corte dos EUA, por 5 a 4, considerou inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a carga horária de trabalho dos padeiros, considerando que a faculdade dos empregados e empregadores contratarem as condições de trabalho sem ingerência do poder público seria uma liberdade individual, protegida pela cláusula do devido processo legal, e assim não poderia ser indevidamente restringida pela legislação. Estava inaugurada a chamada *era Lochner*, marcada por um ativismo judicial conservador em termos econômicos e sociais, na qual foram judicialmente invalidadas inúmeras leis regulamentadoras de temas dessas áreas. Esse pensamento perdurou até a década de 30, quando, no bojo de discussões relativas ao *new deal*, importantes não só para a afirmação do *substantive due process of law* mas também para o *Welfare State*, a Suprema Corte terminou por lastrear a possibilidade de atuação intervencionista do Estado em questões econômicas<sup>15</sup>. Mas a natureza substantiva do devido processo legal foi determinante também no julgamento de questões de índole social essenciais à formação da sociedade norte-americana<sup>16</sup>.

qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei". CASTRO, Siqueira. Op. cit., p. 32.

13. Essa dimensão será fundamental para o desenvolvimento da idéia de proporcionalidade. Sobre o tema, vide CASTRO, Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
14. Vide, a respeito, Carlos Roberto Siqueira Castro (*O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 61-64).
15. No julgamento do caso *Nebbia v. New York*, em 1934, por exemplo, considerou legítima a fixação do preço do leite por decisão do Poder Legislativo estadual tendo em vista o interesse público na questão. Cabe citar, ainda a título exemplificativo, os casos *West Coast Hotel Co. v. Parrisch* (1937), *Olsen v. Nebraska* (1941), *Lincoln Federal Labor Union v. Northwestern Iron & Metal Co.* (1949) e *Williamson v. Lee Optical Co.* (1955).
16. Carlos Roberto Siqueira Castro (op. cit., pp. 71-72) cita como exemplos os casos *Meyer v. Nebraska* (1923), *Pierce v. Society of Sisters* (1925), *Skinner v. Oklahoma* (1942) *Griswold v. Connecticut* (1965) e *Roe v. Wade* (1973). Sobre esses dois últimos, anota Luis Roberto Barroso: "No âmbito da aplicação substantiva do devido processo legal, os casos que mais destacadamente marcaram época, pela ousadia, foram *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade*, onde a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais e consagrou um novo direito, não expressamente inscrito na Constituição, que foi o direito de privacidade. Em *Griswold*, invalidou-se uma lei do Estado de Connecticut que incriminava o uso de pílula anticoncepcional ou qualquer outro artigo ou instrumento contraceptivo, punindo tanto quem consumisse como quem prescrevesse. Em *Roe*, a Corte considerou inconstitucional uma lei do Texas que criminalizava o aborto, e não o admitia nem mesmo antes do terceiro mês de gravidez" (Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In: José Ronald Cavalcante Soares. (Org.). *Estudos de Direito Constitucional - Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: LTr, 2001).

Embora o florescimento da cláusula do devido processo legal na América não tenha se dado simplesmente em virtude de uma mera transposição da cultura da metrópole às ex-colônias, até porque existem algumas distinções óbvias na formação do Estado norte-americano em relação à ordem jurídica inglesa, como são exemplos o valor conferido ao documento constitucional escrito e o papel reservado ao Judiciário no que concerne ao controle dos atos dos demais poderes, ao contrário da Inglaterra onde o Parlamento tem uma inegável predominância e as regras constitucionais não se encontram em um único documento escrito e hierarquicamente superior aos demais, é incontroverso que a lógica anglo-saxã dos “remedies precede rights” integra o direito estadunidense, tendo sido natural o reconhecimento da cláusula do devido processo legal como fundamento vital para a organização da sociedade.

Como ressalta René David, o excessivo formalismo do direito costumeiro, que prevaleceu na formação do sistema de *common law*, tornou uma preocupação social de todos os litigantes levar o processo a seu fim, o que impôs “que o Direito tenha sido considerado, na Inglaterra, sob o prisma processual”<sup>17</sup>. Assim, mais do que regras de direito material as técnicas processuais foram bastante desenvolvidas para se garantir a justiça na prática. Dessa forma, é bastante compreensível que a cláusula do devido processo legal tenha em sua primeira feição um caráter procedimental e passe posteriormente a ensejar uma proteção material, em tudo sintonizado com a ontologia do direito anglo-saxão.

O que é bastante interessante é que mesmo com essas raízes anglo saxônicas o devido processo legal também desempenha um importante papel nos sistemas jurídicos da família romano-germânica, uma vez que as garantias processuais são alçadas aos textos gerais e pessoais da lei, não raro de natureza constitucional. Essa aceitação, embora alguns apontem que não haveria propriamente uma similitude entre os contornos da cláusula do devido processo legal em um e outro sistema<sup>18</sup>, é incontestável, e surge, como supramencionado, na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão na França revolucionária.

No direito constitucional brasileiro a expressão “devido processo legal” só aparece na Constituição de 1988, o que não quer dizer, todavia, que os nossos textos constitucionais anteriores não adotassem as garantias decorrentes do devido processo legal, sobretudo o juiz natural, a ampla defesa e o contraditório em processos

17. DAVID, René. O direito inglês. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 7.

18. Vide verbete “Due Process of Law” do Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit. Direction de André-Jean Arnaud. Paris: LGDJ, 1993, pp. 213-225.

penais, a observância de procedimentos legais para a prisão e para a privação de bens, e outros<sup>19</sup>. Ainda assim, a previsão nominal de garantias vinculadas à idéia do devido processo legal não foi suficiente para assegurar, em muitos momentos de nossa História, uma ordem jurídica democrática, na qual efetivamente o valor do devido processo legal fosse vivenciado por nossa sociedade.

De qualquer sorte, o exame da origem da cláusula do devido processo legal, seja fora ou dentro de nosso país, permite concluir que tal proteção teve uma vocação universal que muito ultrapassou seus beneficiários iniciais, como já explicitado. Do Brasil escravocrata da constituição imperial ao Brasil que se esforça para reduzir seus desequilíbrios sociais e regionais de 1988, da Inglaterra dos nobres à Inglaterra dos cidadãos, dos Estados Unidos dividido pela escravidão negra ao país das cotas raciais, da França dos ricos homens burgueses àquela dos homens e mulheres de todas as condições econômicas, a cláusula do devido processo legal foi tendo seu espectro de atuação ampliada em prol da inclusão cada vez maior daqueles que passaram a ter voz em suas sociedades.

19. Em excelente síntese sobre o tema, a professora e Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, esclarece: “No Brasil, o constitucionalismo positivo albergou o princípio do devido processo legal (conquanto sem a utilização da expressão), desde a Carta de Lei Imperial, de 25 de Março de 1824. Esta dispunha em seu art. 178, inciso 11, que ‘ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita’. A Constituição da República de 1891, estabelecia, quase que com as mesmas palavras, o preceito, rezando, em seu art. 72, § 15: ‘ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada’. A Constituição de 1934 inovou a matéria ampliando as garantias processuais tidas como fundamentais. Além da norma que se continha nas anteriores e que nessa veio prescrita no art. 113, inciso 26, onde se ampliou a garantia do juízo natural também para o processo e não apenas para a sentença, como se fizera assegurar nas Constituições primeiras (‘ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude da lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita’), ali também se estabeleceu (incisos 24 e 25) que ‘24) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta. 25) Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção, admitem-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas’. A carta de 1937, como não poderia deixar de ser em razão de sua origem espúria e autoritária, tolheu aquela garantia do devido processo ampliada pela Constituição de 1934, deixando-se apenas, no texto havido no art. 122, inciso 11, in fine, que ‘a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa’. A Constituição de 1946, coerente com os princípios democráticos que restabelece no Estado brasileiro, retoma a fórmula de garantias processuais mais amplas anteriormente adotadas e as alarga, dispondo em seu art. 141, §§ 25 a 27, que: ‘§ 25) É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória; § 26) Não haverá foro privilegiado nem juízos e tribunais de exceção; § 27) Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma da lei anterior’. A Carta de 1967, com a redação que lhe deu a Emenda nº 1/69, estabeleceu em seu art. 153, §§ 15 e 16 que ‘§ 15) A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção; § 16) A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu’” (Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. In RDA. Rio de Janeiro, 209: 189-222, jul./set. 1997, pp. 203-204).

Do mesmo modo tivemos uma espetacular ampliação do próprio conteúdo do devido processo legal, em vários sentidos. A primeira ampliação se deu quando houve a migração da garantia processual do processo penal para todas as demais formas processuais, desde o processo civil ao processo legislativo, passando pelo processo administrativo. Depois, tivemos o reconhecimento de uma nova faceta do devido processo legal, de índole material, relacionada ao próprio resultado da aplicação das decisões públicas proferidas através dos mecanismos processuais, inclusive das leis. Finalmente, há uma dimensão contemporânea do devido processo legal que estrutura o próprio funcionamento do Estado, qualificando-o de democrático, uma vez que as deliberações políticas devem ter compromisso com o resultado justo da aplicação das normas<sup>20</sup> e com a possibilidade de participação dos atingidos pelas políticas públicas governamentais<sup>21</sup>.

O presente trabalho objetiva tecer algumas considerações sobre como a cláusula do devido processo legal opera no processo administrativo, ilustrando a nossa abordagem com a apresentação dos diversos sentidos do devido processo legal supramencionados.

Para tanto, é fundamental que examinemos, ligeiramente, alguns aspectos do processo administrativo para que compreendamos as implicações do devido processo legal neste tipo de relação processual.

## **2. O PROCESSO ADMINISTRATIVO: CONCEITO, FUNÇÃO E ABRANGÊNCIA**

As clássicas lições de teoria geral do processo nos ensinam que o **processo** é uma forma de solução de conflitos, um conjunto de atos ordenados para a obtenção de uma decisão, que pressupõe a existência de uma relação jurídica autônoma, a relação jurídica processual, e se formaliza através de um procedimento em

20. A vinculação do resultado de todas as ações do poder público ao Estado Democrático de Direito já tinha sido objeto de nossa atenção em outro artigo, escrito a quatro mãos: "Fundamental é o papel que o princípio do Estado Democrático de Direito deve desempenhar na aplicação do texto constitucional. O princípio constitucional tem uma dimensão negativa de impor um limite à atividade legiferante, jurisdicional e administrativa, no sentido de não admitir que as mesmas ensejem resultados que contrariem os preceptivos constitucionais". ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de Direito: conceito, história e contemporaneidade. In Temas de Dissertação nos Concursos da Magistratura Federal. Sérgio Gonini Benício (coordenador). São Paulo: Federal, 2006, p. 111.

21. Sobre participação, vide, dentre outros, ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Sociedade e Espaço Público na Constituição. In Quinze anos de Constituição. José Adércio Leite Sampaio (coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 381-395.

contraditório<sup>22</sup>. Já o **procedimento** é a própria seqüência na qual se dá o processo, é um rito que se adota para a adoção de alguma medida, e não necessariamente versa sobre a solução de um conflito.

Edmir Netto de Araújo anota que as palavras “processo” e “procedimento” são provenientes de um mesmo vocábulo latino (*procedere*), “guardando também o mesmo significado (caminhar, progredir, marchar para a frente)”, e que “não se atribui maior importância, na doutrina, à distinção entre ‘processo’ e ‘procedimento’, pois processo designa entidade que, em natureza, ontologicamente, em nada difere da que se designa por procedimento: processo é o todo, procedimento as diferentes operações que integram esse todo”<sup>23</sup>.

Classicamente o uso da palavra “processo” foi reservado ao processo jurisdicional, porque nele sempre esteve necessariamente presente a idéia de um conflito, ainda que potencial, e a observância estrita dos princípios do contraditório e da ampla defesa na decisão do litígio, admitindo-se, em casos excepcionais, tutelas de urgência com o contraditório diferido<sup>24</sup>.

Todavia, paulatinamente o conceito de processo foi se aplicando para o exercício de outras competências decisórias do Estado, passando-se a compreender que existe uma relação jurídica processual autônoma da relação de direito material quando o Estado exerce outras funções relevantes, como a de legislar e a de administrar. Teríamos, assim, o processo legislativo e o processo administrativo. Como muito bem afirma Carlos Ari Sundfeld<sup>25</sup>, a concepção de processo está intimamente ligada à natureza das decisões do Estado, que são tomadas funcionalmente, ou seja, visam sempre atender o interesse público, e por isso a manifestação da vontade do Estado é sempre regulamentada através de uma sucessão de atos que legitimam a decisão final. Porém, apesar da extensão do fenômeno processual às funções legislativa e administrativa, ainda prevalece a definição do processo advinda do processo jurisdicional.

22. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido José; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 288.

23. Op. cit., pp. 864-865.

24. “Para os processualistas, entretanto, adotando uma postura de maior rigor técnico, a noção de processo está limitada ao desempenho da atividade jurisdicional, em que há uma pretensão resistida (contraditório), sobre a qual o Judiciário vai proferir uma decisão que adquirirá força de coisa julgada quando ultrapassado o prazo recursal, ou seu esgotamento, sendo obrigatória sua obediência pelas partes”. ARAÚJO, Edmir Netto de. op. cit., p. 865.

25. Leciona o autor: “O processo garante que a vontade funcional, que se expressará no ato, não seja empolgada pela vontade do agente, mas signifique uma vontade equilibrada, esclarecida, racional, imparcial. Em suma, assegura que o agente não se transforme em fim, mas guarde seu papel de intermediário”. A importância do procedimento administrativo. In RDP, 84, Out/Dez 1987, p. 67.

Por essa razão é que importantes administrativistas<sup>26</sup> só qualificam como processo os casos em que a Administração Pública decide uma controvérsia, ou quando há restrição ou extinção de direito ou de interesse de alguém, porque somente nestes haveria a necessidade da bilateralidade da audiência, sendo que nas demais hipóteses teríamos apenas um procedimento administrativo. Invoca-se, inclusive, para limitar o uso da expressão “processo administrativo” aos processos litigiosos, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, que garante “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral” o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Na verdade, o que podemos concluir do texto constitucional é que o contraditório e a ampla defesa se aplicam aos processos administrativos que envolvem litígios, e não que somente nesses casos estamos na presença de um processo administrativo.

Com efeito, essa certa imprecisão terminológica da categoria jurídica do processo administrativo se deve à pouca tradição dos estudos pátrios sobre o tema. Até muito recentemente era raro o exame da questão por nossa manualística, e não havia uma legislação específica sobre o tema, o que só passou a ocorrer com o advento da lei paulista nº 10177, de 30/12/1998, e da lei federal nº 9784/1999. O reinado do ato administrativo, que ofuscava a preocupação com o que precedia a sua elaboração, e a própria baixa densidade democrática de nossa Administração Pública são causas que contribuem para explicar as incertezas conceituais que caracterizam a matéria.

As legislações mais influentes sobre o tema também não uniformizaram o uso da expressão “processo administrativo”, sendo que a lei paulista, apesar de em sua ementa mencionar expressamente o “processo administrativo”<sup>27</sup>, refere-se em quase todos os seus dispositivos a “procedimento administrativo”. Já a lei federal adotou o vocábulo “processo” em todos os seus artigos.

26. Nesse sentido: Hely Lopes Meireles (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993 p. 584), Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 212), Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno. São Paulo: RT, 1998. p. 181), dentre outros.

27. O professor Carlos Ari Sundfeld nos esclarece que “a ementa do anteprojeto original da lei paulista, elaborado pela Comissão autora, referia-se a uma ‘Lei de Procedimento’, sendo a expressão ‘procedimento’ a única usada também nos dispositivos. Porém, quando do preparo do texto definitivo para envio ao Legislativo, a ementa foi trocada para ‘lei de Processo’, visando-se a obter uniformidade com o anteprojeto federal, então já conhecido, mas a expressão ‘procedimento’ permaneceu nos vários preceitos, que não aludem a ‘processo’. É essa a explicação para a diferença terminológica entre a ementa e o texto da lei” (Processo e procedimento administrativo no Brasil. In As leis de processo administrativo: Lei federal 9784/99 e Lei paulista 10177/98. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz - coordenadores. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 25).

Consideramos, sobretudo para fins deste trabalho, que toda relação jurídica processual que se desenvolve no seio da Administração Pública é processo administrativo<sup>28</sup>, podendo se apresentar com ritos procedimentais variados e com a incidência de princípios e normas específicos, o que, inclusive, resultará na diversa incidência do devido processo legal, em sua dimensão formal e material.

De qualquer modo, independentemente da nomenclatura que se adote todos são concordes em considerar que a estruturação do processo – ou procedimento – administrativo tem dois objetivos básicos: resguardar os interesses dos administrados e garantir a transparência na Administração Pública. O processo garante que a Administração Pública cumpra seus importantes fins, especialmente porque permite o controle sobre o uso dos poderes-deveres administrativos<sup>29</sup>. Na versão simplificada do pensamento de Niklas Luhmann, podemos dizer que a legitimação do exercício da função pública se dá através do manejo adequado e com resultado justo do processo administrativo<sup>30</sup>.

Sempre que houver o dever de decidir por parte da Administração Pública esta deve formalizar o processo administrativo. Assim, podemos citar, a título ilustrativo, as seguintes situações como ensejadoras do processo administrativo: quando um interessado, no exercício de seu direito constitucional de petição provocar manifestação administrativa, quer seja para a deliberação de uma questão individual ou coletiva; quando a providência administrativa a ser tomada, tendo efeitos imediatos sobre o administrado, envolver privação da liberdade ou de bens; quando a providência administrativa a ser tomada disser respeito a matéria

28. Nesse mesmo sentido José dos Santos Carvalho Filho, que assim identifica os três elementos configuradores do processo: “Em primeiro lugar, o processo retrata uma relação jurídica formal, própria do direito administrativo, que vincula todos os sujeitos que dela participam, sejam eles agentes da Administração, sejam terceiros. Como se trata de ação administrativa, a relação é subordinada ao princípio da publicidade e da solenidade das formas; daí ser formal a relação jurídica. O segundo elemento consiste no objetivo a ser alcançado pelo processo. Já tivemos a oportunidade de constatar que o elemento teleológico é essencial à configuração do processo administrativo, porque de duas, uma: ou a Administração instaura um processo administrativo para buscar determinado objetivo, ou, se não tem objetivo a perseguir, nenhum processo haverá para ser instaurado. Por fim, temos o elemento material, que é a própria dinâmica do processo, ou seja, o procedimento a ser adotado, indicativo do modo e da forma de desenvolvimento dos atos e das atividades integrantes do processo” (Processo Administrativo Federal: Comentários à lei 9784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

29. A professora Carmen Lúcia enfatiza a relação do processo com a democracia: “O processo administrativo democrático não é senão o encontro da segurança jurídica justa. Ele é uma das formas de concretização do princípio da legitimidade do poder, à medida em que se esclarecem e se afirmam os motivos das decisões administrativas. Tais decisões são questionadas e deslindadas no processo administrativo e, nessa sede, o poder no exercício do qual elas foram adotadas recebe a sua condição legítima própria. Quanto mais democrático for o processo administrativo, mais demonstrativo ele é da essência e prática do exercício do poder em determinado Estado” (op., cit., p. 192).

30. LUHMANN, Niklas. A legitimação pelo procedimento. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

que envolva litígio, controvérsia sobre direito do administrado ou implique sanções; quando a lei ou a Constituição exigirem expressamente para a tomada da deliberação o processo administrativo, como no caso de concursos públicos, de licitação, de licenciamento administrativo, etc.

### 3. O PAPEL DA GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O processo administrativo foi o campo mais recente de afirmação da cláusula do devido processo legal, muito em virtude do aumento da capacidade da Administração em ensejar limitações, restrições e ônus aos particulares no exercício de seus novos encargos, assumidos, sobretudo, a partir da segunda metade do século XX. De uma certa forma, como ressalta Siqueira Castro, a renovação do processo administrativo se deu sob o influxo da constitucionalização das “incontáveis e multiformes relações administrativas, adequando-as às etiquetas do constitucionalismo, inclusive e muito especialmente, impondo-lhes subserviência aos direitos fundamentais inscritos na Lei Maior”<sup>31</sup>.

A cláusula do devido processo legal se desenvolveu no âmbito administrativo nos Estados Unidos na exigência de observância de ritos processuais no exercício do poder de polícia, pela sua própria essência de limitar e restringir direitos e liberdades dos administrados para a promoção do interesse público<sup>32</sup>. A ênfase inicial, portanto, foi na dimensão processual da garantia, com a definição do direito de defesa e do contraditório nos processos administrativos, embora posteriormente também a incidência da dimensão material do devido processo legal tenha sido reconhecida<sup>33</sup>.

No Brasil, a aplicação expressa do devido processo legal aos processos administrativos só ocorre na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir da Constituição de 1988. Todavia, várias garantias corolárias do devido processo legal já eram reconhecidas em nosso sistema, como a necessidade de defesa em processos disciplinares<sup>34</sup> e de motivação em decisões lesivas aos interesses dos

31. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op. cit., p. 319.

32. Como nos esclarece Siqueira Castro: “Nesse sentido, firmou-se desde cedo o entendimento da jurisprudência norte-americana de que a validade do exercício do police power na esfera jurídica individual depende sempre do prévio conhecimento e da audiência do interessado (notice and hearing), a fim de que o ato do poder público não seja arbitrário e carente de justificativa” (op. cit., p. 42).

33. “Ao lado dessa função de limite ‘procedimental’ na esfera administrativa, esse instituto teve nos Estados Unidos, em seguida, grande serventia como controlador do próprio conteúdo das decisões adotadas pela Administração Pública” (CASTRO, Siqueira. Op. cit., p. 43.).

34. STF, RE 107553/SP, Rel. Min. Djaci Falcão, 2ª Turma, DJU de 20/06/1986, p. 10931.



administrados<sup>35</sup>. É forçoso reconhecer, contudo, que o autoritarismo que caracterizava a sociedade brasileira e sua Administração Pública não deixava espaço para o florescimento do devido processo legal<sup>36</sup>, o que realmente só veio ocorrer em toda a sua plenitude depois da Constituição “cidadã”.

Com regozijo podemos afirmar que hoje é incontestável a incidência do devido processo legal na esfera administrativa, não só porque existem normas que o garantem expressamente, mas também porque a sociedade o considera como um valor a ser protegido.

No que se refere à imposição de sanções administrativas, a própria existência de um processo administrativo é uma exigência da cláusula do devido processo legal. Edmir Netto de Araújo assinala: “Dentre os princípios gerais do Direito, sobressai-se aquele segundo o qual ‘ninguém pode ser condenado sem ser ouvido e sem que lhe seja assegurada a respectiva defesa’ (*nemo inauditus damnari potest*). Disso decorre que a sanção deve ser precedida do indispensável procedimento legal (*due process of law*), no qual eventual condenação ocorra com a observância do mencionado princípio, obedecidos ainda todos os requisitos formais-legais no referido processamento, especialmente o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal). (...) Parece claro, então, que a apuração do ilícito administrativo, a promoção e a

35. STF, RE 69486, Rel. Min. Thompson Flores.

36. Nunca podemos olvidar as prescrições dos Atos Institucionais, que determinavam limitações de direito sem a observância do devido processo legal, como as previstas no AI nº 5: “Art. 5º A suspensão dos direitos políticos, com base neste Ato, importa simultaneamente, em: I. cessação de privilégio de foro por prerrogativa de função; II. suspensão do direito de votar e de ser votado nas eleições sindicais; III. proibição de atividades ou manifestação sobre assunto de segurança: a) liberdade vigiada; b) proibição de freqüentar determinados lugares; c) domicílio determinado. § 1º O ato que decretar a suspensão dos direitos políticos poderá fixar restrições ou proibições relativamente ao exercício de quaisquer outros direitos públicos ou privados. § 2º As medidas de segurança de que trata o item IV deste artigo serão aplicadas pelo ministro de estado da Justiça, defesa a apreciação de seu ato pelo Poder Judiciário. Art. 6º Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º O presidente da República poderá, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou por em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregados de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço. § 2º O disposto neste artigo e seu § 1º aplica-se, também, nos estados, municípios, Distrito Federal e territórios. Art. 8º O presidente da República poderá, após investigação, decretar o confisco de bens de todos quantos tenham enriquecido ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, inclusive de autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Parágrafo único. Provada a legitimidade da aquisição dos bens far-se-á a sua restituição. Art. 10º Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. Art. 11º Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos”.

aplicação das respectivas penalidades, no âmbito da Administração, devam realizar-se também através de expedientes processuais, com observância de certos requisitos formais-legais, que são denominados genericamente *processos administrativos*, mas que podem trazer também, nas legislações específicas, denominações como *sindicância*, *processo sumário*, *inquérito*<sup>37</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao explicitar a observância do devido processo legal para a limitação da liberdade ou de bens, em seu artigo 5º, inciso LIV, alcança o processo administrativo, o que é reiterado quando trata da ampla defesa e do contraditório no inciso seguinte. De forma ainda mais categórica, a Constituição do Estado de São Paulo enuncia em seu artigo 4º que “nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência da publicidade, do contraditório, da ampla defesa e do despacho ou decisão motivados”. Na esfera infraconstitucional, temos a lei paulista nº 10.177/1998<sup>38</sup> e a lei federal nº 9.784/1999<sup>39</sup>, que expressamente consideram o devido processo legal como um princípio reitor da relação processual administrativa<sup>40</sup>.

37. O ilícito Administrativo e seu processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 125-126.

38. “Art. 22. Nos procedimentos administrativos observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho ou decisão motivados. § 1º Para atendimento dos princípios previstos neste artigo, serão assegurados às partes o direito de emitir manifestação, de oferecer provas e acompanhar sua produção, de obter vista e de recorrer. § 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias”.

39. “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação”.

40. Sobre a importância da legislação de processo administrativo, um interessante trabalho sobre a lei espanhola, que é uma das influências dos legisladores pátrios, é de Benigno Pendas Garcia (Estado de administracion,

A vagueza conceitual da cláusula do devido processo legal, ao mesmo tempo em que é a causa de seu sucesso de adaptação aos constantes desafios da ordem jurídica<sup>41</sup>, também provoca alguma perplexidade nos intérpretes pela dificuldade de se examinar analiticamente todas as suas implicações normativas. Por isso é que o rol de elementos da cláusula do devido processo legal, que será apresentado, tem necessariamente uma natureza exemplificativa.

Na nossa tradição romano germânica, a lei, ampla, geral e impessoal, tem a importante função de dar as balizas para o alcance das categorias jurídicas. Um dos primeiros aspectos a se relacionar ao devido processo legal é que, em nosso sistema, a norma que define as regras de tramitação do processo administrativo deve ser editada pelo ente administrativo competente para aquela atribuição. Assim, v.g., o processo administrativo relativo ao poder de polícia de cada ente da nossa singular federação tripartite deve ser determinado na sua ordem interna<sup>42</sup>. Obviamente, a ausência de previsão normativa não pode ser um óbice para a incidência do devido processo legal, cuja aplicação em todos os processos administrativos advém diretamente da Constituição Federal.

Podemos citar os seguintes elementos como decorrências necessárias da incidência da garantia constitucional do devido processo legal no processo administrativo, sob a ótica processual: a) a impessoalidade e a naturalidade da autoridade administrativa; b) o contraditório, c) a ampla defesa, d) a publicidade; e) a motivação; f) a necessária licitude das provas; g) a vinculação da decisão do administrador ao conteúdo do processo administrativo; h) a possibilidade da revisibilidade das decisões administrativas; e i) a não dilação indevida do processo administrativo<sup>43</sup>.

---

estado de derecho, eficacia administrativa, reflexiones preliminares sobre la LAP. In *Administraciones públicas y ciudadanos: estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y Del procedimiento administrativo común*. Barcelona: Práxis, 1993).

41. Bastante emblemático sobre o tema é o comentário do Juiz Felix Frankfurter da Suprema Corte dos Estados Unidos, citado por Siqueira Castro: “Due process não pode ser aprisionado dentro dos traiçoeiros lindes de uma fórmula due process é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável confiança na força da fé democrática que professamos. Due process não é um instrumento mecânico. Não é um padrão. É um processo. É um delicado processo de adaptação que inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo. Essa opinião constou do voto de Frankfurter no caso *Anti-Facist Committee v. Mc Grath*, 341 Us 123 (1951)” (op. cit., p. 56).

42. ADI 2374/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/10/2004, DJ 14/10/2004.

43. Tais elementos em alguma medida coincidem com a explicitação dos requisitos do processo administrativo previstos na decisão adotada pela Suprema Corte no caso *Goldberg v. Kelly*, em 1970, citada por Vera Scarpinella Bueno: “Lá ficou decidido que para a suspensão ou para a revogação de benefícios pecuniários sociais concedidos pelo governo era necessário a realização de um procedimento prévio que observasse os seguintes requisitos: notificação do interessado, a possibilidade de ser representado por advogado, oportunidade para produzir provas, audiência para realização de prova oral e oitiva de testemunhas, acesso aos autos,

Sempre foi fundamental à idéia de devido processo legal identificar como imparcial a autoridade julgadora no que se convencionou chamar de princípio do juiz natural. De nada adiantaria garantir o direito à ampla defesa, ao contraditório (em seu dúplice desdobramento de direito de informação e de direito de reação), ao procedimento adequado para se ensejar a aplicação de sanções e de restrições aos direitos mais caros ao sistema de valores protegidos pelo ordenamento jurídico, como a propriedade e a liberdade, caso o processo pudesse ser conduzido por uma autoridade que não tivesse compromisso com a imparcialidade, ou que fosse estabelecida de forma “ad hoc” ou “ad personam”, sem que se pudesse identificá-la por regras genéricas e impessoais. É necessário, destarte, garantir um julgamento impessoal por autoridade previamente competente<sup>44</sup>.

Ora, teríamos algum tipo de aplicação dessa idéia no processo administrativo?

A resposta é positiva, e se refere a todos os tipos de processo administrativo. Mas há características próprias, que merecem ser apontadas, até porque o “juiz natural” do processo jurisdicional não se identifica plenamente com a autoridade impessoal e natural que conduz o processo administrativo, obviamente porque este último é liderado por representantes de uma das partes interessadas na sua resolução, qual seja a Administração Pública. Um aspecto importante é que a autoridade deve ter atribuição para instruir e/ou decidir o processo administrativo, o que deve ter sido previsto em lei geral anteriormente concebida. Não viola essa regra o fato de uma Comissão de sindicância ser constituída para apurar um fato específico, desde que a pessoa que determina a sua instauração tenha competência legal para tanto, e aqueles que a compõem exerçam cargos compatíveis. Por outro lado, a isenção da autoridade é fundamental, não podendo existir nenhum interesse pessoal no resultado do processo. Por isso, as normas que regem o processo administrativo prevêm hipóteses de suspeição e impedimento, havendo a possibilidade dos interessados suscitarem essas exceções durante o processo<sup>45</sup>.

---

oportunidade para o contraditório de toda prova produzida, e o direito a uma decisão que fosse feita com base unicamente no que havia sido produzido nos autos e por um funcionário imparcial” (Devido processo legal e a administração pública no direito norte-americano. In Devido Processo legal na administração pública. Lúcia Valle Figueiredo (coordenadora). São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 21).

44. Sobre o princípio da impessoalidade, vide Edmir Netto de Araújo, Curso ..., cit., pp. 55-56.

45. Assim disciplina a questão a Lei nº 9784/1999: “Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I - tenha interesse direto ou indireto na matéria; II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro. Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar. Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares. Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com

Outro elemento fundamental ao devido processo legal é a observância do princípio do contraditório, muito embora nele não se encerre toda a potencialidade da cláusula, como querem alguns. O contraditório no processo administrativo também tem dupla dimensão: a que garante a ciência especial das decisões administrativas aos que lhe interessam diretamente e a possibilidade de reação contra decisões que podem ser adversas. Esse elemento se aplica em todos os processos que possam resultar em restrições de direitos, aplicação de sanções, ou qualquer tipo de prejuízo imputável a uma pessoa ou grupo de pessoas específico<sup>46</sup>. Não se aplica, porém, em processos que podem resultar no exercício de outras faculdades processuais, como a deflagração de um processo administrativo<sup>47</sup> ou de ações judiciais<sup>48</sup>. A necessidade da observância do contraditório não impede a adoção de medidas acauteladoras do interesse público, quando para a adoção das mesmas não seja possível esperar a oitiva do prejudicado<sup>49</sup>. Uma leitura mais contemporânea do princípio do contraditório se refere à necessidade de audiência dos interessados em geral na formulação das políticas públicas, uma vez que as opções administrativas acabam por favorecer alguns interesses em detrimento de outros<sup>50</sup>.

A ampla defesa é também elemento do devido processo legal, e, de certa forma, consubstancia o adensamento da possibilidade da reação prevista no contraditório sob a perspectiva de quem se defende de alguma imputação no processo<sup>51</sup>. O direito à ampla defesa pressupõe que haja uma delimitação do “libelo de acusação”, bem como acesso a meios para comprovar suas alegações. Também faz parte da ampla defesa o recurso à defesa técnica proporcionada por profissional habilitado, como

---

algun dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau. Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo”.

46. STF, RE 378041/MG, rel. Min. Carlos Britto, j. 21/09/2004, DJ 11/02/2005.

47. Não se aplica, assim, à sindicância. Nesse sentido: STF, MS 23410/DF, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJU 10/09/2004, p. 44.

48. Não se aplica ao inquérito policial (STF, HC 87827/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 23/06/2006, p. 00053) e ao inquérito civil público (STJ, REsp 644994/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ 21/03/2005, p. 336).

49. Como nas hipóteses de destruição de alimentos nocivos à saúde pública, interdição de estabelecimentos e tantas outras. Há interessante questão decidida pelo STF, a propósito do tema (RMS 22.756-DF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 09/04/2002, DJ 24/05/2002).

50. Comentando a questão do controle do poder normativo das agências no direito norte-americano, Vera Scarpinella Bueno, em trabalho já citado, informa que há, inclusive, uma linha adotada pelo judiciário para a garantia de um “rulemaking” adequado: “a) que a norma ao final editada deve ter rigorosa ligação com a proposta de norma inicialmente anunciada, pois foi sobre esta base que todos os comentários e participações se deram; b) que todos os fatos e informações obtidas pela agência ao longo do procedimento de criação de uma norma devem estar à disposição para eventuais comentários dos interessados e; c) que a agência monte verdadeiros ‘autos’ com os acontecimentos, respondendo a todos os comentários significantes feitos pelos participantes” (op. cit., pp. 63-64).

51. Há decisão do STF no sentido de que a ampla defesa só favorece aos investigados (MS 24.356-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.2.2003, DJ 12/09/2003).

consagrado na súmula 343 do STJ cujo enunciado é o seguinte: “É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar.” Correlatos à idéia de ampla defesa temos o direito ao silêncio e o direito à não auto-incriminação<sup>52</sup>. A defesa mitigada, que abrangia a representação do advogado e o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, bem como a possibilidade de apresentar provas, está presente em todos os processos administrativos, enquanto que a ampla defesa, com a obrigatoriedade de se ensejar a oportunidade de defesa e de participação na instrução, só ocorre nos processos administrativos onde se impõem sanções e restrições<sup>53</sup>.

A observância do princípio da publicidade no processo administrativo também atende ao devido processo legal, porque o exercício das funções públicas em um Estado Democrático de Direito deve ser feito da forma mais transparente possível<sup>54</sup>. A regra, pois, é a publicidade, conforme o art. 37, *caput*, da Lei Maior, obviamente aplicável aos processos administrativos. O sigilo só deve ocorrer quando o interesse social ou a proteção da vida privada e da intimidade assim o justificarem, nos termos do artigo 5º, inciso LX, da Constituição. Se aplicarmos, por analogia, o atual inciso IX do art. 93 da CF/88, cuja redação é da Emenda Constitucional nº 45, aos processos administrativos, a publicidade ficará ainda mais fortalecida nos seus conflitos com o direito à intimidade do interessado no sigilo, pois este só deverá preponderar quando não prejudicar o interesse público na informação<sup>55</sup>. A

52. Embora não especificamente sobre o direito ao silêncio no processo administrativo, vide sobre o tema: LIMA, Wanderson Marcello Moreira. A Constitucionalização dos direitos fundamentais e seus reflexos no direito ao silêncio do acusado. In RT, 804, Outubro de 2002, pp. 468-482; ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Mármora. O direito ao silêncio: evolução histórica. Do Talmud aos Pactos e Declarações Internacionais. In Revista de Direito Constitucional e Internacional, 48, jul/set. 2004, pp. 133-157.

53. Sobre o princípio da ampla defesa no processo administrativo, vide: Hernandez, Ary César. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. In Revista Justitia. São Paulo, n. 62, jan./dez. 2000, pp. 189-192; COSTA, José Armando. Procedimentos disciplinares e a ampla defesa. In Fórum administrativo - Dir. Público – FA. Belo Horizonte, ano 5, nº 51, maio 2005, pp. 5507-5518; ANDRADE, Samira Hamud Morato de Andrade. O princípio do devido processo legal e o processo administrativo. In Revista de Direito constitucional e internacional, ano 9, Out./ Dez de 2001, pp. 196-222.

54. Sobre o tema da publicidade nos processos administrativos, vale conferir Edmir Netto de Araújo, Curso (...) cit., pp. 57-59. Especialmente nos processos administrativos fiscais, vide os seguintes textos: GRUPEN-MACHER, Betina Treiger. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo no processo administrativo. In Processo administrativo fiscal. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 19-29; BIANCO, João Francisco. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo. In Processo administrativo fiscal. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 81-94; LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo. In Processo administrativo fiscal. São Paulo: Dialética, 2000, pp. 121-128.

55. “IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

mesma Emenda também prestigiou a publicidade na modificação que fez no inciso X do citado art. 93, aplicável aos processos administrativos nos tribunais<sup>56</sup>.

A necessidade da motivação das decisões proferidas nos processos administrativos é um importante corolário do devido processo legal. Obviamente que os atos de mero expediente, que resultam no impulso oficial do processo, não estão sujeitos à motivação, mas todas as decisões exigem que sejam declinados seus fundamentos de fato e de direito, não importando se o ato ao final praticado seja discricionário ou vinculado<sup>57</sup>. É o exame da motivação que, via de regra, nos permite avaliar se o devido processo legal em sua dimensão material foi observado. O preceito do artigo 93, inciso X, da Constituição, o qual determina que as decisões administrativas do Tribunal sejam motivadas, estende-se a toda e qualquer função administrativa. Por isso, a única interpretação que torna o artigo 50<sup>58</sup> da lei nº 9.784/1999 compatível com a Constituição é a de que seu rol de atos administrativos que necessitam de motivação é meramente exemplificativo, uma vez que qualquer ato decisório requer justificativa.

Não menos relevante é o elemento relativo à instrução do processo administrativo, uma vez que a garantia da licitude das provas é fundamental para que haja

56. “X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros” (redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Há um debate sobre a correta interpretação desse dispositivo quando se trata de processo administrativo disciplinar contra magistrado: uns defendem que o julgamento passou a ser público, enquanto outros entendem que embora o novo texto tenha mantido a possibilidade de realização de julgamento sigiloso, reservada a participação das próprias partes e de seus advogados, as decisões administrativas serão divulgadas em sessão pública. Em decisão recente e bastante discutível, o Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade de vedar a presença da própria parte em sessão administrativa secreta realizada por tribunal com o escopo de determinar a abertura de processo administrativo disciplinar contra magistrado (RE 452709/SP, Rel. Min. Carlos Britto, j. 30/05/2006, DJ 09/06/2006).
57. Em sentido contrário é a lição de Edmir Netto de Araújo, para quem o princípio da motivação ainda não está consagrado em sua plenitude, pois alcançaria apenas os atos vinculados, não os discricionários, tendo em vista a teoria dos motivos determinantes e a delimitação do exame judicial da matéria de fato referente ao mérito do ato administrativo (Curso..., cit., p. 69). Entretanto, pedimos vênia para nos filiar-mos à posição que vem sendo adotada pelo E. STJ, no sentido de que há uma nova visão do ato administrativo discricionário, segundo a qual “Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador” (RESP 493811/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 15/03/2004, p. 236).
58. “Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

a efetiva observância do devido processo legal. Todas as provas são admitidas no processo administrativo, desde que tenham sido obtidas sem violação das normas legais. Um dos fatores gerais de eficácia dos atos administrativos é a sua presunção de legitimidade<sup>59</sup>, mas esta pode ser infirmada ao longo do processo administrativo<sup>60</sup>. Assim, descabem provas resultantes de coação, tortura, falsidade, etc. Algumas provas necessitam de autorização judicial para serem obtidas, como o acesso à movimentação bancária e fiscal de pessoas físicas e de pessoas jurídicas privadas – uma vez que não há sigilo em relação às contas públicas<sup>61</sup>. No que concerne aos feitos administrativos fiscais, a Lei complementar 105/2001 admite a requisição de informações diretamente pelos órgãos da Receita Federal, disposição que, a nosso juízo, é constitucional<sup>62</sup>. Já as provas resultantes da quebra do sigilo das telecomunicações só podem ser obtidas para fins penais, mas quando se tornarem públicas podem ser utilizadas em processos administrativos<sup>63</sup>.

A vinculação da decisão do administrador ao conteúdo do processo administrativo também é uma importante faceta do devido processo legal em sua dimensão processual. É óbvio que o processo administrativo tem natureza menos burocrática do que o processo judicial, sendo inclusive questionável se nele incide o instituto da preclusão. Todavia, tal grau de informalidade não significa que o administrador possa decidir com base em elementos que não estejam nos autos, o que tornaria sua decisão completamente insindicável e dispensável a própria noção de processo administrativo.

Muito importante no aspecto formal do devido processo legal é a possibilidade da revisibilidade das decisões finais proferidas no processo administrativo, salvo quando se tratar de determinação do mais alto escalão administrativo. Ora, é evidente que o reexame das decisões pode ensejar uma solução mais justa e adequada, sobretudo considerando que este é conferido a autoridade diversa daquela que por primeiro se pronunciou. Tanto na legislação federal quanto na lei paulista há

59. ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso..., cit., p. 61.

60. Rafael Munhoz de Mello defende a inversão do ônus da prova em favor do administrado. Processo administrativo, devido processo legal e a lei 9784/99. In Revista de Direito Administrativo, jan/mar. 2002, Renovar, pp. 83-104.

61. “Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição” (STF, MS 21729/DF, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 05/10/1995, DJ 19/10/2001, p. 33).

62. Ainda não há uma posição do STF sobre o assunto, muito embora existam várias ações diretas de inconstitucionalidade sobre o tema: 2386/DF, 2389/DF, 2390/DF, 2397/DF e 2406/DF.

63. STF, MS 23669-DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 17/04/2000.



previsão expressa do direito genérico ao recurso. No caso da lei federal, o recurso sempre permite a reconsideração, e, via de regra, há três instâncias administrativas. Em homenagem à revisibilidade das decisões no processo administrativo e à ampla defesa o Supremo Tribunal Federal reputou inconstitucional a exigência do depósito prévio como condição para o recurso administrativo<sup>64</sup>.

Por fim, ainda nessa perspectiva processual é fundamental para que o processo administrativo tenha utilidade que não haja sua dilação indevida, observando-se o princípio da economia processual. Tal elemento tem como lastro não só a novel garantia processual do inciso LXXVIII do art. 5º do texto constitucional<sup>65</sup>, introduzido pela Emenda nº 45, como também o princípio da eficiência, que rege a atuação geral da administração pública, obrigando-a a realizar da forma menos dispendiosa possível suas missões.

A dimensão material do devido processo legal também deve ser prestigiada no processo administrativo. Ainda que um processo administrativo tenha observado, de forma regular, todas as prescrições normativas procedimentais, quando resultar em aplicação indevida da norma legal ou quando aplicar norma legal que contraria o sistema constitucional estaremos diante da violação do devido processo legal. Poderíamos citar como elementos do devido processo legal, sob este prisma, sempre de forma não exauriente, a observância dos princípios reitores da Administração Pública: a) legalidade; b) finalidade, c) razoabilidade e proporcionalidade, c) isonomia, d) moralidade; e e) eficiência. Assim, a decisão que resultar do processo administrativo deve estar em conformidade com o texto constitucional e com toda a legislação em vigor, o que permite uma ampla utilização da cláusula do devido processo legal no controle da legitimidade das decisões e atos administrativos.

Digna de nota é a relação da noção de devido processo legal em sentido material com a razoabilidade e proporcionalidade<sup>66</sup>. A lei nº 9.784/1999, por exemplo, é expressa ao afirmar que nos processos administrativos será observado o critério de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, o que tem sido devidamente apreciado por nossas Cortes Superiores<sup>67</sup>.

64. RE 388359/PE, Rel. Min. Marco Aurélio.

65. “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

66. É conhecida a discussão sobre a proporcionalidade ter ou não natureza principiológica. A esse respeito, por exemplo, vide Humberto Ávila, *op. cit.*

67. Como, por exemplo, os seguintes julgados: STF, RE 374981/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 08/04/2005; STJ, MS 8106/DF, 3ª Seção, Min. Vicente Leal, DJU 28/10/2002. Vide também, sobre o assunto: LESSA,

Nesse ponto, importante anotar que a amplitude da revisão judicial ensejada pela cláusula do devido processo legal em sua dimensão material não viola nossa concepção normativa de separação de poderes, uma vez que o juiz não substitui o administrador na emissão de sua decisão, mas permite que a atividade administrativa possa sempre ser cotejada com os valores mais importantes da sociedade, cristalizados nos dispositivos constitucionais, ensejando o acesso a uma ordem jurídica justa.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gradual centralidade que vem adquirindo a cláusula do devido processo legal no processo administrativo é importante signo da mudança de paradigmas pela qual vem passando o direito administrativo contemporâneo. Assim, como em outros ramos do direito, a perspectiva constitucional, que caracteriza o neoconstitucionalismo, tem como resultado mais positivo recolocar a pessoa como núcleo irradiador da criação e da interpretação normativa, no fenômeno que já se convencionou chamar de personalização do direito.

Por ter sido uma noção que desde seu nascedouro tinha como objeto a valorização da pessoa em face do poder, o devido processo legal não só se perenizou como foi mais além, ampliando seu espectro inicial de proteção processual em casos de repressão penal para consubstanciar uma garantia presente em todos os processos, judiciais e administrativos, e na própria racionalidade do sistema normativo.

O maior legado que podemos deixar para as futuras gerações, na concretização da equidade intergeracional, é a plasticidade da cláusula do devido processo legal, que, com certeza, terá muito a desempenhar em um futuro que se desenha extremamente instável, com a possibilidade de sucumbirmos aos riscos do esvaziamento das práticas científicas sem controle, do consumo exacerbado e autofágico de nossos recursos naturais, da impossibilidade de reconciliação entre os incluídos e os excluídos do amparo social e jurídico. Oxalá o caminho de expansão do devido processo legal na atividade administrativa seja irreversível, e possa prevenir alguns dos riscos mencionados.

#### BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Roberto. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 1ª reimpressão. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

---

Sebastião José. A dimensão do direito disciplinar e o princípio da proporcionalidade e/ou razoabilidade. In Forum Administrativo - FA, Belo Horizonte, ano 4, nº 39, maio 2004, pp. 3804-3814.

- ANDRADE, Samira Hamud Morato de. O princípio do devido processo legal e o processo administrativo. In *Revista de Direito constitucional e internacional*. Ano 9. Out./Dez de 2001, pp. 196-222.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Sociedade e Espaço Público na Constituição. In *Quinze anos de Constituição*. José Adércio Leite Sampaio (coordenador). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos; RODRIGUES, Geisa de Assis. Estado Democrático de Direito: conceito, história e contemporaneidade. In *Temas de Dissertação nos Concursos da Magistratura Federal*. Sérgio Gonini Benício (coordenador). São Paulo: Federal, 2006.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *O ilícito Administrativo e seu processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luiz Roberto. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. In *Estudos de Direito Constitucional - Homenagem a Paulo Bonavides*. José Ronald Cavalcante Soares (organizador). São Paulo: LTr, 2001.
- BIANCO, João Francisco. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo. In *Processo administrativo fiscal*. Valdir de Oliveira Rocha (coordenador). São Paulo: Dialética, 2000.
- BUENO, Vera Scarpinella. Devido processo legal e a administração pública no direito norte-americano. In *Devido Processo legal na administração pública*. Lúcia Valle Figueiredo (coordenadora). São Paulo: Max Limonad, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal: Comentários à lei 9784 de 29/1/1999*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTRO, Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.
- COSTA, José Armando. Procedimentos disciplinares e a ampla defesa. In *Fórum Administrativo - Dir. Público - FA*. Belo Horizonte, ano 5, nº 51, maio 2005.

- DAVID, René. *O direito inglês*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Talking Rights Seriously*. 4ª reimpressão. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- GARCIA, Benigno Pendas. Estado de administracion, estado de derecho, eficácia administrativa, reflexiones preliminares sobre la LAP. In *Administraciones públicas y ciudadanos (estudio sistemático de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones públicas y Del procedimiento administrativo común)*. Barcelona: Práxis, 1993.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido José; CINTRA, Antônio Carlos Araújo. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Devido Processo Legal e o Procedimento Administrativo. In *Boletim de Direito Administrativo*, janeiro/99.
- GRUPENMACHER, Betina Treiger. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo no processo administrativo. In *Processo administrativo fiscal*. Valdir de Oliveira Rocha (coordenador). São Paulo: Dialética, 2000.
- HERNANDEZ, Ary César. O contraditório e a ampla defesa no processo administrativo. In *Revista Justitia*. São Paulo, n. 62, jan./dez. 2000, pp. 189-192.
- LESSA, Sebastião José. A dimensão do direito disciplinar e o princípio da proporcionalidade e/ou razoabilidade. In *Forum Administrativo – FA*. Belo Horizonte, ano 4, nº 39, maio 2004, pp. 3804-3814.
- LIMA, Wanderson Marcello Moreira. A Constitucionalização dos direitos fundamentais e seus reflexos no direito ao silêncio do acusado. In *RT*, 804, outubro de 2002, pp. 468-482.
- LUHMANN, Niklas. *A legitimação pelo procedimento*. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. O princípio da publicidade e a garantia do sigilo. In *Processo administrativo fiscal*. Valdir de Oliveira Rocha (coordenador). São Paulo: Dialética, 2000.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a lei 9784/99. In *Revista de Direito Administrativo*. Jan/mar. 2002, Renovar, pp. 83-104.

- MIRANDA, Jorge. *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. In *RDA*. Rio de Janeiro: n. 209, jul./set. 1997, pp. 189-222.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Commom Law: introdução ao Direito dos EUA*. 2ª edição. Revista dos Tribunais, 2000.
- SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. In *RDP*, 84, Out/Dez 1987, pp. 64-74.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Processo e procedimento administrativo no Brasil. In *As leis de processo administrativo (Lei federal 9784/99 e Lei paulista 10177/98)*. Carlos Ari Sundfeld e Guillermo Andrés Muñoz (Coordenadores). São Paulo: Malheiros, 2000.
- Verbetes “Due Process of Law”. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Direction de André-Jean Arnaud. Paris: LGDJ, 1993, pp. 213-225.
- ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Mármora. O direito ao silêncio: evolução histórica. Do Talmud aos Pactos e Declarações Internacionais. In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 48 jul/set. 2004, pp. 133-157.



## Artigos do Corpo Discente

### DOUTORADO

#### **II. As Teorias Jurídicas: Reflexão e Desenvolvimento contra o Imobilismo e a Dogmatização**

*Miguel Calmon Dantas*

### MESTRADO

#### **III. Do Assistente de Acusação: o (Des)assistido pela Constituição**

*Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo*

#### **IV. O acesso à atenção em saúde na reflexão bioética**

*Osmir Antonio Globekner*







## II

# AS TEORIAS JURÍDICAS: REFLEXÃO E DESENVOLVIMENTO CONTRA O IMOBILISMO E A DOGMATIZAÇÃO

*Miguel Calmon Dantas*

Doutorando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor Assistente de Ciência Política e Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia e Professor de Direito Constitucional da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Salvador (Unifacs). Professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Salvador (Unifacs) e de Direito do Estado do JusPodivm. Procurador do Estado da Bahia. Advogado.

**RESUMO:** A crise do direito, marcada pela palpada incapacidade de se constituir como instância de regulação social diante das condições complexas das sociedades contemporâneas relaciona-se com a dogmatização e o imobilismo da reflexão jurídica, que olvida o caráter produtivo da ignorância e a necessidade de uma continuidade do pensamento sobre os problemas que se sucedem, com vistas a propiciar uma adequada solução e, ademais, que encerrem o conteúdo substancial de justiça oriundo do sistema constitucional. As teorias jurídicas têm, assim, um caráter contra-arbitrário, cuja formulação e desenvolvimento exigem inventividade, imaginação, criatividade, ousadia intelectual por tratarem de problemas relevantes, além de um distanciamento histórico, rechaçando o imobilismo e o dogmatismo. O critério referencial para o desenvolvimento das teorias e para a verificação da melhor teoria numa situação de concorrência não é o da verdade, nem o da corroboração ou da resistência às refutações, sendo preferível a teoria que melhor solucione o problema, destacando-se o caráter problemático e prático da ciência e das teorias jurídicas, notadamente porque inseridas

nas ciências sociais. Nessa condição, subjaz às teorias próprias a hermenêutica ontológica, trazendo consigo outras matrizes imprescindíveis para o desenvolvimento da reflexão jurídica, como o pensamento problemático e a transdisciplinariedade, que demarcam as condições de possibilidade da reabilitação da reflexão jurídica e do direito, tanto como instância de regulação social, como da sua capacidade de promoção e realização progressiva de fins comunitários.

**ABSTRACT:** The crisis of the law, marked for the divulged incapacity of social regulation because the complexes conditions of the contemporaries societies becomes related with dogmas and the stagnation of the thought in law, that forgets the productive character of the ignorance and the necessity of a continuity of the thought on the problems to propitiate an adequate solution and to realize substantive justice that results of the constitutional system. The law theories are a wall in face of injustice, whose it formulation and development demands imagination, creativity, intellectual capacity for resolve significant problems, and a historical distance. The important criteria for the development of

the theories and for verifies the best one isn't the truth, nor its conformation or falsification, but its problem solving effectiveness, being distinguished the jurisprudence as a problem-solving activity and as problematic science. In these conditions, the ontological hermeneutics are one of the news paradigms of social sciences, with the complex thought and the opening view to a global and local knowledge by other sciences, bringing back the rehabilitation of the

law's thought, the capacity of the law as social regulation instance and to realize the values in de constitutional system.

**PALAVRAS-CHAVE:** Conhecimento. Ciência Jurídica. Crise e reabilitação reflexiva. Teorias jurídicas. Ciência problemática. Justiça.

**KEY-WORDS:** Knowledge. Jurisprudence. Crisis and rehabilitation thought. Law's theories. Activity solving problems. Justice.

**SUMÁRIO:** 1. A Crise Reflexiva da Ciência Jurídicas e as Teorias Jurídicas – 2. O *Homo Insipiens* e a Ignorância da Ignorância Jurídica – 3. O Caráter Problemático e o Desenvolvimento das Teorias Jurídicas: 3.1 O caráter problemático das teorias jurídicas; 3.2 Condições positivas para o desenvolvimento das teorias jurídicas; 3.3 Obstáculos à reflexão teórica; 3.4 O desenvolvimento das teorias jurídicas – 4. A Ciência Jurídica diante das Novas Matrizes da Reflexão Teórica Contemporânea – 5. Conclusão – Referências.

## 1. A CRISE REFLEXIVA DA CIÊNCIA JURÍDICA E AS TEORIAS JURÍDICAS

O direito não se preocupa com a sua própria origem. Tal origem, que pode apresentar vários sentidos ou significações, da mesma forma que direito, não se refere, nesse caso, ao contexto social ou às fontes materiais de que resultam as normas jurídicas.

O direito é muito mais do que a positivação de normas de conduta, impositivas, proibitivas ou permissivas, a que se liga uma sanção, seja a cada dever, seja uma sanção institucionalizada, uma sanção global do sistema jurídico.

O direito também não se reduz a um ato de autoridade pública, a que se devem submeter todos aqueles que lhe estão subordinados por um vínculo que importe obediência, independentemente da sua natureza e de sua etiologia.

Em verdade, tais dimensões, que apenas participam da estruturação de concepções monolíticas e unilaterais do direito, obscurecem a sua dimensão cultural, na medida em que o direito é produto da ação humana, e deve ser produto da ação humana crítico-reflexiva e não apenas no que respeita à produção normativa, mas também no que concerne à própria ciência jurídica.

Com efeito, não se afigura pertinente o entendimento de que a ciência jurídica seria meramente descritiva e que, como tal, as teorias jurídicas não participariam

da própria construção do direito. Não apenas a técnica legislativa, o processo judicial, e a atuação estatal e privada produzem o direito através das fontes habilitadas a tanto pelo sistema jurídico. Também o saber e o conhecimento sobre o direito produzem, reflexivamente, o direito, repercutindo e interferindo tanto em sede legislativa, quanto em sede jurisdicional.

A ciência jurídica, com a construção e o desenvolvimento das teorias jurídicas, bem como os seus sub-ramos e suas respectivas teorias, integra a construção do direito porque participam da pré-compreensão que se manifesta quando da compreensão/interpretação/aplicação do direito; ademais, também figuram as teorias jurídicas como um critério de aferição da legitimidade do discurso jurídico.

De acordo com a teoria que se adote<sup>1</sup>, pode-se entender que o Judiciário não está habilitado a exercer o controle das políticas públicas, que determinada emenda constitucional vulnera ou não uma cláusula pétrea, que os processos democráticos não podem ser contidos pelas normas atributivas de direitos fundamentais, ou, ainda, que o devido processo legal se atém ao seu sentido formal, ou abrange também o sentido substancial.

Caberia, igualmente, identificar se há ou não meios de superar a inconstitucionalidade por omissão, caso se adote uma teoria da separação de poderes que permita ou não solucioná-la, como também se dá com a própria teoria em derredor da natureza da constituição, se seria processual ou estatutária, ou dirigente.

Não há, pois, como olvidar mais que as teorias jurídicas, o saber jurídico, cria o direito, seja porque participa da interpretação, seja porque orienta a solução de casos concretos, seja porque viabiliza a percepção de novos problemas que, por sua vez, exigem um desenvolvimento do direito legislado e das próprias teorias jurídicas.

E, nesse sentido, a ciência jurídica e as teorias jurídicas apresentam-se como um tema de estudo premente para o desenvolvimento do próprio direito, a fim de possibilitar que se torne hábil e adequado à superação dos problemas e questões que lhe são antepostos.

Lamentavelmente, porém, no âmbito do pensamento jurídico não se vislumbra o estímulo e o desenvolvimento contínuo de uma atividade crítico-reflexiva que envolva as condições e possibilidades em que surgem e evoluem as teorias sobre as questões que se colocam à resolução pelo direito e mediante o direito.

1. E, como tal, no âmbito do presente estudo, os exemplos e ilustrações serão preponderantemente relativos a situações ou questões atinentes ao direito constitucional, sem que a força demonstrativa possa quedar-se ao seu âmbito.

Expandiu-se uma prática conducente exatamente à noção oposta, constatando-se um imobilismo e uma dogmatização que parecem perenizar as teorias jurídicas, imunizando-as à atividade crítico-reflexiva, que viabiliza não apenas a formação, mas a sustentação, correção, legitimação e superação das teorias jurídicas.

Edgar Morin (2001, p. 13) constata o estágio pré-histórico da reflexão humana na atualidade, considerando que se vive numa época de barbárie das idéias em que o homem é dominado e não dominante, rendido que se encontra às teorias, conceitos e doutrinas.

Tal situação importa no reconhecimento da debilidade e da crise da ciência jurídica para promover a operacionalização do direito não apenas no sentido de ensejar a realização dos fins e objetivos que permeiam e orientam aos sistemas jurídicos, mas diante da sua inadequação como âmbito de solução dos problemas complexos que desafiam o direito diante das condições complexas de uma chamada pós-modernidade.

A gravidade da crise se entremostra ainda mais em razão da ciência jurídica ter o caráter não apenas descritivo de uma realidade objetiva, mas também normativo<sup>2</sup>, posto que, como assinalado, participa da constituição da tradição jurídica e da cultura jurídica em que se dá a compreensão, interpretação e aplicação das normas jurídicas diante dos casos concretos, embora seja, ela própria, de caráter interpretativo.

A reflexão jurídica, notadamente no Brasil, não se encontra devidamente ativada, não há a produção normativa pelo saber, mas apenas a reprodução estanque de um saber tecnicado e manualizado, sem vida e sem existência, sem passado e sem devir, o que se confirma pelas contundentes observações de Lenio Luiz Streck (2001, p. 63-70) acerca do estágio do senso comum teórico quanto aos profissionais de direito, quanto ao ensino jurídico e, também, no seio da ciência jurídica.<sup>3</sup>

Ora, da mesma forma que as teorias jurídicas participam da construção do direito, são, elas próprias, produto da compreensão/interpretação/aplicação, ou

2. Nesse sentido, concebendo a ciência jurídica como normativa, FERRAZ, Tércio Sampaio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 15.
3. Sobre o ensino jurídico, aponta Streck (2001, p. 79-80) que as faculdades de Direito têm funcionado como centro de reprodução do direito oficial, e não como produtoras do conhecimento científico, repetindo a sabedoria codificada, gerando um conformismo e um sentimento de incapacidade para habilitar o direito como instrumento de transformação social. Reitera (STRECK, 2001, p. 89-91), ainda, o caráter meramente reprodutivo e não produtivo do processo de interpretação do direito, fundada na filosofia do sujeito e conduzindo à necessidade de identificar sentidos pertencentes ao texto que, nessa condição, tornam-se independentes dos problemas e das questões que se lhe colocam agudamente em cada momento histórico.

seja, são teorias interpretativas, posto que integram o âmbito das ciências sociais, ou ciências humanas, de matiz essencialmente hermenêutica, como assinala Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 13).

As ciências humanas têm se modificado pela perda de referencialidade no estatuto epistemológico das ciências naturais, que não são mais paradigma de cientificidade<sup>4</sup>, o que engendrou uma crise que vai desde o questionamento dos fundamentos religiosos até as transformações da economia mundial do período entre-guerras, bem como da matemática à física, com o surgimento do intuicionismo e da teoria da relatividade<sup>5</sup>, tendo-se apresentado com especial virulência no âmbito das ciências sociais<sup>6</sup>, ao que a filosofia da experiência existencial comemorava, dando ensejo à exaltação da existência, bem como à tendência de novos fundamentos para as ciências, como assinala Heidegger (2005, p. 35).

Ao contrário, já o direito não tem acompanhado as modificações das ciências sociais, ficando circunscrito à aludida crise, pois a reflexão jurídica está com as vistas voltadas para o já longínquo século XIX, enquanto os problemas que se antepõem ao direito são próprios do século XXI, parafraseando Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 5-6).

Diante desse quadro apresentado, afigura-se de extrema importância que se desenvolva uma reflexão também sobre a formação do saber jurídico, tematizando as condições e possibilidades das teorias jurídicas, com o estabelecimento de critérios que indiquem a adequação ou não de uma teoria e a necessidade ou não de se abrir um novo campo reflexivo em face da incapacidade das teorias jurídicas existentes para resolver os problemas.

Assim, o escopo do presente estudo é, demonstrando a carência de uma atividade crítico-reflexiva que deva permear a ciência jurídica, pautada pelo paradigma hermenêutico, de caráter compreensivo, estabelecer as condições de formação, desenvolvimento e superação das teorias jurídicas, apontando, sinteticamente, alguns traços característicos de seu estatuto epistemológico, com a tentativa de desvelar a sua inserção no âmbito do pensamento complexo e transdisciplinar.

4. Como salienta Gadamer (2001, p. 127-128) ao considerar que, a partir das experiências da primeira grande guerra, com a convulsão da crença liberal no progresso em razão do nacionalismo suicida e do surgimento de novos movimentos religiosos acentuando a dimensão existencial, as ciências também entraram em crise.
5. No mesmo sentido, Heidegger (2005, p. 35-36), ao sustentar que tanto a matemática quanto a física passavam por uma crise de fundamentos, com a mesma contextualização mencionada por Gadamer.
6. As quais Gadamer, ao contrário do que ocorreu em Verdade e Método, prefere denominar de ciências humanas.

As teorias jurídicas têm de estar habilitadas a lidar com a complexidade e de ser pautadas e estruturadas a partir e pela complexidade, entendida, no sentido concebido por Edgar Morin (2006, p. 13), como “tecido de acontecimentos, ações, interações, retroações, determinações, acasos, que constituem nosso mundo fenomênico”, tendo como desafio não mutilar a realidade e não se ater ao que já construído e constituído, para que não seja meramente reproduzido.

Já a transdisciplinariedade importa no rechaço da especialização e da fragmentação utilitarista e técnica do saber, rejeitando o paradigma do modo de produção capitalista do saber, mediante o qual a especialização, se produzia um *expert* local, gerava um cego global ou, como prefere Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 46), um ignorante especializado.

Para tanto, procede-se à sustentação do caráter ineliminável da reflexão jurídica produtiva, analisando a relação entre a ignorância e o caráter problemático das teorias jurídicas, indicando os critérios que podem conduzir à afirmação ou à rejeição de uma teoria e sua caracterização.

Tratados tais aspectos, adentra-se na apreciação da evolução das teorias jurídicas, opondo-as a qualquer sentido de dogmatização e imobilismo da reflexão, concluindo-se por assinalar a importância da contínua reflexão no sentido de permitir que as teorias jurídicas estejam sempre aptas a resolver adequadamente os problemas, pautadas pelo conteúdo material de justiça compreendido a partir do sistema jurídico.

Diante da complexidade do tema, em cotejo com as limitações do presente estudo, promove-se a tematização das teorias jurídicas seguindo-se as mais pertinentes contribuições, revisitadas e atualizadas segundo os parâmetros e matrizes das ciências humanas, de *Sir Karl Popper*, com o seu falseacionismo, em diálogo com as críticas e concepções desenvolvidas proficuamente por Imre Lakatos e, notadamente, por Larry Laudan, além da constante interlocução com Boaventura de Sousa Santos, Edgar Morin e Cornelius Cartoriadis.

Subjaz a tal ambiente reflexivo a matriz hermenêutica originária de Gadamer, sempre recorrente à análise das sobreditas contribuições, sujeitas que estão ao giro hermenêutico, que pressupõe um giro humanístico, imprescindível para justificar devidamente a inserção da ciência jurídica dentre as ciências humanas ou sociais e a o caráter impositivo de sua transformação, como registrado por Gadamer (2001, p. 129), *in verbis*:

[...] el rostro de las ciencias humanas ha cambiado mucho en las últimas décadas.  
Será tarea nuestra lograr que la realización de fuerzas de las diferentes tendencias

investigadoras, de peso variable, alcance un nuevo equilibrio, y, al final, nuevos conocimientos sobre el mismo ser humano, conocimientos que hagan honor al término 'ciencias humanas'.

Já no âmbito da produção jurídica do saber, há de se destacar as contribuições e o enquadramento, no plano da filosofia das ciências, das concepções de Claus-Wilhelm Canaris (1995) e de Christin Atias (1987), que tentam suprir uma carência do pensamento jurídico quanto à tematização das teorias jurídicas. Na doutrina brasileira, dentre outros, Souto Maior Borges (2007), Tércio Sampaio Ferraz (1980), e Lenio Luiz Streck (2001), participam da interlocução quanto ao caráter relevante da reflexão e do desenvolvimento das teorias jurídicas, contra o dogmatismo e o imobilismo.

Assim sendo, cumpre, de logo, rechaçar o imobilismo do conhecimento e a necessidade de sua constante produção mediante e pela reflexão humana, que se estabelece numa tensão dialética com a ignorância; não a ignorância que cega, mas a ignorância produtiva, resultante da finitude da condição humana.

## **2. O *HOMO INSIPIENS* E A IGNORÂNCIA DA IGNORÂNCIA JURÍDICA**

A primeira atitude que deve permear a reflexão científica, pertinente a todos os âmbitos do saber, inclusive e principalmente na ciência jurídica, tanto na formação, como no desenvolvimento e na refutação de teorias jurídicas, consiste na percepção da ignorância congênita e histórica do ser humano, reforçada pela finitude de sua condição existencial.

É conhecida a controvérsia acerca da natureza inata ou não do conhecimento humano, havendo aqueles que o concebem como associado à capacidade intelectual e de reflexão, que só precisa ser exercitada, ou, ao contrário, de que seria adquirido mediante um processo evolutivo contínuo, ao longo da existência humana e, como tal, seria imemorial.

Ortega y Gasset (2003, p. 34-35) diverge profundamente do caráter inato do conhecimento humano, a tal ponto de rechaçar a condição do homem enquanto *homo sapiens* e, com grande significação simbólica expressiva do seu entendimento, afirmar que mais próprio seria considerá-lo como *homo insipiens*, lembrando Platão e destacando a ignorância do ser humano, que só conhece poucas coisas, ignorando todo o resto.

Assim, assere que a condição humana originária é a da mais latente ignorância, de modo que o conhecimento é adquirido durante e por via da existência humana, pois o elemento diferencial dos seres humanos é justamente o pensamento, a

capacidade de reflexão que apresentam para projetar as ações futuras, o que lhes confere uma condição existencial de liberdade e responsabilidade.

O pensamento, por sua vez, não é como um presente que foi conferido ao homem, não é um “regalo”, sendo o seu exercício uma necessidade existencial diante da condenação à liberdade e à responsabilidade no que concerne ao planejamento e à elaboração das ações futuras.

Acentua que “[...] *no vivimos para pensar sino que pensamos para lograr subsistir o pervivir*”, asseverando (ORTEGA Y GASSET, 2003, p. 36) ser uma injustiça conceber diferentemente a capacidade reflexiva do homem, *in verbis*:

Véase cómo eso de atribuir al hombre pensamiento como una cualidad ingénita – que, al pronto parece una homenaje y hasta una adulación a su especie –, es, en rigor, una injusticia. Porque no hay tal don ni obsequio, sino que es una penosa fabricación y una conquista, y como toda conquista – sea de una ciudad, sea una mujer – siempre inestable y huidiza.

No mesmo sentido, Karl Popper (1999, p. 13-15), ao expor as suas vinte e sete teses em derredor do desejado debate que deveria se dar com Adorno no Congresso dos Sociólogos Alemães, em 1960, indica como duas das principais teses respeitantes à compreensão sobre a lógica das ciências sociais a que exalta o conhecimento e a que reconhece a ignorância.

Para Popper conhecemos muito, não só acerca de questões de interesse duvidoso, mas também sobre outras de um interesse prático destacado, permitindo um acurado discernimento teórico e uma visão de mundo surpreendente.

A segunda tese dirige-se a realçar o caráter progressivo e ilimitado da ignorância, marcando o progresso titubeante das ciências naturais que, de qualquer sorte, seria inexorável, porque a cada momento em que se resolve um problema, surgem outros, levando à percepção de que o que se pensava ser certo e firme, na verdade, revela-se como terreno incerto e inseguro, com contínuos estágios de alteração.

Tais teses, segundo Popper, seriam apenas aparentemente contraditórias, não sendo utilizadas as expressões conhecimento e ignorância em sentidos que encerrem uma oposição inconciliável.

Da mesma forma que Ortega y Gasset, embora por razões distintas, Popper vai fundar o conhecimento na reflexão, na existência e na experiência humana, tendo como origem o momento em que o homem se depara com um problema, que o leva a refletir e a pensar para planejar as suas ações necessárias à superação daquele problema que, por sua vez, vem a acarretar mais outros que demandarão,



ao seu tempo, a persistência do processo reflexivo, num movimento pendular contínuo entre ignorância e conhecimento.

Diante disso, Popper sustenta que o conhecimento advém da tensão com a ignorância, não havendo problema sem conhecimento e nem conhecimento sem problema, entendimento confirmado, dentre outros, por Larry Laudan (1977, p. 11), ao conceber que a ciência se caracteriza essencialmente como uma atividade que busca a solução de problemas<sup>7</sup>.

A ignorância do ser humano apenas e tão-só atesta a sua finitude e, ao mesmo tempo, afirma ser necessário o contínuo desenvolvimento do processo reflexivo, do pensamento, a fim de que o conhecimento seja progressivo e se aproxime da verdade.

Enquanto Popper (2006, p. 26-27), considera o progresso do conhecimento como um processo semelhante ao da evolução natural, pela aplicação, segundo uma ótica que denomina otimista, da teoria darwiniana ao plano das ciências, como também ao âmbito social, Ortega y Gasset (2003, p. 24-29) destaca de forma acentuada o esforço que é pertinente ao desenvolvimento da reflexão e do conhecimento, fazendo-o pela constatação de três etapas no processo evolutivo do conhecimento, que são a alteração, o ensimesmamento e a ação.

A alteração<sup>8</sup> seria o momento em que o homem, atônito, em constante estado de alerta em razão do meio e da realidade, do mundo que o circunda e o ameaça, tem o seu comportamento, a sua conduta, dirigida pelo meio exterior. Assim, a sua ação seria orientada pelo que lhe é estranho, pelo outro, etapa em que não identifica diferença relevante entre o homem e o animal, ambos constrangidos e premidos pelo mundo, agindo mais com base nos institutos do que na reflexão.

Posteriormente, numa atitude que considera contrária a sua própria natureza, o homem, num esforço hercúleo, volta-se a si mesmo e, de costas para o mundo, passa a ocupar-se de si e não do outro, o que Ortega y Gasset denomina de ensimesmamento, condição *sine qua non* para a reflexão habilitadora do conhecimento e, conseqüentemente, do planejamento da ação humana sobre o mundo.

O ser humano se retira do mundo, volta-se a si próprio e exerce a condição que o diferencia dos animais, pela implementação da capacidade de pensamento no

7. Como será explorado mais adiante, no sentido de reforçar tanto a dimensão prática do direito, quanto o caráter da unidade da compreensão/interpretação/aplicação.
8. Ortega y Gasset salienta que *alter* corresponde a outro, pelo que alteração seria a ação orientada e conduzida pelo que é exterior.

sentido de refletir como resistir aos estímulos e aos constrangimentos do exterior que o colocam em situação de alerta e determinam a sua conduta.

O ensimesmamento, assim, enquanto momento em que o ser humano volta-se a si mesmo, é solitário, sendo responsável pelo desenvolvimento do pensamento, da reflexão, pela qual o homem vai se tornar capaz de projetar a ação, vindo a executá-la, deixando de ser determinado pelo mundo, pelo outro e passando a determiná-lo.

A ação é a execução de um projeto, não podendo haver ação sem reflexão prévia que a houvesse planejado, voltando-se o homem para o mundo, mas como protagonista, humanizando o mundo.

Nesse sentido, o homem parte da ignorância congênita, relevando sua condição de *homo insipiens*, para a reflexão habilitadora do conhecimento, de um conhecimento sempre parcial e provisório, incompleto e complexo, inerente à finitude da condição humana, concebida como existência, como um contínuo devir que nunca se realiza em caráter definitivo.

Esses três momentos, alteração, ensimesmamento e ação ou *práxis*, se sucedem ciclicamente na história da humanidade.

Tal condição, ainda segundo Ortega y Gasset (2005, p. 198), demarca o caráter de realidade radical que é a vida humana, cujo primeiro atributo é o de existir para si mesma, inteirar-se de si, mas também (2005, p. 186) é encontrar-se no mundo, conviver com as circunstâncias do mundo.

O desenvolvimento da reflexão, repercutindo na formação das teorias, deve internalizar as suas limitações e a possibilidade de correção e superação das teorias, que seguem as mesmas contingências do conhecimento e do pensamento.

Por sua vez, a vida humana tem uma dimensão de fatalidade que traz angústia à existência, pois “[...] no nos es dado escoger el mundo en que va a deslizarse nuestra vida [...]”, sendo o homem jogado na vida e, por conseguinte, encontrando um horizonte de possibilidades sobre as quais deve refletir para elaborar sua ação sobre o mundo, ele é condenado a decidir e, em razão disso, é condenado a ser livre para decidir.

Esse aparente paradoxo remete à compreensão da angústia que concerne à atividade científica e, especialmente, ao plano da crítica das teorias jurídicas, posto que a sua perenização acarreta a constatação da incompatibilidade diante das condições complexas da atualidade.

A dimensão da liberdade da existência humana impõe a responsabilidade que deve marcar a reflexão, ou seja, se o homem é condenado a decidir, a ser livre, é condenado a viver sob a angústia de responder pelas opções que eleja, o que só fica obnubilado se, paulatinamente, for se demitido do encargo existencial do pensamento, passando a ser pura ação, sem reflexão, escudado no caráter naturalmente progressivo do conhecimento, como sói ocorrer no âmbito da ciência jurídica, em que algumas teorias de antanho persistem pelo imobilismo da inércia de uma crítica fundada na compreensão.

Essa circunstância pode conduzir ao rechaço do erro, entendido como falha ou equívoco na estrutura do raciocínio, e não como possibilidade de aperfeiçoamento das teorias pela superação do problema que tenha se mostrado mal resolvido, conforme exaltam Souto Maior Borges (2007, p. 24-28), a partir de Karl Popper (1999), e Edgar Morin (2001, p. 147).

Igualmente, implica na formação de um juízo que ignora a ignorância originária, marcada pela finitude da condição humana, pressuposto para o desenvolvimento contínuo da atividade reflexiva e, conseqüentemente, para a ciência e as teorias, trazendo consigo a cegueira da reflexão.

Assim, há a ignorância produtiva, que estimula a reflexão continuamente, proporcionando a formação, discussão, crítica e aperfeiçoamento de teorias em cotejo com os problemas num determinado ambiente histórico-cultural; mas, também, há a ignorância reprodutiva que, entendendo alcançada a verdade, ou a verdade possível, fecha o conhecimento e as teorias à crítica, imobilizando o seu desenvolvimento, a reboque das carências sociais.

Sem a compreensão da finitude da existência humana e, logo, da razão, não se percebe que o seu produto, a ciência e as suas teorias, exige constante reflexão, aberta, dialogicamente estabelecida, visando à adequação e à eficiência na solução dos problemas que engendraram a sua formação.

Já Edgar Morin (2006, p. 9-10) adverte para os riscos oriundos da cegueira da inteligência, diante do deixar-se conduzir pelo progresso desmedido e desregrado da razão e do conhecimento, em que as ciências humanas perdem a noção de humanidade, com um conhecimento produzido para ser menos refletido e discutido, e mais registrado em memórias informacionais; disso resulta, segundo Morin, uma “[...] maciça e prodigiosa ignorância”, ignorada pelos próprios estudiosos que são incapazes de controlar as conseqüências e as aplicações das suas teorias.

O pensador francês (MORIN, 2006, p. 13) expõe, então, sinteticamente, a problemática atinente, entre outros fatores, à ignorância da ignorância congênita,

ou do que se pode chamar como a ignorância reprodutiva, posto desconhecer o caráter produtivo da ignorância humana, de que parte o pensamento, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

Os problemas humanos são entregues, não só a este obscurantismo científico que produz especialistas ignaros, mas também a doutrinas obtusas que pretendem monopolizar a cientificidade [...], a idéias-chaves ainda mais pobres por sua pretensão de abrir todas as portas (o desejo, a mimese, a desordem, ect.), como se a verdade estivesse fechada num cofre-forte de que bastaria possuir a chave.

Nesse sentido, cumpre destacar que o cientificismo<sup>9</sup> decorrente do êxito de que gozaram as ciências naturais nos últimos séculos pela inequívoca contribuição prestada ao propiciar uma melhor condição de vida com os aparatos tecnológicos acaba por enredar a atividade científica num círculo vicioso em que a razão divinizada do homem passa a ser considerada como auto-suficiente.

A dimensão imperativa da decisão que marca a existência humana diante das possibilidades que lhe são abertas pelo horizonte do mundo é relegada ao segundo plano e, com ela, a responsabilidade, passando o ser humano a se conduzir pelo que já produziu e se lhe tornou exterior, com a prevalência da ignorância sobre o conhecimento.

No plano do direito e, mais especificamente, do direito constitucional, constatam-se influências do cientificismo e da ignorância reprodutiva antes apontada, tornando a reflexão jurídica imobilizada e fundando a prática num dogmatismo fetichista absolutamente distante das carências sociais, manipulando-se teorias totalmente desconexas com a realidade e que, nessa condição, denotam a sua própria insuficiência.

Ora, a vetusta teoria da separação de poderes, com a posição subalterna em que é inserido o Poder Judiciário, a clássica teoria da interpretação, que a concebe como atividade de obtenção da extensão e do alcance das normas, a teoria dos direitos fundamentais que os entende como absolutos, universais, indisponíveis, assinalando às liberdades o caráter de direitos negativos e judicialmente exigíveis e, em contrapartida, aos direitos sociais a condição de direitos positivos, judicialmente insindicáveis, dentre outras teorias e demais aspectos das próprias teorias assinaladas, revelam a insuficiência em que se encontram, seja em face do problema do controle jurisdicional das políticas públicas numa constituição

---

9. Entendendo-se como tal a consideração de que a atividade científica se bastava a si própria, dispensando considerações especulativas, o acesso à filosofia, e, ainda, que o modelo do positivismo metodológico seria paradigmático para o acesso à verdade residente nos objetos e passível de constatação por procedimentos rigorosos e controláveis.

dirigente, seja em virtude da necessidade de compreensão da função e do sentido dos princípios e regras constitucionais de textura semântica aberta, seja, ainda, quanto aos problemas que são despertados pela exigibilidade dos direitos sociais.

E como essas, poder-se-ia sustentar várias outras teorias que, ou resistem pela inércia assentada num preconceito inautêntico e insusceptível à compreensão crítica inerente ao distanciamento temporal, já propiciado por uma Constituição que conta com quase vinte anos, ou mesmo obnubilam a fraqueza e debilidade em que se fundam, como se dá com as resistências opostos ao advento da renovação da teoria dos princípios<sup>10</sup>, e das reflexões trazidas pelo neoconstitucionalismo<sup>11</sup> e pela revisão e reformulação de uma teoria dos direitos fundamentais<sup>12</sup> que se pretende constitucionalmente adequada.

Lenio Streck (2001, p. 80-83) bem desenha esse quadro, ao retratar a prática do ensino jurídico, tendente à especialização e à ignorância reprodutiva, inibidora da ignorância produtiva, ocasionando o esquecimento do sentido de academia e sentenciando que “Na verdade, nos últimos cem anos, o jurista teórico, pela sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização, fechada e formalista”.

Diante desse estágio, urge chamar a responsabilidade social da doutrina e da ciência jurídica para que produzam o novo e superem o velho<sup>13</sup>, exercendo a reflexão habilitadora das teorias jurídicas à solução dos problemas que cada vez mais se multiplicam na sociedade contemporânea.

O aprofundamento das causas do imobilismo e da dogmatização ultrapassam os lindes do presente estudo, que só teve como desiderato, ao que interesse ao seu escopo principal, demonstrar a existência desses obstáculos no plano da ciência jurídica, em razão da perda da capacidade crítico-reflexiva pela prevalência do positivismo jurídico, na sua expressão do positivismo metodológico, trazendo ao jurista e ao aplicador do direito um sentimento de irresponsabilidade e, então, substituindo-se a angústia pela tranquilidade da incapacidade.

Não obstante isso, as contribuições da metodologia da ciência, devidamente adaptadas à seara jurídica e filtradas pela matriz hermenêutica própria das ciên-

10. Sobre o tema, o registro originário na doutrina pátria por Paulo Bonavides (1997, p. 228-266) e por Eros Roberto Grau (2002, p. 122-192) e, mais recentemente, Humberto Ávila (2006).

11. Quanto ao neoconstitucionalismo, as contribuições e debates registrados por Miguel Carbonell (2003).

12. No que respeita à teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy (2003).

13. François Ost (2005) ressalta a necessidade de compreender o tempo, enquanto instância cultural, como memória e promessa, do que se infere ser possível a unidade das dimensões do passado e do futuro na existência limitada, mas plural, do presente.

cias humanas, como já assentado, devem permitir a rejeição do imobilismo e da dogmatização, dirigindo o saber jurídico à produção do direito que esteja apto à solução dos problemas oriundos da complexidade social.

### **3. O CARÁTER PROBLEMÁTICO E O DESENVOLVIMENTO DAS TEORIAS JURÍDICAS**

A reflexão e tematização sobre as teorias jurídicas e o seu estatuto científico tornam-se de extrema relevância para a reabilitação do saber jurídico e da sua capacidade de produzir e constituir o próprio direito (CANARIS, 1995, p. 30), pois, como acentuado, as teorias tanto participam do processo de compreensão/interpretação/aplicação do direito, como também resultam da compreensão que é propiciada pela matriz hermenêutica das ciências humanas.

Assim, segue-se a orientação de Cornelius Castoriadis (1978, p. 200) que, num ambiente em que se expande a apatia e a insignificância, destaca a necessidade de que o pensamento se volte sobre o próprio saber científico, ante a sua problemática interna, seu enraizamento histórico e sua função social.

A despeito disso, e como já acentuado, não se percebe que a tematização das teorias jurídicas tenha o seu merecido espaço na filosofia do direito, embora elas pululem nos manuais, orientem a jurisprudência e exijam a atenção dos estudantes (CANARIS, 1995, p. 25).

Canaris (1995, p. 25-26) considera que o desinteresse pelas teorias jurídicas resulta da desconfiança de ineficácia das mesmas com a superação da jurisprudência dos conceitos e a partir da expansão do pensamento problemático, o que, para ser bem rechaçado, exige um entendimento atento acerca do significado e da função das teorias jurídicas.

Em síntese, sem que haja a reflexão sobre as condições e possibilidades de formação, desenvolvimento, refutação crítica e adequação das teorias jurídicas, não se pode conceber que o direito seja resgatado da crise a que está submetido e nem que seja superada a ignorância reprodutiva, acima exposta.

Para tanto, há de se destacar que as teorias encerram um caráter problemático, posto que se voltam para a ação no sentido de viabilizar a solução de problemas; em se tratando do direito, as teorias jurídicas são erigidas em derredor de problemas que envolvem matérias ou questões juridicamente relevantes, possuindo as mais variadas matizes possíveis e, conseqüentemente, trazendo para a ciência jurídica a complexidade ínsita a tal imbricação e a imposição de uma compreensão transdisciplinar.

Cumpra, antes de aprofundar tais aspectos, fincar devidamente a natureza problemática do conhecimento jurídico, que se materializa na formação das teorias jurídicas a partir de problemas cuja solução traz consigo outros problemas que podem aperfeiçoar ou ensinar a superação por outra teoria.

### 3.1. O caráter problemático das teorias jurídicas

As teorias jurídicas encerram caráter problemático porque resultam de uma reflexão oriunda de problemas, de casos que se submetem a uma solução jurídica, embora tais problemas possam ser tanto teóricos como práticos; ainda que teóricos, haverá uma repercussão na práxis, diante da ineliminável relação entre teoria e prática, segundo os desenvolvimentos da hermenêutica ontológica.

E, por propiciarem a solução de problemas, as teorias jurídicas detêm um caráter contra-arbitrário, posto que, como salienta Christian Atias (1987, p. 09), se devidamente formuladas, não permitem que a força brutal que se opõe ao direito o faça parecer apenas uma folha de papel.

Observa, ainda, Atias (1995, p. 17-18) que “[...] o direito tem suas teorias; elas são múltiplas, inumeráveis, e estão sempre presentes. Assim, irrigam abertamente todo um domínio; inundam-no, para o fecundar ou para o esterilizar”, admitindo que pouquíssimas regras ou soluções podem ser expostas sem qualquer referência a uma ou a um conjunto de teorias; em verdade, não se afigura possível proceder a qualquer aplicação de norma jurídica sem que haja, ao menos de forma implícita, a adesão a uma teoria, que participa da pré-compreensão do intérprete, ou figura como um os elementos de concretização, segundo o modelo de Friedrich Muller (1996, p. 307).

Karl Popper (2006, p. 61) concebe as teorias como sistemas de enunciados universais, caracterizando-as como “[...] redes, lançadas para capturar aquilo que denominamos ‘o mundo’: para racionalizá-lo, explicá-lo, dominá-lo”, sendo corroborada por Canaris (1995, p. 27-28) que acrescenta, ainda, ser necessários que tais enunciados estejam ordenados sistematicamente conforme critérios de ordem e unidade.

Christian Atias (1987, p. 29-30) aponta a ambigüidade da expressão ‘teoria’, o que se agrava pela costumeira prática de recorrer a sua utilização sem qualquer rigor, denominando de teoria o que não se reveste como conhecimento teórico; por sua vez, entende por teoria uma construção especulativa que associa causas e conseqüências.

Tais concepções, contudo, não abrigam a origem do conhecimento que forma a teoria, pois, como ressalta Gadamer (2001b, p. 26-27), em conformidade com

a origem grega, teoria remete a contemplação, ainda que não se restrinja a mera observação.

A contemplação, ou a observação, se manifesta diante de um problema, que, como exposto, expõe ao homem a angústia de sua ignorância produtiva, exigindo que desenvolva o seu pensamento e a reflexão no sentido de tentar solucioná-lo da maneira que, em tempo e modo, revele-se como a mais adequada.

Nesse sentido, Popper (1999, p. 14-15) ressalta o caráter problemático de todo e qualquer conhecimento científico, que não se erige senão em derredor de um problema, momento inicial do conhecimento, pois, antes de fundar-se em observações, decorre de problemas, asserindo que “[...] não há nenhum conhecimento sem problemas, mas também não há nenhum problema sem conhecimento”, reconhecendo que podem ser tanto práticos quanto teóricos (POPPER, 2006, p. 13-14)<sup>14</sup>.

Daí advém a contemplação ou a observação, dirigida ao problema como ponto de partida, percebendo algo que não está conforme o conhecimento, com as expectativas ou com as teorias. Assim, o ponto de partida passa a ser a observação que cria um problema, dando-se essa criação quando a observação não condiz com as expectativas criadas (POPPER, 1999, p. 15).

Segundo Popper (2003, p. 302), os problemas também podem surgir quando as teorias desenvolvidas apresentem dificuldades ou encerrem contradições, que podem se estabelecer internamente a uma teoria ou entre duas teorias distintas, ou, ainda, em razão de serem as teorias incompatíveis com as observações.

No âmbito das ciências sociais, em que se insere o direito, sustenta Popper (1999, p. 15) que os problemas configuram-se precipuamente como problemas práticos, exemplificando-os com a referência ao analfabetismo, à pobreza ou à incerteza quanto a direitos legais, não ficando restritos a questões apenas teóricas. Contudo, tais problemas, para ser resolvidos, levam à especulação, ao desenvolvimento de teorias e aos problemas teóricos.

Além desses, deve-se agregar aos problemas teóricos e aos práticos os problemas conceituais (LAUDAN, 1997, p. 45-47) que, ao contrário do que ocorre na história e filosofia das ciências, não costumam ser ignorado pela ciência jurídica, embora a sua análise tenda a repercutir para uma conceptualização que mais

14. Exemplifica como problema prático a busca da medicina para o tratamento do sofrimento, que teria grandes êxitos, atestados pela explosão demográfica que, por sua vez, representaria outro problema, desafiando a teoria, consistente no controle de natalidade. Já o problema teórico demanda uma tarefa de explicação inteligível de um processo natural de difícil explicação, com o seu teste mediante a realização de predições.



obscorece o problema do que habilita a sua resolução, dando azo a conceitos abstratos e formais aos quais a realidade deve se adequar, como ocorrido com a jurisprudência de conceitos.

No mesmo sentido, Larry Laudan (1997, p. 11-13), ao vislumbrar a ciência como atividade essencialmente destinada à solução de problemas, que se constanciam como o ponto de partida e o foco principal da ciência, assevera que as teorias são o seu resultado, de modo que “se os problemas constituem questões científicas, são as teorias que constituem as suas respostas”, entendidas como tentativas de solução adequada.

No plano do direito, Canaris (1995, p. 46-48) adere ao entendimento exposto de que as teorias jurídicas se voltam à solução de problemas, considerando aplicáveis as contribuições da hermenêutica, a partir de Gadamer e Heidegger, acerca da unidade da compreensão e da aplicação, que se dá, justamente, a partir dos problemas, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

[...] la comprensión supone una precomprensión, es decir, una anticipación de lo que si ha de comprender, gracias a la cual resulta aquella en primea instancia posible, es evidente que el resultado de la comprensión – la teoría – permanece vinculado al objetivo de la comprensión – las soluciones del problema –, sin cuya consideración no puede la teoría ser, a su vez, enteramente comprendida. Una teoría es una respuesta a preguntas; que la comprensión de una respuesta presupone, en principio, el conocimiento de la pregunta correspondiente y que en un ‘ir y venir’ de la mirada pueden ambas influenciarse recíprocamente, constituye una experiencia hermenéutica elemental.

Ora, a percepção de Canaris concernente ao substrato hermenêutico das teorias jurídicas<sup>15</sup> é importante pela necessidade de mitigação da exaltação do método como caminho conducente à formação de teorias objetivamente precisas e corretas, devendo proceder-se a uma compreensão mais flexível e aberta de método, não no sentido preconizado classicamente pelas ciências da natureza, mas como o movimento dialógico do perguntar e responder sem que seja orientado pelo intento de persuasão ou convencimento, tendo por escopo apenas a ampliação do conhecimento e o aperfeiçoamento da solução dos problemas.

As teorias jurídicas são problemáticas porque se destinam à solução de problemas e se constituem em resultado da reflexão jurídica que tenta fornecer possíveis soluções adequadas, consoante, inclusive, Robert Alexy (2001, p. 33) que, ao desenvolver a sua teoria geral dos direitos fundamentais, ressalta que a ciência jurídica é uma ciência prática.

15. Embora a elas não se limite.

O grau de generalidade de uma teoria, ou de universalidade, conforme Alexy (2001, p. 34-35), varia justamente em razão da extensão dos problemas a que ela se volta, não sendo uma qualidade própria dos enunciados que a compõem.

Diante do problema, o esforço teórico tem como origem um sentimento de insatisfação com o estágio atual do conhecimento, em que aparece como necessário o aprofundamento da reflexão teórica, como salienta percucientemente Christian Atias (1987, p. 55-56), corroborado por Gadamer (2001, p. 66) ao identificar que a reflexão teórica caracteriza uma condição antropológica da existência humana.

A partir daí passa a importar a postura do jurista, que deve se predispor a uma abertura de possibilidades diante do problema, que lhe são dadas justamente pelo movimento dialético que se estabelece entre ele e o problema, numa relação intersubjetiva e ambientada pela linguagem (GADAMER, 1999, p. 556). A grande questão passa a ser como orientar a solução do problema, o que ressalta a prioridade da pergunta sobre a resposta em si, como pondera Gadamer (1999, p. 551), *in verbis*:

Face ao perguntar cabe um comportamento potencial, de simples teste, porque perguntar não é pôr, mas provar possibilidades. A partir da essência do perguntar torna-se claro o que o diálogo platônico demonstra na sua realização fáctica. Aquele que quer pensar tem de perguntar.

E como a pergunta, que abre a reflexão teórica e a possibilidade de respostas e soluções que venham a constituir uma teoria, funda-se justamente a partir do problema, há de se reconhecer uma maior preocupação atinente aos problemas relevantes.

Assim, Larry Laudan (1997, p. 13-14) afirma que as teorias são testadas justamente a partir da verificação da sua capacidade de propiciar soluções adequadas e aceitáveis a problemas relevantes, refutando o entendimento que reputa usual na ciência de se prezar uma teoria por quantos problemas ela resolve, e não pela significância ou insignificância dos problemas que por ela podem ser solucionados adequadamente; contudo, não se pode negar o caráter teórico de construções efetuadas a partir de problemas menos relevantes.

Não se pode olvidar que a evolução da teoria das normas constitucionais, desde a bipartição entre auto-executáveis e não auto-executáveis, até o desenvolvimento da categoria das normas programáticas e a defesa de sua força normativa correspondeu à necessidade de solução dos problemas atinentes à ineficácia das normas sobre direitos sociais e respeitantes à conformação do Estado Social.

De outro lado, a teoria da constituição dirigente, por sua vez, caracteriza-se como uma revisão da própria concepção de constituição em face das profundas

modificações que eram exigidas no plano teórico para viabilizar uma solução adequada à persistência das omissões legislativas quanto às imposições que resultavam das normas programáticas, ainda que já lhes fosse reconhecido o caráter jurídico e normativo.

Também as teorias da democracia, em suas várias manifestações concorrentes, procuram resolver os problemas que decorrem das relações entre governantes e governados e a busca pelo melhor governo.

As tensões entre constitucionalismo e democracia, por sua vez, pela prevalência e reflexo que as constituições rígidas, limitando as questões de livre decisão democrática, colocam outros problemas a serem refletidos, como se dá, igualmente, pelo recurso à teoria da separação de poderes. Tensão essa que é mais incisiva ainda em constituições dirigentes, como a brasileira.

Evidencia-se, pois, que a reflexão jurídica é problemática porque estabelecida a partir de uma insatisfação perante um problema que surge ao direito e diante do qual se deve proceder a um diálogo aberto, ampliando os horizontes de possíveis respostas e, conseqüentemente, soluções, afirmando-se a que se revele como mais adequada, com maior capacidade de solução, mesmo se dela advierem outros problemas que exijam a sua renovação, reafirmação, superação ou rejeição.

Assentado o caráter problemático, faz-se mister tratar das condições em que se formam as teorias jurídicas, impositivas de imaginação, criatividade, abertura problemática, distanciamento e ousadia e que, concomitantemente, rejeitam qualquer postura que abrigue o intelectualismo, o verbalismo, o hermetismo e o bacharelismo.

### **3.2. Condições positivas para o desenvolvimento de teorias jurídicas**

Como já acentuado, o saber jurídico deve ser produtivo, e não meramente reprodutivo, ainda que se tenha por produtivo a sua capacidade de reconstrução e reabilitação de teorias olvidadas, ignoradas ou que a um tempo se mostraram inadequadas e que possam vir a ser resgatadas por se revelarem idôneas a solução de novos problemas.

Para tanto, a atividade desempenhada pela ciência jurídica para buscar a resolução de vários de seus problemas demanda uma abertura do espírito crítico-reflexivo pautado pela consciência histórica.

A reflexão crítica deve se reger sempre pela criação e imaginação, pela invenção de novas teorias, que se viabiliza com a ampliação do horizonte de

possibilidades de soluções, notadamente em razão do progressivo diálogo, tanto com as questões suscitadas pelo problema, quanto por aquele travado no seio do próprio direito.

A primeira condição para a formulação de uma teoria adequada, especialmente no âmbito do direito, consiste na eleição de problemas que sejam efetivamente relevantes, pois a insatisfação quanto ao estágio do respectivo conhecimento importa numa maior atenção e dedicação na sua solução.

Laudan (1997, p. 13) já havia exposto que as teorias têm o seu êxito também aferido pela relevância e pelo interesse dos problemas sobre os quais se constituem, propondo-lhes soluções. Da mesma forma, Popper (2003, p. 296) afirma ser preferível “[...] uma teoria interessante, ousada e altamente informativa a uma teoria banal.”

Na seara jurídica e, em especial, no direito constitucional, constata-se ser preciso dirigir a reflexão aos problemas que efetivamente sejam fulcrais na realização do projeto constitucional demarcado pela ideologia constitucionalmente consagrada.

O déficit de normatividade das constituições foi, é e será um recorrente problema, continuamente submetido à reflexão jurídica, e que desafia o progresso das teorias no que respeita ao direito constitucional, tendo propiciado a teoria da inconstitucionalidade e do seu controle<sup>16</sup>, as sucessivas evoluções e adaptações da teoria das normas constitucionais, com reflexo na teoria da interpretação constitucional, o desenvolvimento da teoria da inconstitucionalidade por omissão – que pode ser um novo elemento, agregando a capacidade de solucionar problemas de normatividade constitucional à teoria da inconstitucionalidade –, bem como a teoria da constituição dirigente, dentre outras.

A relevância de tal problema se entremostra pela necessidade de implementação ótima dos direitos fundamentais e dos objetivos constitucionais, exigindo uma *inventio*, uma imaginação e uma criatividade que proporcionem a ruptura com os esquemas tradicionais a que estava vinculada a ciência do direito constitucional e dentro dos quais não conseguiria se obter uma adequada solução, mas apenas se aprenderia a conviver com esse problema pelo recurso a outras teorias que só aparentemente poderiam resolvê-lo; contudo, em verdade, tais teorias, como a que advoga a prevalência do princípio democrático, ou a que sustenta a aplica-

16. Com a célebre controvérsia estabelecida entre Carl Schmitt e Hans Kelsen acerca de que deveria ser o guardião da constituição.

ção inconsistente da reserva do possível, obscurecem a solução do problema por pretender mitigar a insatisfação que diante dele se deve estabelecer.

Souto Maior Borges (2007, p. 31-32) chega a propor uma hierarquização de problemas, devendo-se priorizar aqueles cuja relevância abrigue uma maior dignidade exigente de mais intensa e profunda reflexão teórica.

Identificado um problema relevante, cumpre que se aprofunde a reflexão sobre o mesmo, mediante uma compreensão fundada na historicidade e compatível com as exigências que se põem às ciências humanas, adiante expostas.

Também detêm uma função importante no âmbito da reflexão teoria a imaginação, a criatividade e a inventividade, que devem permear o conhecimento jurídico na elaboração de teorias em derredor dos problemas, consubstanciando a segunda condição positiva para formulação de teorias jurídicas idôneas a contribuir com a solução de problemas.

Destaca-se o desenvolvimento de possíveis soluções pelo recurso à tópica, extraindo-se do problema e de sua interação com o sujeito vários pontos de vista atinentes a sua solução a fim de eleger e compor o esquema teórico mais potencialmente adequado para tanto.

A limitação da reflexão ao que já fora produzido torna o pensamento incapaz de buscar soluções para novos problemas e mesmo para problemas já existentes cujas teorias que os solucionavam se mostrem progressivamente menos adequadas ou eficientes.

A ausência de imaginação, de criatividade e de inventividade, ou seja, de abertura da reflexão crítica, estanca a evolução da ciência e, no caso do direito, provoca a sua inserção numa crise pela defasagem entre o dito ou prescrito e o real, cuja transição e interlocução entre ambos só pode ser promovida pelo saber jurídico constitutivo e produtivo do direito.

Popper (1999, p. 43) revela uma preocupação com o potencial criativo da reflexão, insurgindo-se contra a mediocridade e contra o modismo teórico, que no direito pode-se expressar pela tecnificação oriunda do carácter reprodutivo propiciado pelo sentido comum teórico.

Ressalta Popper que a ausência de uma criatividade com acuidade crítica, de uma perspectiva inventiva dotada de racionalidade crítica, tem se expandido, atraindo os jovens cientistas à adesão irrefletida às tendências e modas científicas e a acompanhar o jargão científico em voga, como se verifica do excerto abaixo colacionado, *in verbis*:

Estes cientistas ‘normais’ aspiram a um modelo, uma rotina, uma linguagem comum e exclusiva de sua especialidade. Mas é o cientista ‘não normal’, o cientista ousado, o cientista crítico que rompe a barreira da normalidade, que abre as janelas e deixa entrar o ar fresco, que não pensa sobre a impressão que causa, mas que tenta ser bem entendido.

Também Canaris (1995, p. 64-65) reconhece a relevância da criatividade e imaginação, qualidades próprias da prática jurídica, considerando que o núcleo de uma teoria deve ser formulado intuitivamente como produto da criação imaginativa do jurista, voltado, usualmente, a buscar a *ratio decidendi* que solucione determinado problema.

E a imaginação, a criatividade, a inventividade são condições positivas imprescindíveis para a formulação e desenvolvimento das teorias jurídicas, sem as quais não será possível reabilitar o saber jurídico da crise em que está inserido, permeado pelo imobilismo e pela dogmatização, não podendo ser concebidas as teorias como sistemas fechados de conhecimento, mas caminhos para o possível conhecimento, como bem acentua Edgar Morin (2001, p. 335) em lição inexcusável, *in verbis*:

Uma teoria não é o conhecimento; ela permite o conhecimento. Uma teoria não é uma chegada; é a possibilidade de partida. Uma teoria não é uma solução; é a possibilidade de tratar de um problema. Em outras palavras, uma teoria só realiza o seu papel cognitivo, só ganha vida com o pleno emprego da atividade mental do sujeito.

E como a criatividade e a imaginação são antagônicas à dogmatização e ao imobilismo, a postura inercial e as teorias que mais obscurecem do que solucionam os problemas são o grande desafio para o discurso crítico da ciência jurídica, justificando-se prontamente o rechaço de Souto Maior Borges (1997, p. 32) à crença dogmática, exaltando a criatividade, que não se confunde com a mera erudição ou acumulação do saber.

A reflexão propiciadora de teorias novas, idôneas e adequadas aos problemas que desafiam o direito, numa perspectiva prática, sempre foi dificultosa na ciência jurídica, conforme se verifica pelos problemas já referidos há muito por Henri Capitant (1951, p. 05) como a perda do hábito de escrita e redação, a acomodação com o recurso aos manuais de curso, sem uma verticalização pela ausência de aprofundamento bibliográfico e consulta a obras que sejam referenciais obrigatórios ou de excelência.

Não obstante isso, a ruptura instaurada pela hermenêutica e uma nova compreensão epistemológica, com a tematização do estatuto das teorias jurídicas, a rejeição do imobilismo e da dogmatização diante da compreensão do caráter

existencial e antropológico do conhecimento, afiguram-se como condições necessárias para a reabilitação do pensamento teórico.

Além da imaginação e da criatividade, é necessário que haja ousadia intelectual, posto que a natureza dos problemas relevantes e as soluções criativas exigem uma predisposição para a inovação; assim, a ousadia é uma consequência necessária da associação da reflexão crítica e criativa sobre problemas relevantes buscando a sua mais adequada solução, conforme corrobora Souto Maior Borges (1997, p. 25) ao admitir a audácia intelectual como uma das maiores virtudes, sem que comprometa a modéstia pessoal do jurista.

Identificação de um problema, que deva ser relevante, imaginação, criatividade, inventividade, uma disposição para a ousadia ou audácia intelectual. Além dessas três condições, faz-se mister que haja uma contínua ampliação do horizonte histórico do sujeito, o que demanda uma distância temporal que permita a maturação e o aprofundamento da reflexão.

A relação entre as quatro condições positivas para a formulação das teorias leva, necessariamente, à reabilitação da crítica e do erro, posto que a objetividade das teorias jurídicas não pode resultar de qualquer método que se utilize; a despeito disso, ainda que esteja caracterizada a objetividade, não se afigura pertinente erigi-la em critério de aferição de adequação das teorias jurídicas, que deve ser mensurado pela potencial capacidade de solucionar o problema prático que desafia o direito.

Assim, faz-se mister abordar alguns dos obstáculos que podem dificultar a reflexão e o movimento contínuo do pensamento jurídico em favor do imobilismo e do dogmatismo.

### 3.3. Obstáculos à reflexão teórica

Dentre todos os obstáculos que podem prejudicar e obnubilar a reflexão teórica no plano do direito, o que encerra a maior gravidade é o desinteresse, cujo motivo se encontra na preponderância conferida à ação, à práxis, em detrimento do pensamento, do desenvolvimento do saber jurídico produtivo.

A pura ação, como salienta Ortega y Gasset (2003, p. 41) traz consigo a insensatez e a incoerência, com o descrédito quanto à potencialidade da reflexão sobre a solução de problemas, refletindo um certo desencantamento e originando atitudes inseqüentes e absurdas, seguidas por outras tão ou mais absurdas, o que se dá justamente pela ausência da instância do projetar a ação e do antecipar o

sentido. Aquela, pela reflexão, essa, pela compreensão, unidas que são no âmbito das ciências humanas, como já indicado.

Embora Habermas (1993, p. 96) discorde da existência de um desinteresse e de um cansaço, notadamente dos jovens, no que tange às teorias, não há como olvidar que a tecnificação do direito e a ignorância reprodutiva tem criado um certo desprezo pela teoria e pelo teorizar; também Canaris (1995, p. 25-26), como já mencionado, indica a existência de um desinteresse pela tematização das teorias, embora elas acompanhem o direito, perdendo, conseqüentemente, a dimensão crítica que as sujeita à refutação.

Nesse contexto, Karl Popper (1999, p. 43-44) expõe a sua preocupação com a tecnificação, caracterizada pela atuação de técnicos que visam apenas a superar o problema, sem necessariamente solucioná-lo, sendo destituídos e mesmo carentes de iniciação na tradição científica e, muito menos, na crítica de formulação de problemas, orientados de maneira instrumental e preferindo reduzir-se às pequenas frivolidades científicas do que se voltar para os grandes problemas de caráter verdadeiramente enigmático.

Já o bacharelismo, entendido, no caso e no que concerne ao presente estudo, como exaltação das pessoas, dos vultos e não das idéias e teorias, é diagnosticado por Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 156-158) como sendo uma das pragas com que o Brasil convive.

Também o hermetismo e a falta de clareza e de simplicidade na linguagem, pelo recurso ao rebuscamento estilístico, depõem contra a consistência de uma teoria, que não deve se fechar pela ininteligibilidade dos enunciados que a compõem. O hermetismo, assim, praticamente subtrai a teoria da sujeição à crítica pública dialógica.

Popper (1999, p. 41-43) insurge-se contra o valor intelectual da linguagem hermética e incompreensível, transmitida tradicionalmente pelo ambiente universitário aos estudantes, conferindo-lhe maior importância do que os valores da verdade, da clareza e da aproximação da verdade pela crítica ao erro, ou à adequação a uma solução justa.

A incompreensibilidade se choca com os paradigmas da verdade e do racionalismo crítico, exigentes da clareza na formulação dos enunciados e proposições, não se podendo, sem a mesma, diferenciar uma verdade de uma falsidade, um problema sério de um irrelevante, ocasionando um lamentável culto da não-inteligibilidade, reforçado pela aplicação do formalismo matemático impenetrável.



Outro obstáculo, já abordado incidentalmente, corresponde à crença na evolução natural do conhecimento, que não é acolhida por Popper (2006, p. 38), embora adote como referencial para a evolução das teorias a matriz da teoria da evolução de Charles Darwin, pois entende que a competição deve se refletir numa pressão de ação sobre os indivíduos no sentido de expandir a sua liberdade, ensejando uma escolha consciente pela melhor teoria e, conseqüentemente, a passagem da seleção natural para a seleção crítica que “[...] nos permite perseguir nossos erros de forma crítica e consciente: podemos procurar e erradicar nossos erros conscientemente, e podemos, conscientemente, julgar uma teoria como inferior a outra”.

Essa evolução natural do conhecimento traria o imobilismo da reflexão ou, como prefere Ortega y Gasset (2003, p. 33-34), a ausência do ensimesmamento pela exaltação da razão como uma dádiva, como um presente, que não precisa ser exercitado, com o reforçado da crença não apenas de que a humanidade progride, mas que progride necessariamente, implicando em que “[...] si la humanidad progresa inevitablemente, quiere decirse que podemos abandonar todo alerta despreocuparnos, irresponsabilizarnos [...] dejar que ella, la humanidad, nos lleve inevitablemente a la perfección y la delicia.”

Ora, o pensamento demanda um esforço reflexivo contínuo e volátil, permeado de incertezas e inseguranças (ORTEGA Y GASSET, 2003, p. 34), que são próprias à condição existencial e finita do homem, não se podendo admitir, quanto mais no âmbito do direito, um progresso natural das idéias jurídicas. Assim, a concepção sobre o progresso não pode ignorar a complexidade das relações mantidas com a ignorância, trazendo consigo incerteza e conflito (MORIN, 2001, p. 104-105), que permeiam, em especial, o saber jurídico.

Ademais, a inexistência desse progresso inexorável é patente diante da já constatada crise do direito, incapaz de atender às demandas que se lhe opõem pela ausência de condições de responder aos problemas suscitados pela sociedade contemporânea; entretanto, não se deve, a partir de tal deficiência, admitir a perda da sua capacidade de regulação social ou abandoná-lo a própria sorte.

A crença no progresso inexorável traz consigo o imobilismo e a dogmatização, posto que, se as teorias evoluem naturalmente, a cristalização delas, mesmo diante da inadequação para solucionar novos problemas, deixa de ser imputada na conta de responsabilidade da doutrina e dos profissionais do direito.

Haveria, ainda, vários outros obstáculos ao desenvolvimento reflexivo da ciência, incidentes também nas teorias jurídicas, indicando Popper (1999, p. 71-84) alguns de natureza sociológica e econômica, como a pobreza, e outros de natureza ideológica, exemplificando justamente com o dogmatismo e a falta de imaginação,

a despeito de admitir um mínimo de dogmatismo a ponto de defender as teorias das críticas, até que as críticas prevaleçam e importem na superação da teoria.

De qualquer sorte, esses obstáculos acima indicados podem ser superados pela ciência jurídica, desde que haja o rompimento com a postura imobilista e com a dogmatização, abrindo-se a reflexão jurídica para os novos problemas e para o caráter constitutivo e produtivo do direito que lhe é intrínseco, com a compreensão e assunção da responsabilidade pela sua reabilitação enquanto instância de regulação social.

Nessas condições, faz-se mister adentrar na análise dos critérios que norteiam a atividade reflexiva na promoção do desenvolvimento das teorias jurídicas, com a aferição dos critérios que, numa situação de concorrência, podem orientar a percepção da teoria mais adequada.

### **3.4. O desenvolvimento das teorias jurídicas**

Como assinalado, a ciência jurídica é uma ciência que se orienta pelo pensamento problemático, prevalecendo a reflexão do problema sobre qualquer perspectiva de precisão metódica ou de observação.

Nesse sentido, as teorias tanto possuem um conteúdo explicativo quanto heurístico, havendo a controvérsia acerca dos critérios que devem ser utilizados para a verificação da melhor teoria a ser aplicada a determinado problema, questão sobretudo relevante para a averiguação do desenvolvimento das teorias jurídicas e para rechaçar eventual involução, também possível, de fora parte os afirmados imobilismo e dogmatismo.

Imre Lakatos (2001) considera que haveria quatro metodologias de aceitação e rechaço de teorias, que seriam o indutivismo, o convencionalismo, o falseacionismo e os programas de investigação.

Em verdade, Karl Popper (1999, p. 54-60) sustenta que a evolução das teorias, pela superação de teorias antigas por novas teorias, se estabelece justamente a partir do racionalismo crítico, com o recurso ao método da tentativa e erro.

Com o surgimento de um problema, produz-se uma teoria com vistas a explicá-lo, aproximando-se da verdade com a sua adequada representação. A teoria é fundada a partir do recurso ao método da tentativa e erro, de modo que se experimenta a sua capacidade de explanação e a abrangência dos seus enunciados, permitindo mensurar a potencialidade para resolver o problema; contudo, a solução de problemas pelo advento de uma teoria, por sua vez, passa a acarretar

novos problemas, porque permite a abertura de horizontes antes inexplorados que trazem consigo problemas inesperados, sendo por esta via que se dá o progresso da ciência.

As teorias, quanto a sua aptidão para explicar e resolver problemas, justificam-se e mantêm-se apenas na medida em que resistam às críticas racionalmente formuladas, sendo imprescindível a sujeição dos enunciados teóricos ao debate e ao diálogo público que vise a refutá-las, por entender que, se não se pode garantir a veracidade indiscutível de uma teoria, pode-se sustentar a sua persistência por não ter sido rechaçada.

Ademais, segundo Popper (1999, p. 40), a crítica racional destinada à refutação de teorias sustenta a objetividade da ciência, fundando-se no caráter público e competitivo do debate que norteia a atividade científica, viabilizando um criticismo racional mútuo.

Ora, evidencia-se que a dimensão da crítica e do diálogo concebida pelo falseacionismo de Karl Popper como critério de prevalência de uma teoria a partir de um determinado problema associa-se às contribuições da hermenêutica filosófica, que afirmam a imprescindível ampliação do horizonte histórico pelo movimento pendular do perguntar e do responder, com a preponderância da pergunta, como já indicado.

Como toda teoria implica, além da capacidade de resolver o problema que é posto, o surgimento de novos problemas, exigindo uma continuidade reflexiva para adaptar a teoria existente ou para corrigi-la, ou mesmo para superá-la pela formulação de uma nova teoria, constata-se a que o desenvolvimento das teorias consiste numa necessidade existencial do homem, salvo se se submeter ao retorno ao estágio de alteração, em que, ao invés de agir sobre o mundo, sujeita-se que o mundo atue sobre ele, determinando a sua conduta e o seu comportamento.

A tarefa do cientista seria, para Popper (2003, p. 302) buscar a solução de um problema pela formulação de uma teoria que o resolva; não obstante isso, encontra-se continuamente sujeito à reflexão, por reconhecer que qualquer nova teoria que seja relevante traz novos problemas, e, exatamente em razão de tal processo, é que a ciência entremostra-se fecunda, cumprindo colacionar o excerto abaixo, *in verbis*:

Podemos, por conseguinte, dizer que o contributo mais perdurável que uma teoria pode prestar para o desenvolvimento do conhecimento científico são os novos problemas que origina – o que nos conduz de regresso à ideia de que a Ciência e o conhecimento científico começam sempre, e acabam sempre, com problemas: problemas cada vez mais complexos e cada vez mais férteis na sugestão de novos problemas.

O falseamento crítico também habilita o resgate do erro, possível diante da concepção de que as teorias devem propiciar soluções audazes para problemas relevantes, como bem salienta Souto Maior Borges (2007, p. 24-27), adepto do falseacionismo, em sua apologia ao erro. O erro permitirá o aperfeiçoamento e o desenvolvimento da teoria, sem que se deva escamoteá-lo.

Canaris (1995, p. 86-90) defende a aplicação do falseacionismo às teorias jurídicas, que deveriam ser confrontadas, testadas e submetidas à crítica pela sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, sendo possível que o enunciado que venha a contraditar a teoria seja incorreto, sujeitando-se e não resistindo às refutações, e, como tal, inadequado para o falseamento da teoria; da mesma forma, é possível que o enunciado de negação tenha resultado de teorias concorrentes ou divergentes, como pode ser deduzido da própria teoria submetida à prova.

Adaptando o falseacionismo popperiano à ciência jurídica, sustenta Canaris (1995, p. 89-90) que uma teoria jurídica está falseada se é incompatível com um preceito legal<sup>17</sup>, o que só pode ser compreendido a partir da coerência com a sua concepção de que a compatibilidade com o ordenamento jurídico é um valor e critério de validação e correção de uma teoria jurídica (CANARIS, 1995, p. 33); mesmo em tal condição se antevê o risco de se cair numa postura positivista, o que deve ser evitado pelo recurso a uma compreensão adequada mediante as contribuições da hermenêutica filosófica.

Dessarte, as teorias jurídicas necessitam de compatibilidade com a ordem jurídica na medida em que devem se consubstanciar como teorias interpretativas, cuja formulação parte da unidade da compreensão/interpretação/aplicação ambientada pela linguagem materializada no texto normativo e referida ao problema, apta a produzir a fusão de horizontes e a crítica oriunda do cotejo da pré-compreensão antecipadora do sentido com o texto em si pelo distanciamento temporal, permitindo colocar em suspensão os preconceitos e extirpar aqueles que se revelem como inautênticos.

Lakatos (2001, p. 26-27), por sua vez, rejeita a possibilidade de se afastar uma teoria quando não resistir às refutações, explicitando a sua concepção de que, segundo a metodologia dos programas de investigação, nenhuma refutação autoriza, por si só, a constatação de ser falha ou equívoca ou teoria, sugerindo o abandono do modelo experimental de tentativa e erro.

17. Não obstante isso, Canaris (1995, p. 91-92) admite que o falseamento pode provir não apenas por enunciados básicos legais, mas também por aqueles que não resultem de posituação, que não sejam escritos, envolvendo a problemática questão do desenvolvimento do Direito superando a lei.

Para a metodologia dos programas de investigação, a superação de uma teoria só pode se orientar diante de outra melhor, e não apenas de que haja refutação, considerando ser impossível a constatação do rechaço da teoria antes que sofra modificações orientadas pela heurística positiva, que se caracteriza por voltar a reflexão para superar as pequenas anomalias ou incorreções, aperfeiçoando o modelo teórico. A dedicação às refutações de uma teoria apenas prejudicam o próprio desenvolvimento da teoria, pois a heurística positiva conduziria à capacidade de tornar as refutações, mais tarde, em corroborações ao modelo teórico existente, modificando-o progressivamente e expandindo a sua capacidade explicativa (LAKATOS, 1999).

As contribuições de Lakatos revelam-se importantes porque, efetivamente, uma eventual crítica ou refutação que pareça insuperável, em dado momento histórico, para uma teoria pode vir a ser trabalhada para confirmar e aperfeiçoar a própria teoria, sem que implica em sua refutação imediata e inequívoca, exigindo um distanciamento temporal.

No plano jurídico-constitucional, a título de exemplificação, ainda que a teoria da democracia possa constituir-se numa tentativa de refutação ao controle judicial de políticas públicas, deve-se, ao contrário de refutar a teoria que o sustenta, procurar adaptá-la pela proposta de uma reformulação do modelo teórico que permita incluir as objeções que surgem da crítica oriunda da teoria democrática. Ademais, seria possível que o movimento de refutação se dirigisse contra a teoria democrática e não em desfavor da que respalda o aludido controle.

Não obstante isso, pode-se recorrer às próprias sugestões de Lakatos para considerar ser possível adaptar e aperfeiçoar o falseacionismo, que não deve conduzir a uma refutação imediata de determinada teoria pela apresentação de suas deficiências.

Canaris (1995, p. 114-116), inclusive, antevê uma semelhança entre a experimentação criticista de Popper, que utiliza a tentativa e erro como critério de validação provisória de uma teoria, enquanto resista às refutações, e o movimento hermenêutico da fusão de horizontes, em que a antecipação de sentido oriunda da pré-compreensão pode ou não se confirmar quanto cotejada com o horizonte histórico oriundo do texto.

Poderia ocorrer, também, como pontua Canaris (1995, p. 91-92) uma concorrência de teorias no sentido da solução de determinados problemas, a despeito de situações em que o ordenamento jurídico tenha uma disposição clara e expressa que permita o falseamento de uma teoria.

Diante de uma disputa teórica quanto a determinado problema, Popper (2003, p. 296) reputa preferível a teoria que tenha um maior conteúdo explicativo e informativo, dotada, potencialmente, de enunciados de maior universalidade e, conseqüentemente, de maior capacidade preditiva, sujeitando-se mais intensamente às refutações de modo a propiciar um maior grau de testabilidade.

Não obstante isso, no plano da ciência jurídica afigura-se especialmente pertinente o entendimento de Larry Laudan (1977, p. 14), de que é mais importante verificar se determinada teoria constitui-se como uma adequada solução para um problema relevante do que aferir se ela é verdadeira, corroborada ou confirmada por qualquer procedimento metodológico usualmente afirmado.

Com efeito, as teorias jurídicas, ao serem produzidas diante de determinados problemas, trazem consigo, efetivamente, outros problemas, despertando a necessidade de correção, adaptação, ampliação, redução ou superação da teoria, com a possibilidade de que existam teorias convergentes, como também teorias opostas, como se dá, por exemplo, quanto às concepções de constituição, entre as teorias da força normativa, de Konrad Hesse, e da constituição dirigente, de Canotilho, que seriam convergentes e, até mesmo, complementares, e entre essa última e as teorias procedimentalistas, que encerram visões opostas.

Da mesma forma, atendo-se à problemática do déficit de normatividade das constituições, desenvolveu-se o controle de constitucionalidade; entretanto, diante da relevância prática de promover condições adequadas de existência, as constituições incorporaram direitos sociais, que demandam uma atuação e não uma omissão do legislador, acarretando o problema do déficit de normatividade diante da inércia legislativa, que pretendia ser legitimada pela invocação das teorias da separação de poderes e da democracia, referidas, especificamente a tais problemas; dá-se o desenvolvimento da teoria das normas constitucionais pela concepção das normas programáticas e sustentação de que importam em normas jurídicas e encerram um mínimo de eficácia, ainda que sob a perspectiva de impor proibições, sob a ótica da vinculação negativa; persistindo o problema, desenvolve-se a teoria da constituição dirigente, concomitantemente com a noção de inconstitucionalidade por omissão que, por sua vez, continuam encontrando a resistência pelos problemas oriundos da impossibilidade do Judiciário legislar e de compelir o Poder Legislativo a fazê-lo, como do déficit de legitimidade democrática dos juízos, que não são eleitos pelo povo. Ante a tais problemas, pretende-se refutar a teoria da constituição dirigente, por não propiciar uma adequada solução.

Ora, afigura-se, em verdade, que o critério adequado deve consistir, justamente, na aferição da teoria que encerre a maior capacidade de solucionar o problema que

se lhe antepõe, independentemente de ter ou não conteúdo explicativo, orientando-se a solução do problema pela hermenêutica; registre-se, ainda, que tal solução deve ser impositivamente adequada, entendida a adequação no sobredito sentido de compatibilidade com o sistema jurídico, mas também, e sobretudo, por conter um conteúdo material de justiça, como ressalta Canaris (1995, p. 33-34).

Logo, o desenvolvimento e a evolução das teorias jurídicas deve se dar mediante uma continuidade da reflexão teórica e diante dos sucessivos problemas que desafiem a ciência jurídica, orientando-se por uma atividade dialógica aberta, inventiva, criativa e problemática, cujas soluções representam outras teorias formadas interpretativamente segundo a matriz hermenêutica, sujeitando-se à refutações e a disputas teóricas, devendo prevalecer aquela que mais adequadamente resolva o problema, com a possibilidade de que, diante da maturação da teoria e do distanciamento temporal, seja corrigida, adaptada, ampliada, restringida ou, mesmo, superada.

Inaceitável é, em verdade, a cunhagem de teorias que tenham como escopo justificar a incapacidade do direito para resolver determinados problemas, pois correspondem a um desencantamento e apatia que não podem dominar a ciência jurídica.

Por conseguinte, caracterizado o movimento reflexivo que propicia o desenvolvimento das teorias jurídicas mediante um esforço e um aprofundamento sobre os problemas que, cada vez mais complexos, desafiam o direito e, notadamente, o saber jurídico produtivo e constitutivo do direito, como também os critérios que podem conduzir à verificação da adequação de uma teoria quanto a sua potencialidade de resolução do problema, faz-se mister, ainda que sucintamente, expor algumas das matrizes a que a ciência jurídica deve observância, em se desejando que supere a crise e resgate a capacidade de regulação social do direito.

#### **4. A CIÊNCIA JURÍDICA DIANTE DAS NOVAS MATRIZES DA REFLEXÃO TEÓRICA CONTEMPORÂNEA**

Diante das condições das sociedades contemporâneas, a ciência jurídica deve se embasar num saber que esteja apto a constituir um direito que possa responder aos desafios oriundos dos problemas que se lhe colocam, seja quanto à restauração da sua potencialidade enquanto instância de regulação e promoção dos fins e valores comunitários, consagrados usualmente nas constituições, seja no que atine à sua capacidade de operar a partir dos problemas sociais, que ainda grassam na República brasileira.

Apesar de merecerem uma mais detida análise, os novos parâmetros aos quais a ciência jurídica deve atender demandariam uma atenção que exorbita aos lindes desse estudo, pelo que se procede apenas à indicação deles para que seja possível um desenvolvimento posterior e oportuno.

As condições e possibilidades da reflexão teórica contemporânea são bem delineadas a partir das contribuições de Edgar Morin, de Boaventura de Sousa Santos, e de Hans-Gerog Gadamer, dentre outros que aderem, explícita ou implicitamente, à imprescindibilidade de habilitar a reflexão para operar a partir da complexidade, bem como do caráter interdisciplinar e, mesmo, transdisciplinar e, finalmente, de uma concepção metodológica aberta e plural, promovida pela hermenêutica ontológica a partir do giro existencial e linguístico.

Assim, as condições complexas das sociedades contemporâneas, muito mais dificultosas e sinuosas em Estados de capitalismo periférico, impõem não um abandonar da reflexão, nem uma apatia nem um sentimento de desencantamento ou incapacidade, mas o desenvolvimento do pensamento complexo, sem adoção de esquemas de simplificação que, mutilando a realidade, não consigam captá-la em toda a sua significação problemática.

O formalismo das construções científicas que não atentem primeiramente ao problema e tentem sujeitar o contexto social aos seus modelos teóricos não tem mais condição de operar adequadamente no âmbito da ciência jurídica; e o pior é que acaba por ocasionar um sentimento de incapacidade e de apatia, ao invés de levar ao aprofundamento da reflexão, expandido os limites reflexivos postos pela finitude existencial humana.

Nesse quadro, a ciência jurídica tem de se habilitar para, superando os esquemas de simplificação e clareza, operar segundo o paradigma da complexidade, expressivo da natureza real e multidimensional dos problemas que desafiam o saber e o conhecimento.

Edgar Morin (2001, p. 305) exprime a complexidade da concepção acerca da própria complexidade, sendo noção que, consoante a idéia que lhe é referida, pauta-se pela incerteza, insegurança, sendo problemática ainda marginal no cerne da metodologia da ciência (MORIN, 2001, p. 175).

Nesse sentido, Morin (2001, p. 192) considera que se deve saber conviver com a complexidade, por mais dificuldades que ela acarrete, trazendo para o cientista e, no caso, para o jurista, as cautelas que assinala no excerto abaixo, *in verbis*:

A complexidade não é uma receita para conhecer o inesperado. Mas ela nos torna prudentes, atentos, não nos deixa dormir na aparente mecânica e na aparente



trivialidade dos determinismos. Ela nos mostra que não devemos nos fechar no “contemporaneísmo”, isto é, na crença de que o que acontece hoje vai continuar indefinidamente. Por mais que saíamos que tudo o que aconteceu de importante na histórica mundial ou em nossa vida era totalmente inesperado, continuamos a agir como se nada de inesperado devesse acontecer daqui para a frente. Sacudir essa preguiça mental é uma lição que nos oferece o pensamento complexo.

A complexidade decorre justamente da realidade, que não pode ser simplificada sem o risco de, sendo mutilada, mutilar a própria teoria, aparecendo como inadequada ou parcialmente inconsistente para a solução do problema que se lhe antepõe.

A realidade e o contexto social são multifacetados, da mesma forma que os problemas submetidos à instância jurídica, que não podem ser isolados da sua conexão com as instâncias social, política, econômica, dentre outras.

A interação de tais instâncias traz desordem, paradoxos e contradições que compõem o pensamento complexo, exigindo, correlativamente, uma transdisciplinariedade, pois o jurista não pode se ater apenas a conhecer e refletir sobre o aspecto jurídico do problema, devendo compreender a complexidade e a partir dela proceder à formulação de teorias com o auxílio de outros saberes.

Como já exposto, Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 46-47) manifestase, contra a fragmentação do saber que forma ignorantes especializados, o que é próprio da tecnificação e do saber meramente utilitário, que não deve encontrar respaldo no cerne da ciência jurídica.

A fragmentação do conhecimento que é admitida pelo novo paradigma científico, concebido por Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 48-49) como pós-moderno; seria temática e não disciplinar, compreendendo a relação temática como “[...] galerias por onde os conhecimentos progridem ao encontro uns dos outros”, promovendo o avanço do conhecimento pela ampliação do seu objeto. Da mesma forma opera Edgar Morin, ao conceber o princípio hologramático (2001, p. 190), pelo qual reconhece que a parte está no todo e o todo, por sua vez, está na parte.

Nesse sentido, Canaris (1995, p. 58-59), invocando Stegmüller, salienta que há uma conexão entre teorias para a solução de um problema, de modo a configurar a existência de uma rede de teorias, afirmando “[...] el hecho de que el fenómeno de la asociación reticular de teorías se considere, en cuanto tal, correcto, puede confirmarse también, precisamente, desde la perspectiva de la ciencia del Derecho”, embora acabe rechaçando a estrutura da rede de teorias pela razão de que desvirtuaria o foco da teoria principal.

No mesmo sentido, Canotilho (s/d, p. 1355) considera que a teoria da constituição está em crise porque se encontra dissolvida em outras teorias, resultando em sua desvalorização, sofrendo os reflexos pelo advento das teorias da justiça e das teorias sociológicas; desse modo, desenvolve a sua investigação também a partir da compreensão da teoria da constituição como uma rede de teorias, denotando tanto a complexidade, quanto a transdisciplinariedade.

Além disso, tanto Boaventura de Sousa Santos, quanto Edgar Morin alteram profundamente a concepção clássica de método, não sendo mais o procedimento de investigação rígido que conduz à verdade objetiva.

O sociólogo português sustenta que, nas condições do saber pós-moderno, o conhecimento transdisciplinar, concomitantemente global e local, é relativamente imetódico, albergando uma pluralidade de métodos, entendidos como linguagens em face da realidade que deve ser abarcada mediante uma transgressão metodológica, propiciando a inovação científica que proporcione contextos persuasivos habilitantes à aplicação dos métodos além de cada ambiente que lhe é próprio.

O metodólogo francês (MORIN, 2001, p. 192), por sua vez, rejeita a existência de metodologia diante do pensamento complexo, admitindo o método, que mais seria um “*memento*”, um lembrete, como se verifica do excerto abaixo, *in verbis*:

O método da complexidade pede para pensarmos nos conceitos, sem nunca dá-los por concluídos, para quebramos as esferas fechadas, para restabelecemos as articulações entre o que foi separado, para tentarmos compreender a multidimensionalidade, para pensarmos na singularidade com a localidade, com a temporalidade, para nunca esquecemos as totalidades integradoras.

Essa compreensão acerca do método é corroborada pela hermenêutica ontológica, afigurando-se preciso Gadamer (DUTT, 1993, p. 29-31), ao afirmar que não é o método instância legitimadora das ciências sociais enquanto atividade científica, sem negar a sua existência dentro de uma concepção renovada, mais ampla e relativizada.

O método deve estar capacitado a incorporar a dimensão cultural da existência humana, seu caráter histórico e sua finitude, estando aberto e não fechado aos preconceitos, viabilizando, também, um giro metodológico, que se manifesta na dimensão dialógica do acontecer humano.

Boaventura (1989, p. 13) reputa imprescindível que as ciências operem segundo a reflexão hermenêutica, superando a dicotomia fundamental entre sujeito e objeto por uma relação intersubjetiva, posto se apresentarem como prática social que se realiza em diálogo com o mundo.

No âmbito da ciência jurídica, destaca-se a pertinência da hermenêutica ontológica, ressaltando Gadamer (1999, p. 483) o caráter paradigmático da hermenêutica jurídica por importar numa unidade entre compreensão, interpretação e aplicação quando do exercício da atividade judicial. Não obstante isso, também no cerne da reflexão teórica deve fundar-se o paradigma hermenêutico, identificando (GADAMER, 1999, p. 490) uma relação essencial entre dogmática jurídica e hermenêutica, em que esta detém predominância por exigir a compreensão referida ao texto e ambientada pela linguagem diante da situação concreta a que se refere.

Da mesma forma, também Arthur Kaufmann (2003, p. 150-151) destaca a hermenêutica embasada no caráter histórico e existencial do homem como novo fundamento para o pensamento jurídico e para o direito em si mesmo, afastando tanto o jusnaturalismo como o juspositivismo, cujas perspectivas metodológicas eram reducionista e monolítica, cabendo colacionar a sua advertência, *in verbis*:

Non esiste dúvida que o abandono do direito natural e do positivismo jurídico e a escolha pela hermenêutica jurídica não significa alguma facilitação para o legislador e para o juiz. Ao contrário, torna-se mais difícil estabelecer e pronunciar o direito. Torna-se, contudo, mais humano<sup>18</sup>.

Dessarte, apenas a partir das novas matrizes apontadas, do pensamento complexo, da transdisciplinariedade e da hermenêutica ontológica, torna-se possível que a ciência jurídica desenvolva teorias que, operando como soluções aos problemas que lhe desafiam, consiga resgatar sua capacidade de regulação e de projeção do futuro, para que não se continue a olhar o novo com os olhos do velho (STRECK, 2002, p. 31).

## 5. CONCLUSÃO

O direito precisar preocupar-se e ocupar-se com as condições de possibilidade da produção do saber jurídico, pois, como já indicado, também as teorias jurídicas são constitutivas do direito, pois as normas não podem ser compreendidas/interpretadas/aplicadas sem consideração às teorias que foram erigidas a partir dos problemas que desafiam o direito.

Nesse sentido, restou devidamente caracterizada a situação de crise da ciência jurídica, uma crise que se estabelece no ensino jurídico, na reflexão teórica

18. Non c'è dubbio che l'abbandono del diritto naturale e del positivismo giuridico e la scelta verso l'ermeneutica giuridica non significhino alcuna facilitazione per il legislatore e per il giudice. All'oposto, diviene più difficile stabilire e pronunziare diritto. Diviene però più umano. Registre-se que todas traduções são livres e próprias do presente estudo.

e na práxis, obnubilando o caráter produtivo do pensamento jurídico a partir de uma dogmatização e do imobilismo da reflexão, que apenas apresenta caráter reprodutivo e não produtivo, levando ao estágio em que prevalece a ignorância da ignorância jurídica; ou seja, a ignorância de que as teorias não são respostas definitivas e verdadeiras aos problemas que se colocam para o direito, que precisam de uma contínua reflexão e que devem se sujeitar a uma crítica constante, realizada de maneira pública, aberta e dialógica, visando não apenas a refutá-las, mas também a aperfeiçoá-las, a corrigi-las e adaptá-las aos novos problemas que surjam numa sociedade complexa.

A atividade teórica volta-se justamente à solução de problemas e o direito é pródigo a tanto na medida em que se destina a promover fins comunitários relevantes que acabam sendo consagrados constitucionalmente; daí porque muitos dos problemas mais relevantes – seja no contexto político, seja na seara econômica, seja em sede social – residem na Constituição, sendo a própria relevância um critério diferencial para as teorias jurídicas, que não se devem ocupar de minúcias e nem de pormenores ou sutilezas.

De outra parte, o critério de aferição de legitimidade de uma teoria, ou de prevalência de uma sobre outra em caso de concorrência quanto às propostas de solução de determinado problema, não se resume à resistência às refutações, nem à corroboração pela verificação e, muito menos, à comprovação da veracidade dos enunciados que sejam por ela comportados; uma teoria prevalece na medida em que se afigura como mais idônea a solucionar determinado problema e, no que respeita às teorias jurídicas, pelo conteúdo substancial de justiça que encerram.

Entretanto, as teorias não progridem segundo a evolução natural, sendo o pensamento uma carência humana que decorre da liberdade, trazendo-lhe a responsabilidade de planejar a ação, o que importa na imprescindibilidade de refletir e teorizar.

A reflexão teórica, embora consubstancie uma necessidade antropológica do homem, carrega consigo a finitude existencial humana, devendo conduzir-se sempre em atenção às condições positivas de seu desenvolvimento, rechaçando os obstáculos que consistentes na dogmatização e no imobilismo do pensamento e, conseqüentemente, na incapacidade do direito enquanto instância de regulação social, por ficar defasado com relação à progressiva complexidade social.

Inventividade, criatividade, imaginação, relevância do problema, distância temporal, ousadia intelectual, reconhecimento da abertura do problema para a reflexão, reabilitando o erro como possibilidade de ampliação do conhecimento. Precisa-se dessas condições para que o saber jurídico seja produtivo e não ape-

nas reprodutivo, resistindo ao dogmatismo, ao imobilismo, que, por sua vez, são alimentados também pelo desinteresse e desencantamento, cabendo, igualmente, rechaçar o hermetismo, o bacharelismo, o rebuscamento, dentre outros vícios que concernem à reflexão jurídica.

Além disso, torna-se premente fundar novas matrizes para a reflexão teórica, própria às ciências humanas e que têm repercutido para as ciências naturais, consubstanciados no pensamento complexo, na transdisciplinariedade e numa metódica aberta, plural e orientada pela hermenêutica ontológica, ambientada pela linguagem e de caráter dialógico, à moda da abertura das teorias às críticas, que também pressupõe o diálogo, como sustentado pelo falseacionismo.

De qualquer sorte, impõe-se que haja uma reflexão sobre a própria ciência jurídica e que as teorias jurídicas sejam tematizadas, por também se constituírem como instância de produção do direito, de aferição das condições de legitimidade do discurso jurídico e, como tal, e por conseguinte, de contenção ao arbítrio.

Se o direito deve servir ao homem, promovendo a proteção dos direitos reputados como mais caros e resguardando-lhe de todo e qualquer exercício arbitrário de poder, seja político, seja midiático, seja econômico, e se os seus desafios numa sociedade complexa, massificada e globalizada, com um crescente descrédito quanto às instâncias político-partidárias, que substituem progressivamente o debate de idéias pelo marketing político, e nas quais o tempo se confunde com o instante e o projetar do futuro está cada vez mais volátil, à reflexão jurídica cumpre o encargo de não aderir ao desencantamento e à apatia, mas de reabilitar e revitalizar as teorias jurídicas para que logrem responder de forma mais adequada possível a tais questões, restaurando o direito como meio de regulação social e de promoção de fins comunitários.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Bacerlona: Gedisa, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ATIAS, Christian. *Théorie contre Arbitraire*. Paris: PUF, 1987.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BLEICHER, Josef. *Hermenêutica Contemporânea*. Lisboa: Edições 70, 1992.
- BOAVENTURA, Edivaldo. *Como Ordenar as Idéias*. 8. ed. São Paulo: Ática, 2005.

- \_\_\_\_\_. *Metodologia da Pesquisa em Direito*. São Paulo: Atlas, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 1997.
- BORGES, José Souto Maior. *Ciência Feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BURDEAU, Georges; HAMON, Francis; TROPER, Michel. *Droit Constitutionnel*. 26. ed., Paris: LGDJ, 1999.
- CASTORIADIS, Cornelius. *As Encruzilhadas do Labirinto*. São Paulo: Paz e Terra, 1997, v. 1.
- CANARIS, Claus-Wilhem. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Madri: Civitas, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, s/d.
- \_\_\_\_\_. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo*, In *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan-jun. 1998.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito*. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida*. In *Constitution y Constitucionalismo Hoy*. Caracas: Fundação Manuel Garcia Pelayo, 2000, p. 217-225.
- CAPITANT, Henri. *La Thèse de Doctorat en Droit*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1951.
- COOLEY, Thomas M. *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest Upon the Legislative Power of the United States of the American Union*. Nova Jersey: The Lawbok Exchange, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de Constitucionalidade: Teoria e Prática*. Salvador: Juspodivm, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Controle das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DUTT, Carsten. *En Conversación con Hans-Georg Gadamer: Hermenéutica, Estética y Filosofía Práctica*. Madri: Tecnos, 1998.
- FEIJÓ, Ricardo. *Metodologia e Filosofia da Ciência*. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERRAZ, Tércio Sampaio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 1999.

- \_\_\_\_\_. *El Giro Hermeneutico*. Madri: Catedra, 2001a.
- \_\_\_\_\_. *Elogia da Teoria*. Lisboa: Edições 70, 2001b.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e Método II – Complementos e Índice*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O problema da Consciência Histórica*. 2. ed., Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- \_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRONDIN, Jean. *L'Herméneutique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Passado como Futuro*. São Paulo: Tempo Brasileiro, 1993.
- HEIDEGGER, Martín. *Ser e Tempo*. T. I. 15. ed., Petrópolis: Vozes, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Sobre a Essência da Verdade*. Porto: Porto Editora, 1995.
- HOLLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KÄGI, Werner. *La Constitución como Ordenamiento Jurídico Fundamental del Estado*. Madri: Dykinson, 2005.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del Diritto ed Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LAKATOS, Imre. *Falsificação e Metodologia dos Programas de Investigação Científica*. Lisboa: Edições 70, 1999.
- \_\_\_\_\_. *et all. Historia de la Ciencia y sus reconstrucciones racionales*. Madri: Tecnos, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 3. ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

- LAUDAN, Larry. *Progress and Its Problems: Towards a Theory of Scientific Growth*. Los Angeles: Universidade da Califórnia, 1977.
- MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao Pensamento Complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2006.
- MULLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.
- ORTEGA Y GASSET, José. *El hombre y la gente*. Madri: Alianza, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Que és filosofia*. Madri: Alianza, 2005.
- OST, François. *O Tempo do Direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Conjecturas e Refutações*. Lisboa: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. Conhecimento e formação da realidade: A busca por um mundo melhor. POPPER, Karl. *Em Busca de um Mundo Melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 13-49.
- \_\_\_\_\_. *Em Busca de um Mundo Melhor*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- \_\_\_\_\_. *A Lógica da Pesquisa Científica*. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2006.
- PALMER, RICHARD. *Que es la Hermenéutica?* Madri: Arcolibros, 2002.
- PERRY, Michael J. *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* Nova Iorque: Oxford University, 1996.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed., Coimbra: Armênio Amado, 1997.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.
- SANCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional: Fundamentos de la Democracia Constitucional*. Madri: Tecnos, 1998.
- SCHLEIERMARCHER, Friedrich. *Hermenêutica – Arte e Técnica de Interpretação*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Uma Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Um Discurso sobre as Ciências*. 13. ed., Coimbra: Afrontamento, 2002.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Compreensão e Finitude: estrutura e movimento da interrogação heideggeriana*. Ijuí: Unijui, 2001.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Do Efeito Vinculante: sua Legitimação e Aplicação*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2005.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *O princípio da Máxima Efetividade e a Interpretação Constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.
- SUANZES, Joaquín Varela. *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3. ed. Nova Iorque: Foundation, 2004.
- VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El Valor de la Constitución*. Madri: Alianza, 2006.



### III

## DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO: O (DES)ASSISTIDO PELA CONSTITUIÇÃO

*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, Professor de Direito Processual Penal da Universidade Salvador (UNIFACS). Analista Previdenciário do INSS-BA junto à Procuradoria Federal Especializada.

**RESUMO:** Entendendo o Direito como um Sistema Aberto, o presente trabalho, após fazer uma análise dos dispositivos do Código de Processo Penal acerca do Assistente de Acusação, sustenta que tal sujeito processual não foi recepcionado pela Constituição da República, destacando, no momento seguinte, os aspectos Criminológicos que envolvem o tema, para, ao final, formular as pertinentes conclusões.

**ABSTRACT:** Understanding the Right as an Opened System, the present work, after to make an analysis of the devices of the Code of

criminal procedure concerning the Accusation Assistant, it supports that such procedural citizen was not recepcionado by the Constitution of the Republic, detaching, at the following moment, the Criminologic aspects that involve the subject, for, to the end, to formulate the pertinent conclusions.

**PALAVRAS-CHAVES:** 1. Sistema Aberto; 2. Não Recepção; 3. Assistente de Acusação.

**KEYWORDS:** 1. Open system; 2. Not Reception; 3. Accusation assistant.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O Direito como um Sistema Aberto – 3. Da Não-Recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do Assistente de Acusação – 4. Aspectos Criminológicos acerca do tema – 5. Da Conclusão.

“Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante, do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo. Eu vou desdizer aquilo tudo aquilo que lhe disse antes...” (Metamorfose Ambulante, Raul Seixas).

### 1. INTRODUÇÃO

Ter a consciência de que o Código de Processo Penal que se encontra em vigor nos dias atuais foi elaborado nos idos de 1941, deve ser a primeira grande

preocupação científica do estudioso do Processo Penal do século XXI. Perceber que tal código foi produzido num contexto histórico ditatorial-autoritário, é recomendação indispensável para qualquer estudo que seja feito sobre o mesmo. Afinal, a lei processual penal pátria é marcada quer pela orientação fascista do Código de Rocco, quer pela ideologia autoritária da ditadura Vargas.

Ademais, não se deve olvidar a circunstância histórica de que quando tal código foi confeccionado, o Brasil suportava o horror da ditadura do *Estado Novo* e o Mundo atravessava o auge da Segunda Grande Guerra. Pois bem, diante deste contexto histórico marcado pelo desprezo aos valores democráticos, o Código de Processo Penal é o produto mais evidente deste período sombrio de nossa história.

Nesse sentido, são válidas as palavras de ELIZABETH CANCELLI, ao discorrer sobre a Polícia na Era Vargas:

“Por isso, este Estado procurava se sobrepor à lei, para tornar efetivo o que ela (na Justiça) não previra para a boa ordem comum. O direito, porém, tenderia a se realizar tanto quanto possível através da lei, e o conflito entre a Polícia e a Justiça se operava, porque a Polícia precisava do arbítrio e a Justiça lançava normas. Mas a Justiça é lenta e a Polícia é mobilíssima, daí aquela precisar do auxílio desta”<sup>1</sup>.

Como consequência deste cenário, tal código de ritos é impregnado por ideologias ditatoriais. Nesse sentido, é emblemática a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal da lavra do Ministro Francisco Campos<sup>2</sup>, vez que a mesma, em diversas passagens, revela o seu caráter acentuadamente autoritário.

Desta forma, convém transcrever breve passagem da Exposição de Motivos acerca da Reparação do Dano “Ex Delicto”, de sorte a evidenciar o seu caráter autoritário e vingativo, a saber:

“O projeto não descurou de evitar que se torne ilusório o direito à reparação do dano... Ficaré, assim, sem fundamento a crítica, segundo a qual, pelo sistema do direito pátrio, a reparação do dano *ex delicto* não passa de uma promessa vã ou platônica da lei”.

Note-se, assim, com espreque na lição de TOBIAS BARRETO<sup>3</sup>, que o Direito é um produto da *cultura humana*. Por conseguinte, ele não é uma entidade

1. CANCELLI, Elizabeth. *O Mundo da Violência: a Polícia da Era Vargas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1993, p. 23.
2. Ministro da Justiça há época em que o código foi promulgado e publicado. Para um aprofundamento maior sobre o tema, consulte-se CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e Brasil. 2ª edição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 491-496.
3. BARRETO, Tobias. *Introdução do Estudo do Direito – Política Brasileira*. São Paulo: Landy Editora, 2001, pp. 31-36.

metafísica, superior e anterior ao homem, mas sim produto do desenvolvimento histórico.

O direito é, pois, uma disciplina social, portanto, nenhum instituto jurídico, por mais elevado que seja na escala evolucionar, deixa de carregar consigo um caráter finalístico. Sendo assim, nas palavras de BARRETO, “o direito é um instituto humano; é um dos modos de vida social, a vida pela coação, até onde não é possível a vida pelo amor; o que fez Savigny dizer que a necessidade e a existência do direito são uma consequência da imperfeição do nosso Estado”<sup>4</sup>.

Pois bem. Tecidas tais considerações, nos dias atuais, em terras tupiniquins, quando respiramos os “ares da Democracia” há pelo menos dezessete anos e quando procuramos dar o máximo de eficiência e aplicabilidade ao texto constitucional, torna-se qualidade necessária de todo e qualquer intérprete do Código de Processo Penal desconfiar das “boas intenções” da lei processual penal pátria. Pode-se dizer, assim, que deve vigor entre os intérpretes do Código de Processo Penal o *princípio da desconfiança*, ou seja, até prova em contrário, deve-se desconfiar da legitimidade do Código de Processo Penal.

Logo, deve o intérprete da lei processual penal pátria ter a devida cautela ao interpretar esta. Tal cautela implica em conferir menor importância à interpretação gramatical e conferir maior relevância interpretação axiológico-teleológica, valendo-se, para tanto, também, das interpretações sistemática, lógica e histórica.

Mas não apenas isso. O intérprete cauteloso tem como principal preocupação interpretar a lei processual penal à luz da Constituição, bem como compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto e marcado pelos valores democráticos. Interpretar o Processo Penal a partir de uma inspiração democrática é submeter este ramo do direito ao “filtro constitucional”, procedendo, assim, a uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal. Mas quando se pensa numa Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, pensa-se essa a partir do prisma de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, ou seja, busca-se um Processo Penal Democrático com esboço numa interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição, conforme sustenta PETER HÄBERLE<sup>5</sup>.

É a partir desta perspectiva, ou seja, de uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, que deve ser trabalhado o Processo Penal nos dias atuais. Note-se que, desta forma, não se pode falar num monopólio do Poder Judiciário no ato de

4. *Op. cit.*, p. 36.

5. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

interpretar a Constituição. Conforme adverte PETER HÄBERLE, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com esse contexto é, indireta, ou até mesmo diretamente, um intérprete desta norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”<sup>6</sup>. Logo, outra não pode ser a perspectiva ao se trabalhar com o desgastado e embolorado Código de Processo Penal. Enfatize-se: a Constituição deve constituir a ação do intérprete!

Somente procedendo a uma hermenêutica constitucional do processo penal e compreendendo esse como um Sistema Aberto é que será possível conviver com o Código de Processo Penal e, ao mesmo tempo, produzir um Processo Penal Democrático. Cabe, agora, então, entender a idéia de Sistema Aberto e compreender o Processo Penal como um Sistema Aberto. É o que será esclarecido a seguir.

## 2. O DIREITO COMO UM SISTEMA ABERTO

Feitas tais considerações introdutórias, importa agora compreendermos o sistema jurídico como um sistema aberto. Nesse sentido, é paradigmático o pensamento do professor da Universidade de Munique, CLAUS-WILHELM CANARIS.

Mesmo ciente de que a obra “Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito” trata-se de uma produção intelectual voltada, preponderantemente, ao Direito Privado, notadamente, aos Direitos Civil e Comercial, esta apresenta um grande valor na construção da idéia que pretendemos aqui desenvolver. Tal obra busca tanto fazer uma análise do pensamento sistemático em si quanto elaborar uma proposta pensamento sistemático para a Ciência do Direito.

Nesse sentido, CANARIS sustenta que as qualidades da *ordem* e da *unidade* são características o conceito geral de sistema. Tais qualidades uma vez aplicadas à Ciência do Direito, transformam-se, respectivamente, em *adequação valorativa* e *unidade interior* da ordem jurídica, passando, assim, a serem fundamentos do sistema jurídico (além de serem decorrências do *princípio da isonomia* e da *tendência generalizadora da justiça*). Como fundamentos do sistema jurídico, a adequação e a unidade são, ao mesmo tempo, premissas teórico-científicas e hermenêuticas, bem como emanações e postulados da idéia de Direito<sup>7</sup>.

6. *Op. cit.*, pp.14 -15.

7. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na ciência do Direito*. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 9-24.

Com espede na adequação valorativa e na unidade interior da ordem jurídica, CANARIS, então, propõe um sistema como *ordem axiológica* ou *teleológica* e, simultaneamente, como *ordem de princípios gerais do Direito*. Ou seja, o professor alemão sustenta a idéia de um *pensamento sistemático com aptidão teleológica*.

Estabelecida a idéia de um pensamento sistemático com aptidão teleológica, CANARIS, então, assevera que tal construção produz duas grandes conseqüências na construção de um conceito de sistema jurídico, são elas: a abertura do sistema e a mobilidade do sistema. Para os limites do presente trabalho, importa apenas desenvolver a idéia de abertura do sistema. Portanto, não será desenvolvida nessa oportunidade a idéia de mobilidade<sup>8</sup> do sistema<sup>9</sup>.

Quando trata da abertura do sistema, CANARIS sustenta que o sistema é aberto quer quanto sistema científico, quer quanto sistema objetivo. Enquanto sistema científico, o sistema é aberto em razão da *incompletez do conhecimento científico*, ao passo que enquanto sistema objetivo, o sistema é aberto em razão da *modificabilidade dos valores fundamentais* da ordem jurídica<sup>10</sup>.

Note-se que a abertura do sistema desempenha um importante significado para as possibilidades do pensamento sistemático e para a formação do sistema na Ciência do Direito. Ademais, convém destacar que há uma relação entre as modificações do sistema objetivo e as modificações do sistema científico. A modificação do sistema objetivo implica em modificação no sistema científico, mas a recíproca não é verdadeira. Sendo, também, importante salientar que a modificação do sistema científico não é uma característica peculiar do sistema jurídico, ao passo que a modificação do sistema objetivo é uma característica própria desse sistema<sup>11</sup>.

Pois bem. Feitos tais esclarecimentos acerca da abertura do sistema, convém, agora, salientar que o Processo Penal, como sistema que é, também deve ser compreendido como um sistema aberto, para que não incorra nos mesmos equívocos que outros conceitos de sistema (o sistema externo; o sistema de puros conceitos fundamentais; o sistema lógico-formal; o sistema como conexão de problemas; o sistema como relações da vida e o sistema de decisões de conflitos no sentido de HECK e da Jurisprudência dos Interesses<sup>12</sup>) já incorreram. Isto é, para que não

8. *Op. cit.*, pp. 127-148.

9. Registre-se, por oportuno, que a abertura do sistema não se confunde com a mobilidade do sistema. Tratam-se de conceitos distintos.

10. *Op. cit.*, pp.103-108.

11. *Op. cit.*, pp.109-125.

12. *Op. cit.*, pp.25-65.

seja um sistema que não se justifica a partir das idéias de adequação valorativa e da unidade interna da ordem jurídica.

Sendo assim, entendido o Processo Penal como um sistema aberto, é necessário compreendê-lo quer como um sistema incompleto cientificamente, enquanto sistema científico, quer como sistema modificável no que tange aos valores fundamentais da ordem jurídica, enquanto sistema objetivo. Por conseguinte, entender o Processo Penal como um sistema aberto é admitir como fundamento essencial para manutenção da sua existência e legitimidade o seu caráter incompleto e modificável.

Quando se passa a entender o Processo Penal como um sistema aberto, comece-se a perceber que este não é um sistema estático e fechado, mas sim um sistema aberto e móvel, ou seja, um sistema em constante metamorfose, na medida em que tal característica preserva a sua legitimidade. Desta forma, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que reconhece a sua incompetência científica e a modificabilidade dos seus valores fundamentais.

Diante desse quadro, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que admite suas imperfeições históricas e busca se (re)legitimar. Nesse sentido, um Processo Penal como um sistema aberto é um Processo Penal que não se harmoniza com a figura do Assistente de Acusação, na medida em que tal figura é resquício de um Processo Penal construído em outro contexto histórico, orientado por uma razão prática burguesa<sup>13</sup>.

No item a seguir, então, iremos discorrer acerca da não-recepção pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 do Assistente de Acusação. A análise que será desenvolvida tem como escopo principal evidenciar o discurso destituído de legitimidade (validade)<sup>14</sup> da dogmática tradicional, bem como tornar claro a inversão de valores desta dogmática, na medida em que insiste em subordinar os valores inscritos na Constituição da República de 1988 aos ditames do Código de Processo Penal de 1941.

13. Sobre a razão prática burguesa são paradigmáticos os pensamentos de Kant (liberalismo) e de Rousseau (republicanismo). Nesse sentido, consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 113-167.

14. Com o escopo de aprofundar o tema, torna-se de grande valor, a nosso ver, a leitura das reflexões de Habermas acerca do “desencantamento do direito por obra das ciências sociais”. Sobre o assunto consulte-se HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre facticidade e validade*. Volume I, 2ª edição, Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, pp. 66-82.



### 3. DANÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

Conforme a ampla maioria da doutrina nacional, a figura do Assistente de Acusação foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Os autores que sustentam tal entendimento, defendem que o Código de Processo Penal de 1941, nesse aspecto, continua a merecer ampla aplicabilidade, vez que o mesmo se encontra em plena harmonia com os princípios constitucionais vigentes, não ofendendo nem mesmo arranhando quaisquer dos direitos fundamentais expressos e implícitos contidos, ou não, na Constituição da República.

Somente a título de exemplo, sustentam a constitucionalidade do assistente de acusação, por entender que tal instituto foi recepcionado pela Constituição de 1988, os seguintes autores: JULIO FABBRINI MIRABETE<sup>15</sup>, DAMÁSIO EVANGELISTA DE JESUS<sup>16</sup>, FERNANDO CAPEZ<sup>17</sup>, EDILSON MOUGENOT BONFIM<sup>18</sup>, ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>19</sup>, SÉRGIO DEMORO HAMILTON<sup>20</sup>, EUGENIO PACELLI OLIVEIRA<sup>21</sup>, RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA<sup>22</sup>, GUILHERME DA SOUZA NUCCI<sup>23</sup>, FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO<sup>24</sup>, HÉLIO TORNAGHI<sup>25</sup>, EDGARD MAGALÃES NORONHA<sup>26</sup>, JOSÉ FREDERICO MARQUES<sup>27</sup>, EDUARDO ESPÍNOLA FILHO<sup>28</sup>, INOCÊNCIO BORGES DA ROSA<sup>29</sup> e VICENTE GRECO FILHO<sup>30</sup>, dentre outros.

15. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 692.
16. JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 222-244.
17. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p.189
18. BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 358.
19. GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarance & GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Recursos no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1998, pp. 130-133.
20. HAMILTON, Sérgio Demoro. *O Recurso do Assistente do Ministério Público in Processo Penal Reflexões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.165.
21. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal, 5ª edição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 399.
22. MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59.
23. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado. 2ª edição*. São Paulo: RT, 2003, p. 471.
24. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. Vol I, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 631.
25. TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal, 5ª edição*. São Paulo: Saraiva, 1988, volume I, p.499.
26. NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal. 19ª edição*. São Paulo: Saraiva, 1964, p. 354.
27. MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Atualizador: Victor Hugo Machado da Silveira. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 243.
28. ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, vol. III, 1960, p. 292.
29. BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*. Porto Alegre: Globo, vol. II, 1942, p. 202.
30. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 343-356.

Pois bem. Ousamos divergir dos citados autores. E o fazemos, porque entendemos que o assistente de acusação não foi recepcionado pela Constituição Republicana. As razões de tal entendimento são muitas, mas todas elas têm como premissas quatro circunstâncias básicas, são elas: a) a circunstância histórica que cerca o Código de Processo Penal e a proposição do instituto do assistente de acusação; b) a concepção do Direito como produto da Cultura humana; c) a perspectiva de uma Hermenêutica Constitucional do Processo Penal, a partir de uma “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição” d) e a compreensão do Processo Penal como um Sistema Aberto.

Tendo-se em mente tais premissas, os motivos que fundamentam a não recepção do assistente de acusação são muitos, e são esses que passaremos a analisar a seguir.

### 3.1. Da ofensa ao sistema acusatório

O primeiro argumento e, talvez, o mais robusto, que serve de base à tese da não recepção do assistente de acusação é a ofensa ao princípio constitucional do sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I)<sup>31</sup>. Contudo, expliquemos, brevemente, o que entendemos por sistema acusatório, antes de desenvolvermos esta primeira razão para sustentarmos a não recepção do assistente.

Compreender o Processo Penal como um sistema acusatório, tal como quer a *Lex Legun*, é perceber que tal compreensão implica em algumas conseqüências necessárias, colocadas em destaque por LUIGI FERRAJOLI, são elas: a) a *separação* rígida entre o juiz e a acusação; b) a paridade entre acusação e defesa; c) a publicidade e a oralidade do julgamento<sup>32</sup>. Note-se que o sistema acusatório possui outros elementos que, pertencendo historicamente à sua tradição, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico, são eles: a) a discricionariedade da ação penal; b) a elegibilidade do juiz; c) a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo; d) a exclusão da motivação dos julgamentos dos jurados, dentre outros. Perceba-se, assim, ainda segundo FERRAJOLI, que, por outro lado, são tipicamente próprios do sistema inquisitório: a) a iniciativa do juiz em campo probatório; b) a disparidade de poderes entre acusação e defesa; e c) o caráter escrito e secreto da instrução.

31. Sobre o assunto, é indispensável a consulta de PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

32. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

Com o escopo de caracterizar mais pormenorizadamente o sistema acusatório, é de grande relevância trazer à tona alguns esclarecimentos de JACINTO NELSON MIRANDA COUTINHO, com apoio em JOSÉ ANTÔNIO BARREIROS<sup>33</sup>, sobre o assunto, em função da clareza de suas palavras:

“(…) é possível referir que o órgão julgador é uma Assembléia ou jurados populares (Júri); que há igualdade das partes e o juiz (estatal) é árbitro, sem iniciação de investigação; que a acusação nos delitos públicos é desencadeada por ação popular, ao passo que nos delitos privados a atribuição é do ofendido, mas nunca é pública; que o processo é, por excelência e obviamente, oral, público e contraditório; que a prova é avaliada dentro da livre convicção; que a sentença passa em julgado e, por fim, que a liberdade do acusado é a regra, antes da condenação, até para poder dar conta da prova a ser produzida”<sup>34</sup>.

Releva notar, por conseguinte, que no sistema acusatório, o indivíduo autônomo, dotado de direitos naturais e originários e inalienáveis está no centro gravitacional do sistema. Logo, neste sistema o indivíduo não é abandonado ao poder do Estado, antes é um sujeito do processo, armado com o seu direito de defesa e com suas garantias individuais. Destarte, um processo penal acusatório é uma ordenação limitadora do poder do Estado em favor do indivíduo acusado, isto é, nas palavras de JORGE FIGUEIREDO DIAS, é uma “Magna Charta dos direitos e garantias individuais do cidadão”<sup>35</sup>, pois o Estado, protegendo o indivíduo, protege-se a si próprio contra hipertrofia do poder e os abusos no seu exercício.

Consigna, ainda, FIGUEIREDO DIAS, que o sistema acusatório é marcado de forma indelével pelos princípios “dispositivo, do juiz passivo, da verdade formal, da auto-responsabilidade probatória das partes (com a consequente repartição do ônus da prova) e da presunção de inocência do acusado”<sup>36</sup>. Note-se, ainda com o professor da Universidade de Coimbra, que o sistema acusatório produz, dentre outras, as seguintes consequências estruturais no processo penal: “a) ilegitimidade da prisão preventiva e, em geral, de quaisquer meios coercitivos contra o suspeito; b) asseguramento ao acusado de um direito de defesa tão amplo como o direito de acusação, bem como de uma posição processual e pré-processual equiparada à do acusador; c) a estruturação do processo penal como um autêntico processo de partes; d) total observância do princípio do contraditório; e) criação de um sistema estrito de legalidade da prova, na sua produção e na sua valoração; f)

33. BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

34. COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 37.

35. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 64.

36. *Op. Cit.* p. 65.

reconhecimento de uma certa disponibilidade pelas partes do objeto do processo (*thema decidendum*) como na extensão da cognição (*thema probandum*), como nos limites da decisão (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*)<sup>37</sup>.

Convém, ainda, ao cabo dessas breves considerações sobre o sistema acusatório, consignar que esse sistema não permite que o juiz desenvolva aquilo que CORDERO denomina como “quadro mental paranóico”<sup>38</sup>, em face de não ser, como assevera MIRANDA COUTINHO, “o gestor da prova pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a ‘sua’ versão”<sup>39</sup>, em outras palavras, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ou seja, forma-se um pré-conceito para que, durante a instrução, produza-se um conceito, com o escopo de que o julgamento seja um *reflexo do pré-conceito*.

Dessa forma, identifica-se uma conexão entre sistema acusatório e modelo *garantista*<sup>40</sup> e sistema inquisitório e modelo autoritário (de eficiência repressiva). Em síntese, pode se entender com sistema acusatório, um sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo, rigidamente separado das partes, que tem o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz com base em sua livre convicção.

Feitos tais esclarecimentos acerca do sistema acusatório, convém agora explicitar os motivos pelos quais entendemos que este serve de fundamento à tese da não recepção pela Constituição do assistente acusação. A nosso ver, a flagrante violação ao princípio do sistema acusatório fica escancarada quando o Código de Processo Penal atribui ao Juiz o poder para decidir acerca da admissão ou não do assistente de acusação.

Apesar do mesmo código determinar que deva ser ouvido previamente o Ministério Público acerca da admissão do assistente, tal dispositivo revela que

37. *Op. Cit.* p. 65.

38. CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986, p. 51: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo sui quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l’esito dove vuole.” –gno-.

39. COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal in Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 32.

40. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouck, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002, pp. 450-459.

a manifestação do Ministério Público, segundo o *codex*, tem natureza de mera *sugestão ou aconselhamento*, vez que, no momento seguinte, estabelece de forma clara que a decisão acerca da admissão fica a cargo do magistrado e, mais que isso, que essa decisão é, em tese, irrecorrível, o que acentua, mais ainda, a intenção do embolorado código, em restringir o alcance e o poder da manifestação do Ministério Público, afrontando, assim, claramente, o princípio do sistema acusatório. *Ora, como é possível tolerar a figura do assistente de acusação perante o princípio constitucional do sistema acusatório, se é o juiz que decide se o assistente de acusação poderá ingressar no pólo ativo da demanda ao lado do Ministério Público. Não se pode falar em princípio do sistema acusatório se ao Ministério Público, mesmo sendo titular privativo da ação penal, não é dado decidir acerca da admissão do assistente de acusação.*

Nesse sentido, cumpre destacar, com apoio em MARCELLUS POLASTRI LIMA, que a Constituição Republicana estabeleceu em seu artigo 129, I (promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei), que cabe ao Ministério Público a atribuição privativa de promover a ação penal, sendo, dessa forma, alçado à qualidade de *dominus litis*, ficando, *ipso facto*, inviabilizados, na atualidade, institutos jurídicos, como, por exemplo, o “promotor ad hoc” e a ação penal pública *ex officio*<sup>41</sup>, bem como o assistente de acusação.

Não se diga que tal argumento fica comprometido em razão da expressão *na forma da lei* mencionada na parte final do dispositivo. Se, é certo que tal expressão poderia autorizar ao intérprete mais desavisado que o assistente de acusação está em harmonia com o artigo 129, I, vez que o Código de Processo Penal seria a lei infraconstitucional incumbida de regulamentar a ação penal pública, também é certo, segundo MAZZILLI, que o entendimento correto de tal expressão é que “a legitimidade ativa do Ministério Público, na ação penal pública... é função institucional privativa do Ministério Público, e o que será feito na forma da lei é o como promover”<sup>42</sup>.

Enfrentado o primeiro argumento, passemos ao segundo.

### 3.2. Da quebra do princípio da isonomia processual

Outro aspecto a destacar é que admitir o assistente de acusação como auxiliar do Ministério Público, é, a nosso ver, violar frontalmente o princípio constitucional

41. LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 156-157.

42. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 101-102.

da isonomia<sup>43</sup>. Não é preciso um grande esforço intelectual para se constatar que com o ingresso do assistente de acusação no *caso penal*, há uma flagrante ofensa ao equilíbrio da relação jurídica processual, para uns, ou da situação jurídica, para outros. Não se trata de um argumento numérico, mas sim de uma constatação fática. Negar que o desequilíbrio entre as partes, é ofender a mais comezinha das inteligências.

A ofensa à isonomia<sup>44</sup> processual resta vislumbrada quer na maior facilidade que o pólo ativo terá para conferir credibilidade e verossimilhança a sua versão sobre os fatos, seja arrolando testemunhas, seja produzindo provas documentais, quer na maior capacidade que o pólo ativo terá para contrariar a versão apresentada pelo pólo passivo sobre esses. Note-se, assim, que comprometida a isonomia processual, resta também violado outro princípio de igual repercussão: o do devido processo legal<sup>45</sup>.

Ademais, ainda que desconsideremos tudo quanto dito, a existência do assistente de acusação, ofende, ainda, o princípio da isonomia, vez que se o fator de *discrimen* é a lesão aos interesses disponíveis da vítima decorrente da prática do delito, qual é a correlação lógica entre essa circunstância e o fato de se admitir o assistente de acusação no processo penal? A nosso ver, nenhuma. Vejamos. Se o processo penal é ramo do direito destinado a lidar com os interesses indisponíveis os quais foram afetados em razão da prática do delito, se o Ministério Público é o órgão incumbido da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis

43. Tal princípio foi concebido e analisado por Aristóteles em sua obra "*A Política*". Portanto, é de Aristóteles a definição clássica do princípio, qual seja, tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente.

44. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os critérios para identificação do desrespeito à isonomia são: a) determinação do fator de *discrimen*; b) correlação lógica entre fator de *discrimen* e a desequiparação procedida e c) a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição. Ainda segundo o professor da PUC/SP, o tempo não pode ser utilizado como fator de *discrimen*. Sobre o assunto consultar BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª edição. 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 21-44.

45. No que concerne ao princípio do devido processo legal, cabe pontuar, desde já, que, mais recentemente, este vem sendo entendido pela doutrina sob dois aspectos, a saber: processual (*procedural due process*) e material (*substantive due process*). Nesse passo, então, fala-se em devido processo legal em sentido processual e devido processo legal em sentido material. Naquele sentido, o devido processo legal é compreendido como o direito que todo cidadão tem de ter o prévio conhecimento do procedimento ao qual será submetido quando vier a ser processado, ou seja, o direito a conhecer com antecedência os atos processuais a que será submetido pelo Estado, em outras palavras, o direito a não ser surpreendido. Tomado no seu sentido material, este princípio tem seus limites territoriais expandidos, passando a conter dentro de si outros princípios, como, por exemplo, o princípio da isonomia entre as partes. Nessa perspectiva, o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como a garantia a um processo justo. A propósito, consulte-se NERY, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 5ª edição. São Paulo: RT, 1999, pp. 30-40 e 41-63. Cumpre assinalar, ainda, que o devido processo legal possui caráter constitutivo na seara processual penal, vez que não há crime nem pena, sem que haja processo. Logo, não se deve compreender tal princípio sob os mesmos moldes que esse é estudado pela doutrina processual civil.

(CRFB, artigo 127, *caput*) e se os interesses disponíveis devem ser discutidos na seara do processo civil, não há, portanto, qualquer razão a fundamentar a permanência do assistente de acusação no âmbito do processo penal.

Não fosse a falta de correlação lógica suficiente, a existência do assistente de acusação ainda ofende, por mais uma vez, o princípio em questão, vez que não há, a nosso ver, qualquer consonância da discriminação com os interesses de valores protegidos na Constituição. A discriminação procedida em razão da existência do assistente de acusação não encontra consonância com valores protegidos pela Constituição. Valores, como, por exemplo, o sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I).

Tecidas tais considerações, passemos ao argumento seguinte, qual seja, o alusivo a privatização do processo.

### 3.3. Do vestígio evidente do fenômeno da privatização do processo penal

Cumprido destacar que a existência do assistente de acusação no Código de Processo Penal em vigor, é um vestígio evidente do fenômeno de privatização do processo penal<sup>46</sup>. Pela expressão “privatização do processo penal”, entende-se o movimento político criminal que tem por finalidade conferir um papel de destaque à vítima no processo penal, ou seja, tornar a vítima um sujeito do processo, possibilitando à vítima o exercício da vingança<sup>47</sup>.

Sob o argumento de que, por muito tempo, a vítima foi colocada de lado pelo direito processual penal, busca-se, mais recentemente, reverter a todo custo esse quadro, atribuindo, desta forma, à vítima um papel de importância dentro deste ramo do direito. Contudo, ao se proceder, desta forma, macula-se o caráter de direito público do processo penal, desconsidera-se a natureza indisponível dos direitos com os quais lida processo e se sobreleva, em excesso, a busca da satisfação dos interesses da vítima<sup>48</sup>. Aliás, é esse o entendimento de SALO DE CARVALHO, ao asseverar que “a assistência ao Ministério Público é um resquício de privatização do processo penal – apesar da falácia sempre invocada de que o interesse não é penal, mas sim dos efeitos civis da condenação...”<sup>49</sup>.

46. LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 154.

47. CATENA, Victor Moreno. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Colex, 1999, p. 250.

48. JORGE, Alline Pedra. *Em Busca da Satisfação dos Interesses da Vítima Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 80.

49. CARVALHO, Salo. *Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo in Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 23.

Nesse passo, convém transcrever uma importante afirmação de BETTIOL sobre o assunto:

“...um alargamento das possibilidades e faculdades da vítima viria, na verdade, a subordinar todo processo penal a uma exigência de vantagens individuais, quando o indivíduo lesado dispõe de outras vias destinadas a obter o reconhecimento de suas pretensões. Não se pode ver na parte civil o titular de uma acusação privada, de modo a reconhecer-se-lhe a legitimidade de se substituir ao Ministério Público em matéria de recursos. Isto implicaria um alargamento inconcebível de faculdades e uma degradação do processo, de portador da justiça a simples instrumento de tutela de interesses privados”<sup>50</sup>.

Se, é certo, no que toca ao papel da vítima no processo penal, que o Estado toma como seu direito de outrem<sup>51</sup>, também é certo, que não se deve devolver à vítima o direito que foi expropriado. O que caracteriza um Estado civilizado e democraticamente orientado é, dentre outros fatores, a criminalização do exercício arbitrário das próprias razões (CP, artigo 345); é a construção do conceito de jurisdição, como atividade substitutiva dos interesses das partes<sup>52</sup>; é a incapacidade de sublimação das pessoas envolvidas no conflito, ou seja, de “sair do próprio conflito e, ao observá-lo de fora, verificar imparcialmente a resposta adequada ao caso”<sup>53</sup>. Portanto, não se deve acreditar tanto nos bons sentimentos humanos<sup>54</sup>.

Mais do que obter reparação pelos danos sofridos, o que a vítima realmente deseja ver saciado é o seu desejo de vingança<sup>55</sup>(vindita)<sup>56</sup>, ou porque não dizer, é aplicar o máximo de pena que a lei prevê e admite para o réu, já que o Estado de Direito não lhe dá o direito de matar esse. Lembremos novamente as palavras de

50. BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de Direito e Processo Penal*, tradução de Manuel da Costa Andrade. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 322.

51. AROCA, Juan Montero. *Principios del Proceso Penal: Una Explicación Basada en la Razón*, p.22.

52. Consigna Afrânio Silva Jardim que “o Estado sentiu a necessidade de criar mecanismos seguros para que a atividade jurisdicional se fizesse de maneira justa, independentemente da vontade ou interesse da parte privada... Na verdade, conseguiu-se este grande salto de qualidade através da institucionalização do Ministério Público, que pode ser considerado o verdadeiro ‘ovo de colombo’ para o processo penal que surgiu modernamente”, vide JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 23.

53. CARVALHO, Salo. *Teoria Agnóstica da Pena: O Modelo Garantista de limitação do Poder Punitivo in Crítica à Execução Penal – Doutrina, Jurisprudência e Projetos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20

54. “Grande preocupação foi imposta a todos os homens, e um pesado jugo carrega sobre os filhos de Adão, desde o dia em que eles saem do ventre de sua mãe, até o dia da sua sepultura.” “Isso acontece a todos os viventes, desde os homens até os animais, mas para os pecadores é sete vezes pior”. Eclesiástico, Capítulo 40, versículos 1 e 8.

55. LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 155.

56. É indispensável a leitura de STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 158-160. Entre nós, sustentam, também, a inconstitucionalidade do assistente de acusação no processo: STRECK e POLASTRI.



CARVALHO, “o processo penal é revestido de uma instrumentalidade garantista, direcionada à defesa do imputado/réu contra os poderes públicos e/ou privados desregulados, e não da vítima”<sup>57</sup>.

Não fossem tais considerações por si só suficientes, convém advertir que trazer a vítima ao processo é “deflagrar um *processo de revitimização*, potencializando novamente os efeitos da lesão sofrida anteriormente, pois se o escopo do processo é a reconstrução de um fato pretérito não mais passível de experimentação para solucionar o caso penal, ao proporcionar tal experiência à vítima, estaríamos fazendo com que ela revivesse aquele momento de dor e de angústia”<sup>58</sup>.

Por tudo quanto dito, constata-se que a proposta de revitalização da vítima na seara penal, além de ser um vestígio evidente da privatização (comercialização) do processo penal, é também uma compreensão ingênua do “bicho homem”, como sendo capaz de dirimir um dissenso em momentos de crise. Trata-se uma visão cínica do homem que tem como escopo encobrir suas perversões.

Com efeito, adverte FIGUEIREDO DIAS:

“...na generalidade dos países europeus continentais só muito excepcionalmente se admite a intervenção dos particulares no processo penal, ao lado do MP ou mesmo a ele subordinados; tal intervenção, quando admitida, é-o quase sempre só na função de parte civil, isto é, limitada ao exercício de acções civis resultantes da infração penal”<sup>59</sup>.

Feitas tais explanações, analisemos, agora, o próximo argumento.

### 3.4. Do atendimento dos fins econômicos e financeiros da vítima (*an debeat*)

No nosso sentir, a existência do assistente acusação no Código de Processo Penal em vigor é, antes mais nada, um claro sinal dado pelo legislador de 1941 no sentido de atender os objetivos econômicos da vítima (*an debeat*). Este sinal, a um só tempo, incorre em duas grandes falhas, quais sejam, deturpa a finalidade primacial a que se destina o processo penal (reconstituição do fato pretérito supostamente delituoso) e revela a intenção de não discutir o caso, no que tange aos seus aspectos financeiros, com a necessária profundidade na seara do processo civil. Note-se que a celeridade na reparação do dano da vítima, pode significar o prejuízo de difícil reparação ao imputado.

57. *Op. cit.* p. 21.

58. *Op. cit.* p. 22.

59. *Op. cit.* p. 508.

Sobre o assunto consigna POLASTRI:

“...não convence, vez que terá o ofendido a oportunidade de executar a ação penal condenatória, podendo, se preferir discutir o mérito de sua pretensão, ingressar no juízo cível, inclusive com maior amplitude, sabido que a culpa cível é mais abrangente do que a penal”<sup>60</sup>.

Repita-se, mais uma vez, o processo penal como ramo do direito público e como palco de conflitos acerca de direitos indisponíveis, não pode se prestar a atender os fins econômicos da vítima, o que seria um claro desvirtuamento deste. Não desconhecemos a recente discussão acerca da inexistência de direitos indisponíveis, sob o argumento, em síntese apertada, de que todo direito no momento que é exercitado por meio da ação é disponibilizado pelo autor<sup>61</sup>. Contudo, julgamos que tal tese é equivocada, tanto porque confunde direito material com direito processual, quanto porque não é adequada ao processo penal (podendo ter alguma prestabilidade ao processo civil), vez que, aqui, o autor da ação é o Ministério Público, e não um particular.

Com efeito, o processo civil e o processo penal devem ser compreendidos como *diferentes tipos de processo*, determinados pela especificidade dos valores cuja ponderação cabe ao respectivo ramo do de direito material. Esta diferenciação é produto de uma exigência teleológica e funcional de adequação à especificidade das normas substantivas que aqueles tipos processuais têm de realizar na vida concreta do Direito. Logo, é intolerável a prática da importação de institutos do processo civil para o processo penal, pelo contrário, deve-se reconhecer a profunda diversidade e autonomia, mesmo científica, do direito processual penal. Desta forma, é indispensável um estudo do processo penal que seja colocado e conduzido de modo completamente autônomo. Enfim, ao processo civil cabe uma natureza *privatística*, e ao processo penal, pelo contrário, uma natureza e uma estrutura *publicísticas*<sup>62</sup>.

Analisemos, então, o próximo argumento.

### **3.5. Da admissibilidade contraditória de que o Ministério Público necessita de auxílio**

Outro aspecto que, a nosso ver, reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação, é a admissibilidade contraditória de que o Ministério

60. *Op. cit.* p. 159.

61. CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp.31-67.

62. *Op. cit.* pp. 52-57.

Público, órgão do Estado, necessita de auxílio. Em outras palavras, admitir a existência do assistente de acusação significa que o Estado antecipadamente, mesmo antes do ingresso do assistente na ação penal pública, admite, em tese, só pelo fato de prevê legalmente este sujeito processual, que não tem capacidade de promover, de forma privativa, a ação por meio do Ministério Público, vez que reconhece a necessidade de ser auxiliado pelo assistente.

Nesse sentido, também é o entendimento de POLASTRI, ao afirmar que é “ilógico tal “auxílio”, pois o Estado não poderia admitir deficiências em seu próprio instrumento, deixando o Ministério Público sob a desconfiança de um precário desempenho na realização da pretensão punitiva, considerando-se que somente ao Estado pode interessar a aplicação da pena”<sup>63</sup>.

Em outras palavras, aquele que precisa de auxílio e estampa essa necessidade, antecipadamente, de forma genérica e abstrata, na norma processual penal, reconhece, também, a precariedade a sua capacidade em promover a ação penal. Mas não apenas isto. A nosso ver, admitir que o Ministério Público precisa de auxílio é, também, ofender outro princípio constitucional, qual seja, o da autonomia funcional. Ou seja, a necessidade de auxílio é, a um só tempo, o atestado da incapacidade de promover de forma privativa a ação penal e o certificado da violação à autonomia funcional<sup>64</sup>. Note-se que, a nosso ver, a autonomia funcional implica em três pressupostos, são eles: a) a existência de uma lei orgânica; b) a capacidade de elaborar a sua proposta orçamentária; e c) a titularidade de uma função que lhe seja específica<sup>65</sup>.

Diante do exposto, conclui ARAMIS NASSIF, ao tratar sobre o tema:

“Certamente, a jurisprudência nacional, ainda relutante, saberá expurgar do sistema jurídico brasileiro a figura do assistente de acusação, eis que seu malefício destaca-se no Tribunal do Júri, onde, até mesmo, em constrangedora colisão com o pensamento do Ministério Público, sua atuação, patrocinada pela família da vítima, obriga-o a acusar, numa estranha e triste similitude com o princípio da obrigatoriedade defensiva, gerando lamentável perplexidade no Conselho de Defesa”<sup>66</sup>.

Enfrentemos o próximo argumento.

63. *Op. cit.* p. 159.

64. AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional* in Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.

65. *Op. cit.* pp. 35-39.

66. NASSIF, Aramis. *Júri – Instrumento de Soberania Popular*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p.101.

### **3.6. O assistente de acusação como uma derivação de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República**

Releva notar, ainda, que o assistente de acusação é derivação de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República. Isto é, um Estado de Direito Liberal, marcado por direitos de primeira geração (*liberdade*), é um Estado no qual o indivíduo desconfia do Estado e, por conseguinte, tem como principal finalidade proteger seus direitos dos abusos ou descaso do Estado. Nesse sentido, o assistente de acusação, pode ser entendido como um sintoma de desconfiança da vítima e perda de credibilidade do Estado, na medida em que aquela quer ver reconhecido o seu direito de indenização.

Se, é certo que a Constituição de 1988 relacionou um extenso rol de garantias individuais no seu artigo 5º, o que poderia ser considerado como uma evidência clara de um Estado Liberal, também é certo, que esta mesma Constituição, em muitas oportunidades, como, por exemplo, ao tratar da ordem econômica, em seu artigo 170 (e seguintes), exige do Estado uma postura ativa dentro da sociedade brasileira contemporânea, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (CRFB, art.174, *caput*)<sup>67</sup>.

Sendo assim, podemos concluir que a Constituição de 1988, não é um estatuto que traz consigo apenas uma modalidade e/ou geração de direitos, mas sim apresenta, ao mesmo tempo, diversas gerações de direito (direitos de primeira, segunda e terceira geração – *liberdade, igualdade e fraternidade*)<sup>68</sup>. Contudo, apesar de tal afirmação, é forçoso reconhecer, por outro lado, que o Estado Brasileiro, no momento histórico atual, caminha em direção ao Estado de Bem Estar Social, isto é, há uma *tendência* ao Direito Público. Nesse contexto, para nós, o assistente de acusação é um resquício de um Estado Liberal-Individualista, marcado por direitos de primeira geração, ou seja, de um Estado retraído, passivo e meramente observador.

Nesse sentido, são elucidativas as palavras de LÊNIO LUIZ STRECK, ao versar sobre argumentos sociopolíticos:

67. Nesse sentido é o entendimento de GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 11ª edição*. São Paulo: Malheiros, pp. 257-386.

68. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção dos Direitos Humanos e o Brasil*. Brasília, Ed. da UnB, 1998, pp. 133-134.

“...não se pode admitir, no momento em que se caminha mais e mais em direção ao Direito Público, um retrocesso que sustente aspectos privados no processo penal. A figura do assistente de acusação é condizente com um direito liberal-individualista, de cunho ordenador, instituído em dado momento histórico”<sup>69</sup>.

Tecidas tais considerações, vejamos o próximo argumento.

### 3.7. Do reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor)

Não fosse suficiente tudo quanto até aqui dito, convém salientar que a figura do assistente de acusação é, a nosso ver, um reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor). Aliás, este também é o entendimento de LÊNIO LUIZ STRECK, ao afirmar que “é de frisar que a manutenção da figura do assistente de acusação reforça a tese do *direito penal do autor*, que deve ser combatida”<sup>70</sup>.

Conceber o Direito Penal como um Direito Penal de Autor é entender o delito como um signo ou sintoma de inferioridade moral, biológica ou psicológica, é compreender o ato apenas como uma lente que permite ver alguma coisa daquilo que onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor, ou seja, a essência do delito reside em uma característica do autor que explica a pena<sup>71</sup>.

Destarte, o direito penal do autor sustenta que o delito é um sintoma de um estado do autor, o qual é inferior as demais pessoas ditas normais. Esta inferioridade é, para uns, de *natureza moral*, sendo, nesse sentido, *uma versão secularizada de um estado de pecado jurídico*, enquanto que, para outros, é de *natureza mecânica*, tratando-se, assim, de um *estado perigoso*. No sentido de natureza moral, o delito tem uma *função de divindade pessoal*; enquanto natureza mecânica, o delito é uma *divindade impessoal e mecânica*<sup>72</sup>.

Diante deste quadro, o Estado é uma escola autoritária, na qual o valor fundamental é a disciplina, marcada por pautas, as quais devem ser introjetadas (não apenas cumpridas) por todos os organismos sociais. Logo, não se censura o ato, mas a própria existência daquele infringe a norma, tendo-se, assim, um *estado de periculosidade*<sup>73</sup>.

69. STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 159.

70. *Op. cit.*, p. 159.

71. ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. 2ª edição*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 131.

72. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 131.

73. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 132.

Neste Estado, tanto os criminalizados quanto os operadores judiciais não são pessoas, mas sim coisas complexas, que travam, entre si, uma batalha, como aquela que se dá entre parasitas e leucócitos, dentro do organismo social, e que tem por escopo preservar a saúde social, não deixando de possuir, é claro, características estigmatizantes e moralizantes. Nega-se, desta forma, a própria qualidade de pessoa, percebendo-se, por conseguinte, que o direito penal do autor é produto de um crítico desequilíbrio deteriorante da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º)<sup>74</sup>, daqueles que o sofrem e o praticam<sup>75</sup>.

Ainda acerca do Direito Penal de autor ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, esclarecem:

“...encontra-se o novo direito penal de autor que, sob a forma de direito penal de risco, antecipa a tipicidade na direção de atos de tentativa e mesmo preparatórios, o que aumenta a relevância dos elementos subjetivos e normativos dos tipos penais, pretendendo assim controlar não apenas a conduta mas também a lealdade do sujeito ao ordenamento. Em algum sentido, tal direito tende a incorporar uma matriz de intervenção moral, análoga à legislação penal das origens da pena pública, com o acrescido inconveniente de presumir dados subjetivos, a partir da afirmação de que a responsabilidade provém de processos de imputação objetiva baseados em expectativas normativas, e não em reais disposições intelectivas internas do sujeito que atua. Esta orientação culmina com o retorno à presunção do dolo, através da chamada normatização, que prescinde da vontade real”<sup>76-77</sup>.

Pois bem. Ante o exposto, pensamos que o assistente de acusação é um sinal translúcido de um Direito Penal do Autor, seja porque o réu não é entendido como um sujeito de direitos, mas sim como uma “coisa pecaminosa”, seja porque o assistente de acusação é expressão de um estado de periculosidade.

Analisemos, então, o argumento seguinte.

74. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª edição, 2004.

75. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 133.

76. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 133.

77. Sobre o Direito Penal de Risco e os Processos de Imputação Objetiva, consulte-se ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Editorial Civitas, 1997, tomo I, bem como JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamento y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons Libero Editor, 1997, 2ª edição. No Brasil, consulte-se TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 e GRECO, Luis. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

### 3.8. Da desconsideração de que a vítima, por vezes, contribui para ocorrência do delito

Cumprido, neste momento, destacar que a vítima não desempenha exclusivamente o papel de sujeito passivo no momento da prática do delito<sup>78</sup>. Note-se que a vítima pode desempenhar um papel de grande relevância para a prática do delito<sup>79</sup>, ou seja, para que o delito aconteça<sup>80</sup>. Nesse sentido, em algumas oportunidades, o comportamento da vítima servirá como uma causa de diminuição de pena especial, como, por exemplo, no denominado homicídio “privilegiado”, quando o agente age sob violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima (CP, artigo 121, parágrafo primeiro).

Em outro momento, no que toca ao crime de injúria, a vítima pode ter seu comportamento caracterizado como provocação reprovável, autorizando, nesse caso, o juiz a conceder o perdão judicial (CP, artigo 140, parágrafo primeiro, inciso I), ou seja, o comportamento da vítima servirá como causa de extinção da punibilidade do delito em questão (CP, artigo 107, inciso IX). E, em outras ocasiões, quando da aplicação da pena, no momento do aferimento da *pena base*, em obediência ao artigo 59, *caput*, do Código Penal Brasileiro, o comportamento da vítima deve ser tomado como uma das *circunstâncias judiciais*.

Por isso, avaliar o instituto processual do assistente de acusação passa também por avaliar o papel da vítima no momento da prática do delito, na medida em que o processo penal é a reconstituição deste fato pretérito<sup>81</sup> que deve ser compreendido como um *caso penal*. Desconsiderar a contribuição da vítima, em certos casos, para a prática do delito, é desconsiderar o vínculo indissolúvel entre o direito material e o direito processual. Em outras palavras, ao se entender a vítima como parte integrante do fenômeno que enseja a prática do delito, entende-se que, nessas ocasiões (em que o comportamento da vítima for decisivo para a consumação do delito), esta, a nosso ver, em hipótese alguma, poderá constituir assistente de acusação, vez que sua ação foi determinante para o desencadeamento da ação delituosa.

78. Convém destacar a importância dos estudos acerca da Vitimologia, ciência que estuda a vítima. Sobre o assunto, consulte-se KOSOVSKI, Ester & SÉGUIN, Elida. *Temas de Vitimologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

79. OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e Direito Penal: O Crime Precipitado ou Programado pela Vítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

80. OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A Vítima e o Direito Penal – Uma Abordagem do Movimento Vitimológico e de Seu Impacto no Direito Penal*. São Paulo: RT, 1999.

81. Convém salientar, ainda, que, a nosso ver, a figura do assistente de acusação só se justifica num processo penal crente no mito da verdade real. Para um a análise crítica desse dogma em franca decadência, leia-se BAPTISTA, Francisco das Neves. *O Mito da Verdade Real na Dogmática do Processo Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Note-se que tal argumento não tem por finalidade inviabilizar a assistência apenas nessas situações. Pensamos tal argumento como um complemento aos demais até aqui apresentados, mas que, inegavelmente, tem seu âmbito de aplicabilidade mais reduzido, quando comparado aos outros.

Passemos, então, ao argumento seguinte.

### **3.9. Da supervalorização do fim retributivo da pena, conduzindo o processo penal a um perigoso e excessivo fim de retribuição da pena**

Inicialmente, convém consignar que o *retribucionismo* ou o *neo-retribucionismo* (uma espécie de “nostalgia” de KANT e de HEGEL) é, em certa medida, uma decorrência do fracasso da prevenção especial positiva e de apelos emocionais e demagógicos. O emprego do vocábulo tornou-se tão vulgar que combater o seu uso não é apenas divergir de uma “teoria” funcional da pena, mas, principalmente, de despertar para um elemento autoritário para o encerramento de um discurso<sup>82</sup>.

Não é errado afirmar que uma das grandes razões para a rápida disseminação da idéia de que a retribuição é a essência da pena, reside no seu múltiplo sentido. Tal circunstância é, sem dúvida, um ótimo argumento retórico para qualquer problema sem solução, vez que permite que, diante de uma objeção a um dos significados da expressão, lance-se mão de um dos outros<sup>83</sup>.

O primeiro sentido que se pode atribuir à expressão é o *sentido kantiano de retribuição*. Tal sentido decorre de uma teoria extremamente radicalizada da defesa social e elaborada de modo dedutivo, que não tolera qualquer contaminação com dados empíricos. Embora não se possa negar que tal teoria seja o maior esforço do racionalismo acerca da pena, não se pode admitir a sua utilização mesclada a dados empíricos falsos com o escopo de encobrir prévias decisões arbitrárias sob o argumento de reintegrar o direito violentado pelo agente ou restabelecer a ordem jurídica ofendida pelo delito. Sendo assim, tal sentido não colhe convencimento<sup>84</sup>.

Um outro sentido que se pode conferir a expressão, quando se assevera que a pena é retribuição, é a de ser um *juízo fático*. Entrementes, a pena não é, em verdade, uma retribuição derivada do delito, já que, como demonstram as cifras negras, um número expressivo de pessoas o pratica, mas o poder punitivo só seleciona os inábeis, de modo que se alguma coisa está retribuída é a inabilidade, e

82. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 141.

83. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

84. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.



não o delito. Se, por outro lado, se desejar afirmar que a *pena deve ser retribuição (juízo normativo)*, vários inconvenientes existirão, são eles: a) a estrutura do poder punitivo (sistema punitivo) não o permite, ou seja, se quer que alguma coisa seja o que jamais poderá ser; b) não há qualquer explicação razoável para o motivo que fundamenta a necessidade dessa retribuição; c) não se justifica que a vítima sofra o mal e o Estado confisque para si a retribuição. Note-se que os dois últimos inconvenientes só podem ser solucionados à luz de uma “teoria” preventiva positiva da pena, reduzindo-se, com isso, o espaço do retribucionismo. Portanto, também aqui, a expressão tomada nesse sentido deve ser desprezada<sup>85</sup>.

Um terceiro sentido para expressão reside na afirmação de que a *pena tem função retributiva*. Tal sentido é ainda mais inadmissível, pois não há como entender uma função retributiva desvinculada do propósito de reparação, vez que a retribuição não é um fim em si mesmo, nem mesmo para KANT, mas sim um meio que só se justifica quando associado aos objetivos de reparação ou de vingança. Todavia, quaisquer dessas duas finalidades estão vinculadas ao ofendido, ao contrário da pena, portanto, também, esse sentido é imprestável.

Para outros, a retribuição é um *limite da pena* ou sua *medida*. Neste sentido, a retribuição não é uma “teoria” da pena, mas sim um critério de limite ou de quantificação, o qual é formalmente obscuro e politicamente irracional. Tal idéia demonstra sua irracionalidade quando se pergunta pelo ente ao qual se retribui, isto é, se é o resultado, se é a vontade, se é a lesão, se é o caráter... Ademais, em tal sentido, a retribuição é reduzida ou, a critério quantificador dos defensores da prevenção geral, ou a limite máximo dos adeptos da prevenção especial. Logo, novamente, a expressão não se justifica<sup>86</sup>.

Talvez o único sentido prestável da expressão seja o de entendê-la como um *princípio regulador*. Aliás, esse é o pensamento de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, que assim consignam:

“(…) se com a criminalização primária o estado confisca um conflito, sua intervenção – por excluir a vítima, bem como por ser de altíssima seletividade e de grande violência – não pode ser apresentada como racional, mas sua irracionalidade reconhece graus, e chegaria ao limite intolerável quando não houvesse equivalência a magnitude da lesão (ou com esta mantivesse certa relação) que o conflito provoca, pois, neste caso, o conflito seria apenas o pretexto para que o poder atuasse na medida de sua vontade omnimoda”<sup>87</sup>.

85. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 142.

86. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 143.

87. *Op. cit.* p. 143.

Em outros termos, entendida a retribuição como *princípio regulador* (ou *princípio da mínima proporcionalidade da intervenção punitiva*) afirmar-se os limites mínimos aos quais deve se subordinar o exercício do poder punitivo, não como uma consequência racional de uma suposta “teoria retributiva da pena”, mas sim como uma exigência de contenção da irracionalidade do poder<sup>88</sup>.

Pois bem. Tecidas tais considerações preliminares acerca do caráter retributivo da pena, faz-se necessário perceber que a admissão do assistente de acusação é em grande medida uma supervalorização do fim retributivo da pena. Ou seja, é a via mais curta para que a vítima busque, a um só tempo, a sua reparação (o ressarcimento introduzido no exercício do poder desloca para a coerção reparadora a seletividade deste, o que, unido à *seleção vitimizante*, só reproduziria o modelo discriminatório punitivo)<sup>89</sup> e a sua vingança, com o respaldo da coisa julgada. Em outras palavras, viabiliza-se ao ofendido a possibilidade de legitimar com a benção do Estado os seus desejos de reparação e de vingança, e o pior, com amparo da coisa julgada.

Conduzir o processo penal por esse caminho, qual seja, o da retribuição, é conviver com um processo penal perigoso, destituído de qualquer instrumentalidade garantista. Repita-se: a existência do assistente de acusação no processo penal contemporâneo é a viabilização de forma mascarada do caráter retributivo da pena. Nesse passo, ousamos dizer mais, o assistente de acusação é uma aproximação do Estado com a vítima, que após confiscar o conflito originário desta, parece proceder uma *juízo de compensação* para com essa, de sorte a que ambos alcancem, no que toca ao acusado previamente selecionado, os objetivos que perseguem.

Passemos, então, ao estudo do próximo argumento.

### **3.10. A previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental**

No que tange à ação penal privada subsidiária da pública, o primeiro aspecto que se deve destacar acerca desta é que esta foi guindada na Constituição de 1988 à qualidade de direito e garantia individual fundamental, tendo sido prevista no artigo 5º, inciso LIX. Antes de analisarmos tal espécie de ação sob o espectro do assistente de acusação, é conveniente afirmar, desde já, que este tipo de ação só

88. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 143.

89. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 357.

tem razão de ser diante da inércia do Ministério Público, não perdendo este órgão a titularidade da ação, funcionando, como adverte AFRÂNIO SILVA JARDIM, como verdadeira *fiscalização anômala do princípio da obrigatoriedade da ação pública*<sup>90</sup>.

Sendo assim, em nosso sentir, a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública reforça a tese da não recepção pela Constituição do assistente de acusação<sup>91</sup>. A uma, porque tal previsão revoga qualquer disposição da legislação infraconstitucional que autorize outra e qualquer limitação à promoção privativa da ação penal pública pelo Ministério Público. A duas, porque tal previsão é a única exceção contemplada pelo constituinte originário à regra geral de que o Ministério Público é o *dominus litis*. A três, porque tal exceção não pode ser ampliada sequer por emenda constitucional, vez que a ação penal privada subsidiária da pública é *cláusula pétrea*<sup>92</sup>. E a quatro, porque somente a Constituição pode excepcionar regra geral por ela contemplada.

Não se diga, por outro lado, que a ação penal privada subsidiária da pública legitima o assistente de acusação, na medida em que amplia os poderes do ofendido dentro do processo penal, ou como querem outros, se a Constituição autoriza ao ofendido o mais, oferecer a ação penal, autoriza o menos, admitir o assistente de acusação. Tal argumento é falacioso, vez que, simultaneamente, incorre em dois sérios equívocos, são eles: a) negligencia a circunstância de que, mesmo na ação penal privada subsidiária da pública, o Ministério Público continua sendo o titular da ação penal; e b) omite o importante detalhe de que a vítima somente poderá exercer a ação penal na qualidade de autora, se, e somente nesse caso, houver inércia do membro do Ministério Público.

Portanto, a nosso ver, a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que o constituinte originário pretendeu conferir a vítima no processo penal moderno, qual seja, limitar a atuação desta no processo penal, no caso, não admitir o assistente de acusação.

90. JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública – Princípio da Obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 113.

91. LIMA, Marcellus Polastri. *Temas Controvertidos de Direito e Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 160-161.

92. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2000, pp. 481-485.

**3.11. Da ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a decisão que admite, ou não, o ingresso do Assistente de Acusação no processo, não tem como pressuposto o oferecimento de oportunidade ao réu para poder se manifestar sobre a mesma, apesar de sofrer as conseqüências decorrentes dessa**

Tem, ainda mais, poder de convencimento a tese da não recepção do assistente de acusação, quando se verifica, em sede da legislação infraconstitucional, que o ato que admite ou não o assistente de acusação ofende claramente o princípio constitucional do contraditório, uma vez que não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor, em momento algum, a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação. A decisão que admite ou não o assistente de acusação, ao contrário do que pontua o código, não tem natureza de despacho, mas sim de decisão interlocutória simples. Ora, se assim o é, como toda e qualquer decisão, deve ser fundamentada e deve ter como pressuposto necessário, para que seja legítima, o respeito ao contraditório. Sendo assim, mister se faz que façamos algumas considerações acerca de tal princípio.

Note-se que o princípio do contraditório é a tradução moderna das velhas máximas *audiatur et altera pars* e *nemo potest inauditum damnari*. Logo, toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação, mas também as da defesa. Por conseguinte, o princípio do contraditório repudia uma estrutura de processo penal baseada no sistema inquisitório<sup>93</sup>.

Com razão, é possível afirmar que o princípio do contraditório aponta para uma concepção de processo como “diálogo” da acusação, da defesa e do juiz; fundamenta a exigência de que o réu se arme com um efetivo e consistente direito de defesa; oportuniza a possibilidade de oposição e contestação ou manifestação sobre os atos do processo. Com o intuito de atribuir maior fixidez e concretização a este princípio, o processo penal moderno lhe conferiu autonomia substancial tanto do decadente dogma da verdade material quanto do direito de defesa, concebendo-o, então, como *princípio ou direito de audiência*. Em outras palavras, *oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através de sua audiência pelo tribunal, no decurso do processo*. Com este conteúdo, então, o princípio do contraditório foi elevado à qualidade de princípio constitucional<sup>94</sup>.

93. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 149-152.

94. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal*. 1ª edição 1974. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 152-153.

Note-se que o princípio do contraditório é um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (CRFB, artigo 1º), na medida em que o réu não é transformado em *objeto* de decisões judiciais, mas sim continua como *sujeito*, participando de modo ativo e eficaz do processo. Ademais, mister se faz perceber que o princípio da audiência é expressão do *direito à concessão de justiça* (ou *pretensão à concessão de tutela jurídica*), ou seja, é o outro verso da moeda do *monopólio estatal da função jurisdicional*<sup>95</sup>. Nesse sentido, se pode afirmar, então, que o princípio da audiência exige que os sujeitos processuais sejam co-participantes da elaboração da decisão judicial, enquanto que o monopólio estatal da jurisdição implica tanto na proteção de situações jurídicas substantivas quanto na *posição processual* daqueles que sejam afetados pela decisão<sup>96</sup>.

Somente se respeitando o princípio do contraditório, será possível declarar o direito do *caso penal concreto* e se perceber, em toda a sua amplitude, o caráter *criador* do processo. O respeito ao contraditório, assim, tem como conseqüência, na medida em que este é reconhecido pelo Estado de Direito Social, a tutela da *livre realização da personalidade ética* de cada membro da sociedade. Destarte, a declaração do direito do caso penal concreto não é apenas tarefa do juiz (concepção carismática do processo), mas, principalmente, tarefa de todos que participam do processo<sup>97</sup> (*concepção democrática do processo*).

Releva notar que com o princípio do contraditório está em jogo a relação entre *Pessoa* e o “seu” *Direito*. Enfatize-se, uma vez mais, o contraditório é co-participação de todos os interessados na criação da decisão. Sendo assim, o princípio da audiência tem *dupla natureza*, pois é *direito subjetivo* da parte, isto é, *direito subjetivo público* contra o Estado, bem como *norma objetiva* que assegura as partes o seu exercício. Desta forma, o titular do direito de audiência é todo aquele participante no processo relativamente ao qual deva o juiz tomar qualquer decisão que pessoalmente o afete<sup>98</sup>.

Veja-se, assim, que quanto à sua abrangência, o princípio do contraditório se dirige a *toda e qualquer decisão*, qualquer que seja a fase do processo, desde que

95. Em outras palavras, o princípio do contraditório é a moeda de compensação que o Poder Constituinte concedeu ao cidadão como uma contrapartida ao monopólio e o caráter substitutivo do Poder Jurisdicional, bem como é elemento de legitimação da decisão judicial, enquanto exigência de democratização (aquele que será afetado pela decisão deve ter a oportunidade de influir na sua elaboração) desta.

96. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 154-157.

97. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 158-159

98. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 160-161

aquele que o exerça possa ser afetado pela decisão judicial. Note-se, assim, que a *possibilidade de ser afetado pela decisão é requisito* indispensável para aplicabilidade do princípio. Mas não é apenas isto. Quando se diz que o contraditório exige que se garanta a devida *oportunidade processual* ao sujeito, se quer dizer com isso que tal oportunidade deve reunir as seguintes características, são elas: a) conhecimento tempestivo do lugar, tempo e objeto do debate; b) concreta possibilidade de se preparar para intervenção; e c) efetiva possibilidade de intervir. Por conseguinte, não interessa ao princípio o uso que o seu titular faça da oportunidade, inclusive o seu não-uso, isto já não integra o contraditório. Em síntese: a surpresa não convive com o contraditório<sup>99</sup>!

Ao cabo dessas breves considerações sobre o princípio do contraditório, insta salientar que a presença física constante do sujeito na audiência de discussão e julgamento é um postulado fundamental do contraditório e da audiência, disto decorrendo tanto o *direito de presença* quanto o co-respectivo *dever de comparecimento*<sup>100</sup>.

*Ex posit*, quando não se oportuniza ao réu ou ao seu defensor a possibilidade de se manifestar sobre a admissão do assistente de acusação, fere-se, por duas vezes, o contraditório, quer pela falta de oportunidade, quer pelas conseqüências nocivas que o réu é obrigado a suportar sem ter se manifestado. Afirmar que o ingresso do assistente de acusação no feito não atinge a esfera jurídica do réu, é, a um só tempo, subordinar a Constituição ao Código de Processo Penal, ocultar a orientação seletiva da criminalização secundária<sup>101</sup>, encobrir a seleção vitimizante secundária<sup>102</sup> e mascarar o poder do jurista<sup>103</sup>.

Enfrentemos o último argumento por nós sustentado.

### **3.12. Da violação do princípio da oficialidade (monopólio do poder punitivo do Estado; indisponibilidade dos direitos)**

Cumpra por em relevo, inicialmente, que o *princípio da oficialidade* tem por conteúdo a questão referente a quem compete a iniciativa (o impulso) de investigar a prática de uma infração e a decisão de submetê-la ou não a julgamento,

99. DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Processual Penal. 1ª edição 1974*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, pp. 161.

100. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milano: Dott. A. Giuffrè – Editore, 2006, pp. 83-95.

101. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp. 44-45.

102. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp. 53-55.

103. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, pp. 63-64.

bem como a de dar impulso aos demais atos durante curso do processo. Se, é certo que o Direito Penal é o direito de proteção de bens jurídicos fundamentais da comunidade e, se, é certo que o Processo Penal é, acima de tudo, um *assunto da comunidade jurídica*, forçoso é concluir que o princípio da oficialidade reputa ser a promoção processual das infrações uma tarefa estatal, por conseguinte, em *completa independência da vontade e da atuação de quaisquer particulares*.

Ademais, destaque-se que o princípio da oficialidade é uma *criação dos tempos modernos* e que, com ele, a instrução preparatória do processo penal é tarefa exclusiva de entidades oficiais não jurisdicionais. Releva notar, ainda, que tal princípio acentua o caráter público da ação penal e estabelece que o Estado é o titular *exclusivo* da acusação penal. Mais que isso, o princípio da oficialidade é um *corolário do princípio da separação dos poderes*, na medida em que a atribuição da iniciativa privativa da ação penal ao Ministério Público preserva o equilíbrio entre os Poderes da República<sup>104</sup>.

Diante disso, ao epílogo da exposição destes argumentos, sustentamos, ainda, que a existência do assistente de acusação no cenário do processo penal contemporâneo democrático acaba por se constituir numa violação do princípio da oficialidade, tanto porque evidencia uma ofensa ao monopólio do poder punitivo do Estado, quanto porque caracteriza um sinal de desrespeito à indisponibilidade dos direitos. Pode-se dizer, assim, que, nesse sentido, o Código de Processo Penal de 1941 é esquizofrênico, vez que, a um só tempo, reivindica para si um caráter essencialmente público, seja na investigação dos fatos, seja na *persecutio in iudicio*, e apresenta nítidos vestígios de institutos vinculados umbilicalmente a interesses privados, nomeadamente, *in casu*, a existência do assistente de acusação. Aliás, nessa linha de pensamento, entendemos, também, que, em caráter de *lex legum*, deve o legislador infraconstitucional descriminalizar os delitos de ação penal privada, bem como as contravenções e preservar os delitos de ação penal pública, desde que associados a uma política de despenalização (utilização mais intensa de outras espécies de pena, que não a de privativa de liberdade) e redução significativa das penas privativas de liberdade.

Feitas tais explicações sobre os argumentos acima relacionados, analisaremos, agora, os aspectos político-criminais e criminológicos relativos à não-recepção do assistente de acusação.

104. Sobre a natureza jurídica do Ministério Público, consulte-se AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional* in Revista Forense. Rio de Janeiro: v. 376, p. 35-43, 2004.

#### 4. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS ACERCA DO TEMA

Inicialmente, no que tange à Criminologia, convém assinalar que, na atualidade, não há um discurso hegemônico, já que não há poder social com capacidade para assumi-lo. O Poder Econômico Globalizado se impõe frente aos poderes políticos nacionais sem que exista um poder acima das nações capaz de barrá-lo. É inegável que os estados, tomados em seu sentido tradicional, experimentaram uma drástica perda de atributos da *soberania*. O diminuto poder político dos países se vê impossibilitado de solucionar a demanda crescente de conflitos decorrentes das características excludentes do poder econômico globalizado. Na era da revolução tecnológica, o Estado é um mero *expectador*, que deixa viver e deixa morrer, não porque permite, mas porque é impotente diante do poder econômico globalizado. Nesse contexto, se assiste o aumento do poder autônomo das Polícias, as quais, ao contrário do discurso tradicional demagógico, monopolizam os mercados ilícitos (de drogas, armas etc.) e, diante de qualquer ensaio de controle, ameaçam os enfraquecidos poderes políticos nacionais que, por sua vez, se encontram imersos na hipocrisia dos operadores políticos *extra-sistema*. Uma vez coagidos, os políticos utilizam-se de medidas de comunicação comprobatórias de sua supostamente firme decisão de combater a demanda de conflitos, cedendo poder às agências policiais<sup>105</sup>.

Vê-se, deste modo, há um processo de decadência do poder político. Convém lembrar que nenhum discurso sociológico é funcional, vez que desmascara a incoerência dos poderes políticos, impotentes para regular o poder econômico e controlar a crescente autonomização das corporações. Não é demais advertir que o poder político não possui força para atribuir hegemonia a algum discurso coerente; de outro lado, o poder econômico parece zombar do poder político, porque, pela primeira vez ao longo da história, pode exercer sua força sem qualquer mediação do poder político. Se há algo de certo, é que, na era da revolução tecnológica, o determinante é produzir discursos para a comunicação midiática, com efeito tranquilizador (simbólico), pouco importando seus efeitos reais. Tal poder político degenerado precisa mais do que um discurso, porque ele mesmo e o próprio Estado têm, agora, como principal escopo promover um *espetáculo*. Essa dramaturgia política e criminológica se exacerbam em razão da crescente importância das *agências de comunicação social*. O poder político inferiorizado implora para elas, porque sem ter soluções reais, prefere comunicar falsas soluções, abdicando, assim, de seu próprio poder. Desta forma, como não há uma verdade, cria-se uma, ou seja, na seara da comunicação, cria-se uma realidade virtual,

105.ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 286.



gradativamente distanciada dos fatos, apesar de possuir sérios efeitos reais. Não há como elaborar um discurso funcional para essa renúncia ao poder, vez que a própria razão de ser dos discursos é exercer uma função para o exercício do poder. Todo este cenário ilustra o momento atual da história cuja transição é imprevisível, vez que é instável em demasia<sup>106</sup>.

Face à tormenta punitiva da revolução tecnológica, diante da qual é tarefa imprescindível do direito penal reafirmar seu caráter de saber redutor e limitador do poder punitivo para proteger o Estado de Direito durante esse momento de risco, é de fundamental importância uma integração por interdisciplinariedade. Em outras palavras, confeccionar uma teoria jurídico-penal que tome por espeque uma teoria agnóstica ou negativa do poder punitivo, que seja sensível para se aproveitar dos elementos e dados produzidos pela sociologia e a criminologia, principalmente no que toca à operatividade real dos sistemas penais. Sem essa integração, o discurso jurídico-penal perde seu destino e sua razão de ser, vez que ninguém conter aquilo que ignora. Suas propostas não podem ignorar as informações proporcionadas pela criminologia no que toca à realidade social do exercício do poder punitivo, à sua violência e seletividade, seus efeitos deteriorantes e de incremento dos conflitos. Portanto, diante deste quadro, no sentir de ZAFFARONI e NILO BATISTA, dentre outros, “a criminologia é o conjunto de conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual e viabilizar uma redução em seus níveis de produção e reprodução de violência social”<sup>107</sup>.

Feitas tais considerações introdutórias acerca da criminologia, é imperioso descobrir o *véu das reais intenções* do legislador, bem como chamar atenção do operador do direito processual penal para as conseqüências de ordem criminológica que a opção pela existência e manutenção do assistente de acusação pode implicar. Pontuemos, então, algumas delas: a) a maior estigmatização<sup>108</sup> do réu em razão da atuação do assistente de acusação; b) a criminalização secundária<sup>109</sup> que a admissão do assistente de acusação e o processo penal, como um todo, podem ocasionar; c) o caráter simbólico do ingresso do assistente de acusação no feito; d) o aspecto preventivo-retributivo do ato de admissão do assistente de acusação e do processo penal; e) os prejuízos experimentados pela pessoa equivocadamente

106. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 287

107. ZAFFARONI, Eugênio Raúl... *Op. cit.*, p. 288.

108. FIGUEIREDO DIAS, Jorge & ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

109. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal - Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999; ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*, Trad. E. Kosowski, Rio de Janeiro: Forense, 1983.

acusada pelo assistente de acusação, ou pelo réu que respondeu ao processo e, ao final, foi julgado inocente; f) a maior seletividade e vulnerabilidade a que fica exposto o réu diante da admissão do assistente de acusação. Estas são algumas das repercussões criminológicas que, a nosso ver, podem ser destacadas.

Não seria demais afirmar que, quando o Estado-Juiz admite o assistente de acusação, este está, inegavelmente, comprometendo a sua *imparcialidade*, pois se inclina em favor do pólo ativo da ação e reconhece que esse precisa de auxílio para que sua tese saia vencedora, vinculando-se a uma dos sujeitos do processo, tomando, assim, parte na causa. Se, é certo que o sistema adotado pelo CPP é o inquisitorial, também é certo que o juiz poderia produzir prova de ofício. Logo, nesse contexto, alguns poderiam perguntar: qual a necessidade do juiz admitir o assistente de acusação no feito, se ele mesmo pode produzir prova no processo? E a tal pergunta, julgamos que a melhor resposta seja a seguinte: a necessidade do juiz em admitir o assistente consiste nos seguintes fatos: a) tentar ampliar a quantidade e qualidade de argumentos contra o réu; b) tentar aumentar o leque de possibilidades de provas que deseje produzir de ofício a partir de declarações do assistente e do ofendido; c) além de satisfazer os organismos midiáticos manipuladores de opinião<sup>110</sup>, na medida em que sua decisão se coadune com o pretendido pelo assistente de acusação, que, por sua vez, está em harmonia com os *desejos ocultos*<sup>111</sup> de determinados setores da mídia.

De outro lado, quando o Ministério Público concorda com a admissão do assistente de acusação é possível retirar a partir de tal ato algumas ilações: a) o Ministério Público, realmente, precisa da ajuda do assistente de acusação, e, ao admitir isso, atesta-se, claramente, a incapacidade do Estado em promover a persecução criminal; b) o Ministério Público não necessita do auxílio do assistente, mas concorda com a sua admissão no feito, seja em razão da pressão exercida pelos organismos midiáticos, seja como forma de dar uma satisfação à vítima, com o que põe em destaque o caráter autoritário e retribucionista da pena e do processo penal, seja como forma de se autoprotger de uma eventual derrota, caso sua tese saia vencida, já que neste caso terá a sua eventual incapacidade técnica minorada em razão da presença do assistente de acusação.

Dito isso, passemos as nossas conclusões.

110. PASUKANIS, Eugeni B. *Teoría general Del derecho y marxismo*, trad. Virgilio Zapatero, Barcelona: Labor, 1976.

111 GARCIA PABLOS, Antônio & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. São Paulo: RT, 2003.

## 5. DA CONCLUSÃO

Em síntese, entendemos que a Constituição Republicana de 1988 desassistiu o assistente de acusação, ou seja, não recepcionou tal figura processual. Esta não recepção, a nosso ver, se deve em razão dos seguintes argumentos: a) ofensa ao princípio do sistema acusatório (CRFB, artigo 129, I); b) quebra do princípio da isonomia processual; c) vestígio evidente do fenômeno da privatização do processo penal; d) resquício de vingança privada (*vindita*), ou seja, da privatização do processo penal; e) atendimento dos fins econômicos e financeiros da vítima (*an debeatur*); f) admissibilidade contraditória de que o Ministério Público, órgão do Estado, necessita de auxílio; g) marca de um Estado de Direito Liberal (Direito Liberal-Individualista), em contraposição ao Estado de Bem Estar Social instituído pela Constituição da República; h) reforço à tese do Direito Penal do Autor (Culpabilidade do Autor); i) descon sideração de que a vítima, por vezes, contribui para ocorrência do delito (note-se que o comportamento da vítima é uma das circunstâncias judiciais que devem ser ponderadas quando da fixação da pena base – artigo 59 do CP); j) supervalorização do fim retributivo da pena, conduzindo o processo penal a um perigoso e excessivo fim de retribuição da pena; l) a previsão da ação penal privada subsidiária da pública no rol das garantias individuais de natureza fundamental é a demonstração evidente da autorização que Constituinte Originário pretendeu conferir a vítima no processo penal moderno, limitando a atuação desta no processo penal (forma de fiscalização do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública); m) só se justifica a existência do assistente de acusação num processo penal crente no princípio da verdade real; n) ofensa ao princípio do contraditório, uma vez que a decisão que admite, ou não, o ingresso do Assistente de Acusação no processo, não tem como pressuposto o oferecimento de oportunidade ao réu para poder se manifestar sobre a mesma, apesar de sofrer as consequências decorrentes dessa; e o) violação do princípio da oficialidade (monopólio do poder punitivo do Estado; indisponibilidade dos direitos).

Certo de que o tempo é o elemento da transformação, semeio a presente idéia no fértil húmus do pensamento jurídico, sem a pretensão de convencer, mas com o desejo de incomodar...!



## IV

# O ACESSO À ATENÇÃO EM SAÚDE NA REFLEXÃO BIOÉTICA<sup>1</sup>

*Osmir Antonio Globekner*

Mestrando em Direito Público (FD/UFBA), Especialista em Direito Sanitário (FSP/USP), Bacharel em Direito (UESC) e Engenheiro Químico (FEC/UNICAMP).

**RESUMO:** Abordaremos neste estudo a contribuição da reflexão bioética ao problema do acesso à atenção em saúde. Partiremos do reconhecimento de um inevitável panorama de escassez dos recursos materiais e humanos, resultando em incontornáveis escolhas alocativas a serem assumidas pela sociedade, as quais não de ser informadas por critérios ético-jurídicos. Descrever-se-á, exemplificativamente, o pensamento bioético desenvolvido nos Estados Unidos, em Portugal, na Espanha e na América Latina, comparando a tradição liberal, de alocação pelo mercado, e a tradição social, de alocação por meio da despesa pública. Buscaremos a aproximação das abordagens visando o tratamento uniforme do problema, sob o ponto de vista bioético. Paralelamente, buscaremos identificar o tema do acesso em saúde à pauta Bioética.

**PALAVRAS CHAVES:** Escassez; acesso; atenção à saúde; bioética.

**ABSTRACT:** We will be concerned in this study with the bioethics contribution to the health care access discussion. We begins from the recognition of an inevitable material and human resources scarcity prospect, resulting choices to be made by society, that must be directed by ethical and juridical criteria. We will describe, as an example, the bioethical thought in United States, Portugal, Spain and Latin America with the aim of compare the liberal approach, with allocation made by market, and social approach, with allocation made by public expenditure. Then, we will try to determine some relations between the two approaches in order to find out a common treatment of the problem under a bioethical standpoint. Similarly our efforts will be directed to demonstrate that health care access issue is related to the Bioethics.

**KEYWORDS:** scarcity; healthcare access; bioethics.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução – 2 O problema do acesso nos Estados Unidos (Tom L. BEAUCHAMP e James F. CHILDRESS e Ronald DWORKIN) – 3 O acesso em países de atenção público-universalista à saúde: (Maria do Céu Patrão NEVES e Angel Puyol GONZÁLEZ) – 4 América Latina, a politização da Bioética, a Bioética da Proteção e a Bioética da Intervenção

1 . Trabalho apresentado no XVII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI, realizado de 20 a 21 de novembro de 2008, em Brasília/DF.

(Miguel KOTTOW, Fermin Roland SCHRAMM e Volnei GARRAFA) – 5  
Considerações finais – Referências.

“o tema da saúde raramente está presente no debate bioético. Este privilegia tão-somente as situações extremas como os nascimentos ‘artificiais’, os transplantes de órgãos, as condições de sobrevivência terminal, descuidando-se do fato de que a saúde e a doença são para todos um campo universal de experiência, de reflexão, e até de escolhas morais. À saúde freqüentemente é negado o título de nobreza como objeto da ética e, na melhor das hipóteses, lhe é atribuído apenas o valor (que para alguns é considerado filosoficamente irrelevante e intelectualmente plebeu) de ‘questão social’.”

*Giovanni Berlinguer*<sup>2</sup>

“Los problemas vinculados con la salud colectiva junto a los factores que la condicionan debieran estar en el centro de la reflexión bioética, para que esta disciplina de corta historia no se transforme en algo desvinculado de la realidad que envuelve a millones de hombres”.

*Salvador Darío Bergel*<sup>3</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Ao se buscar a efetivação do Direito à Saúde no onipresente panorama da escassez de recursos; alocações ou escolhas ocorrerão, posto que mesmo a simples satisfação de determinada necessidade implicará inevitavelmente, diante dos custos de oportunidade, em que outras tantas deixem de ser atendidas.

Torna-se relevante, nesse contexto, do ponto de vista ético-jurídico, perquirir do lugar e do mérito dessas escolhas, quer sejam assumidas pela sociedade como decisões alocativas, quer não; bem como, dos fatores que determinam aquelas ou dos critérios que orientam estas.

Nesse escopo, colocamos como objeto do presente estudo perscrutar os elementos que a abordagem bioética pode aportar ao debate ético-jurídico sobre as escolhas ou decisões alocativas no campo sanitário e, por via de conseqüência, identificar a pertinência, à pauta da discussão bioética, do problema do acesso à atenção em saúde.

Propusemos-nos, assim, a fazer uma análise dos enfoques dados pela reflexão bioética nos Estados Unidos, através do pensamento de Tom L. BEAUCHAMP

2 . BERLINGUER, Giovanni. *Ética da Saúde*. São Paulo: Editora Hucitec, 1996. p 16.

3 . BERGEL, Salvador Darío. *Bioética y El Derecho de Acceso a Los Medicamentos*. In *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 117-162, 2006, p 119.

e James F. CHILDRESS; em Portugal e na Espanha, através do pensamento de Maria do Céu Patrão NEVES e Ángel Puyol GONZÁLEZ, respectivamente, e na América Latina através do pensamento de Miguel KOTTOW, no Chile, Fermin Roland SCHRAMM e Volnei GARrafa, no Brasil.

Nosso objetivo será o de ao menos relativizar duas dicotomias que identificamos no tratamento do tema. A primeira refere-se à que separa os fundamentos dos sistemas de alocação de tradição liberal, através do mercado, dos fundamentos dos sistemas de alocação de tradição social, através da despesa pública. A segunda dicotomia é a que separa o que se convencionou chamar de “Bioética das situações emergentes” da “Bioética das situações persistentes”.

## 2. O PROBLEMA DO ACESSO NOS ESTADOS UNIDOS (TOM L. BEAUCHAMP E JAMES F. CHILDRESS E RONALD DWORKIN)

O problema do acesso à atenção à saúde, obviamente, não está ausente na discussão bioética de inspiração clássica. BEAUCHAMP e CHILDRESS, ao tratarem do Princípio da Justiça no capítulo 7 do “*Principles of Biomedical Ethics*”, abordam a questão do direito à atenção em saúde e das políticas públicas de saúde. A questão, no contexto norte-americano, é traduzida em termos de acesso ao seguro saúde e dos bens e serviços relacionados à saúde e que, por sua natureza, não de ser compartilhados na sociedade:

“The primary economic barrier to health care access in many countries – most visibly the United States – is the lack of adequate insurance. Close to 50 million U.S. citizens (approximately 18% of the nonelderly population) lack health insurance of any kind. Inadequate insurance affects persons who are uninsured, uninsurable, underinsured, or only occasionally insured. [...] In many other countries the primary barriers to both health and health care are poverty and limited government resources. Problems of justice are very different in different parts of the world”.<sup>4</sup>

Na seqüência, os autores, reconhecendo que os problemas de justiça são diferentes em diferentes partes do mundo, com causas e formas de abordagem também

4 . “A barreira econômica primária para o acesso à atenção em saúde em muitos países – mais visivelmente nos Estados Unidos – é a deficiência da cobertura securitária. Próximo de 50 milhões de cidadãos norte-americanos (aproximadamente 18% da população não idosa) carecem, em alguma medida, de cobertura securitária para a saúde. A cobertura inadequada abrangendo da ausência de cobertura à impossibilidade de cobertura, cobertura insuficiente ou cobertura apenas ocasional. [...] Em muitos outros países as barreiras primárias à saúde e à atenção à saúde são a pobreza e a limitação dos recursos governamentais. Os problemas de justiça são distintos em diferentes partes do mundo”. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 6th edition, New York: Oxford University Press, 2009, p 258.

distintas, apontam, nos Estados Unidos, situações de injustiça que emergem de um financiamento regressivo do seguro saúde, onde famílias de mais baixa renda pagam prêmios comparáveis ou superiores às famílias de mais alta renda, por coberturas muitas vezes inferiores.

O problema, naquele país, é parcialmente atribuído à relevância da participação dos empregadores no financiamento, pois grandes empregadores podem proporcionar melhores coberturas e a custo mais baixo do que pequenos empregadores, em virtude do seu maior poder de negociação e também do gozo de vantagens fiscais. Essa desigualdade no acesso agrava-se ainda mais se considerarmos os não protegidos por coberturas coletivas, para os quais os preços dos prêmios se tornam dramaticamente elevados, para não citar as famílias e indivíduos sem qualquer cobertura.

BEAUCHAMP e CHILDRESS indicam que a consciência dessa desigualdade no acesso fez emergir um consenso social naquele país em torno da necessidade de que políticas nacionais de saúde levem em conta a distribuição e o racionamento de bens e serviços de saúde compartilhados pela sociedade e que se possa favorecer condições mais equânimes para que todo cidadão seja capaz de assegurar a si mesmo o acesso à atenção em saúde, incluindo-se aí a adequada cobertura securitária. Os autores afirmam, entretanto que esse consenso é tênue diante da ampla discordância existente em relação à extensão das soluções propostas, em relação ao papel do governo nessas soluções e em relação à forma de financiá-las.

A consideração de um “*direito à atenção em saúde*” aparece, portanto, nesse discurso, apenas indiretamente, pois no contexto liberal, este não se constituirá em um direito em si, de caráter abrangente e integrante do plexo de direitos sociais do cidadão, com prestações a serem providas, fundamentalmente, pelo Estado, senão que será deduzido a partir de raciocínio derivado de duas linhas principais de argumentos<sup>5</sup>: 1) os ligados à proteção social coletiva; 2) os ligados à igualdade de oportunidades.

Na primeira linha de argumentos, temos a consideração de que a saúde é concernente à proteção coletiva, pois afeta a sociedade da mesma forma que o crime, a poluição ambiental, as catástrofes naturais e outros riscos coletivos, que ordinariamente merecem a proteção social do Estado Liberal. Assim, por essa linha argumentativa, se justificaria uma assistência pública em cuidados críticos

5 . Arguments supporting rights to health care. Ibid., p 258.



de saúde. A par disso, o fato de a sociedade investir ações e recursos coletivos em programas públicos de saúde (existentes em qualquer sociedade) ou na formação de médicos e na pesquisa médica, através de fundos públicos, constituiria um fundamento para o retorno desse investimento à sociedade se desse, também, através de uma atenção mínima à saúde de caráter público.

A segunda linha de argumento invoca a regra da oportunidade justa. A necessidade de justiça nas instituições sociais deve fazer com que se busque contrabalançar os déficits de oportunidade causada por circunstâncias imprevisíveis fora do controle dos indivíduos, tais como acidentes e incapacidades geradas pelas próprias doenças e que justificariam o uso de recursos sociais para restabelecer o equilíbrio de oportunidades.

Os autores alinham diferentes teorias da justiça: a utilitarista, libertarista, comunitarista e igualitarista. Entre essas diferentes teorias, a interpretação mais estrita de igualdade no acesso significaria que cada cidadão tenha igual acesso a cada bem ou serviço de saúde que esteja disponível a qualquer outro cidadão. Concluem os autores, entretanto, que tal objetivo, no atual sistema econômico, seria utópico e que um direito mais aceitável, apto a promover uma conciliação, entre teorias mais e menos da igualdade, seria o “*direito a um mínimo decente de atenção em saúde*”<sup>6</sup>. Na verdade, poderíamos identificar tal conceito ao conceito de “mínimo existencial”, defendido, entre nós, para justificar a limitação das demandas a serem atendidas no contexto dos limites de atuação do Estado de Bem-Estar Social.

Consideram ainda, os autores norte-americanos, a possibilidade de perda de tal direito em decorrência de um comportamento social inadequado<sup>7</sup>. Abordam também a questão do “*mínimo decente*” do ponto de vista de uma Política Global de Saúde<sup>8</sup>, para finalmente tratar de questões em torno da alocação, fixação de prioridades e racionamento sanitário<sup>9</sup>.

Conquanto essa abordagem constitua uma sensibilização no contexto liberal ao problema do acesso, mitigando o individualismo dessa concepção, entendemos que a autonomia no provimento das próprias necessidades pela adequada cobertura securitária privada torna-se inadequada em um contexto de acentuada desigualdade

6 . The right to a decent minimum of health care. Ibid., p 259-261.

7 . Forfeiting the right to health care. Ibid., p 262-264.

8 . Global health policy and the right to health. Ibid., p 264-267.

9 . Allocating, setting priorities, and rationing. Ibid., p 267-281.

social como se ocorrer em termos globais ou em termos de realidades específicas nacionais ou regionais, o que força a necessidade de assunção mais efetiva do cuidado em saúde pelas coletividades e pelos Estados.

Saliente-se que essa desigualdade, historicamente associada aos chamados “países subdesenvolvidos”, tem, crescentemente, em função da globalização, aflorado localmente também internamente às chamadas “economias desenvolvidas”. Trata-se de problema não ignorado pelos autores do “*Principles of biomedical Ethics*”, já que tem se convertido em uma preocupação crescente nos Estados Unidos, conforme por eles atestado.

Não podemos entender, contudo, que haja diferenças de fundo, essenciais, em termos da análise sob ponto de vista ético, entre a privação de acesso por falta de cobertura securitária e a privação de acesso por falta de políticas públicas adequadas, conforme sugerido por BEAUCHAMP e CHILDRESS, no excerto transcrito no início deste tópico.

Certamente que o problema da desigualdade no acesso poderá se manifestar em diferentes intensidades e em diferentes abrangências. Dentro de uma mesma comunidade, entre distintas regiões do país, entre diferentes países ou regiões do globo. A desigualdade se encontra associada, por um lado, às barreiras econômico-sociais de acesso a condições determinantes da saúde (saneamento, educação, moradia, etc.) e, por outro lado, às barreiras, de mesma natureza, ao próprio acesso às ações e serviços de saúde (campanhas educativas, serviços ambulatoriais ou hospitalares).

Entendemos que em ambos os casos, há necessidade de alocação de recursos, embora sob mecanismos alocativos distintos. Referimos-nos à despesa pública, em uma vertente, a publicista, encontrando seus limites no orçamento público; e à distribuição dos encargos do seguro privado, na outra vertente, a privatista, encontrando seus limites no preço e na própria higidez do mercado de seguro.

Em quaisquer das vertentes, alocar recursos para a atenção em saúde se torna de importância fundamental, em face de sua escassez e da necessidade de distribuir custos, pois o financiamento dessa atenção, em face de seus altos custos, é, sempre, dependente de uma racionalidade securitária. Isto é, todos devem contribuir para que não todos utilizem simultaneamente. Assim, em certa lógica e extensão, e apenas nessa limitada extensão, é irrelevante que a cotização seja feita entre cidadãos/contribuintes ou entre cidadãos/consumidores.

A questão de fundo, a nosso ver, segue sendo única e se traduz na racionalidade e na justiça da repartição dos encargos sociais do “seguro-saúde”, amplo

senso, isto é, englobando tanto a *seguridade social* de natureza legal e pública; quanto o *seguro privado-saúde*, de natureza contratual e objeto da atividade econômica privada<sup>10</sup>.

Quanto ao pensamento de Ronald DWORKIN, teve grande influência na discussão do tema uma palestra ministrada em 1993 na Universidade McGill, no Canadá<sup>11</sup>. Nessa palestra o autor se opõe ao entendimento que denomina “*modelo clássico ou do isolamento*” da justiça sanitária, que descreve da seguinte maneira: 1) a saúde seria o bem mais importante do indivíduo; 2) o critério de sua distribuição seria do acesso pela necessidade, independente do custo; 3) o que implica para a sociedade a “*regra do resgate*”, pela qual não se tolera que alguém venha a sofrer ou morrer, quando se pode aliviar o sofrimento ou postergar a morte.

Em oposição a tal “*modelo do isolamento*”, a teoria de DWORKIN vai afirmar: 1) que há outros bens que competem com a saúde, como educação, segurança, previdência e assistência social, etc.; 2) que o critério da necessidade se torna complexo em face da interpretação do que seja, de fato, uma necessidade; e, por último, 3) o critério do resgate, choca-se com muitas das nossas intuições sobre prioridades sanitárias (manutenção de enfermos terminais, chances de sobrevivência, etc.).

Assim, seria ingênuo e, mesmo imoral, em um contexto inevitável de escassez de recursos, menosprezar os custos reais de nossas decisões. Propõe em contrapartida um modelo de justiça sanitária derivada de sua teoria da igualdade de recursos.

DWORKIN considerando que se os indivíduos fossem adquirir todas as prestações atinentes à atenção em saúde no mercado, adquiririam, não segundo um critério de necessidade, mas, sim, segundo um critério de prudência. O mercado obriga as pessoas a que se responsabilizem por suas escolhas. Se o acesso é igualitário (porque parte de condições iniciais igualitárias) então o resultado do escolhido pelas pessoas é moralmente justo.

O pacote que a média das pessoas compraria, deveria determinar o que os sistemas sanitários públicos se encarregariam de marcar como limites do direito de atenção sanitária.

10 . Para maior clareza, necessário que frisemos que não propugnamos tratar-se (a seguridade e o seguro-saúde privado) de formas equivalentes, senão que similares, de distribuição de encargos. E que por essa razão, para alguns efeitos, podem ser comparadas.

11 . DWORKIN, Ronald. Justice in the Distribution of Health Care. McGill Law J. 1993; 38(4):883-98.

Pressupõe-se, nesse modelo, que algumas prestações ficariam excluídas da cobertura universal: por exemplo: manutenção de vida vegetativa, intervenções em situação de demência, custos elevados para garantir poucas semanas de vida, doenças da velhice e tratamento muito custoso ou em relação aos quais as pessoas não decidiriam investir a sua renda. Apesar disso, os tratamentos caros e pouco efetivos poderiam continuar disponíveis, adicionalmente, em um mercado privado de saúde.

O modelo proposto de DWORKIN está sujeito a inúmeras críticas, especialmente quando consideramos as dificuldades de ordem prática em sua eventual aplicação. Uma crítica contundente nesse sentido é feita por Ángel Puyol GONZÁLEZ, autor que abordaremos mais adiante.

Lançado este olhar sobre o contexto do Estado-liberal, passemos ao pensamento sobre o problema da alocação presente em países onde vigem sistemas público-universalistas de atenção à saúde.

### **3. O ACESSO EM PAÍSES DE ATENÇÃO PÚBLICO-UNIVERSALISTA À SAÚDE: (MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES E ANGEL PUYOL GONZÁLEZ)**

Analisaremos neste tópico as elaborações sobre o problema do acesso por dois autores radicados em países desenvolvidos onde, distintamente dos Estados Unidos, vigem sistemas públicos universalistas de atenção à saúde. Trata-se de Portugal e Espanha, e do pensamento de Maria do Céu Patrão NEVES e Angel Puyol GONZÁLEZ, respectivamente.

Maria do Céu Patrão NEVES, filósofa e professora da Universidade de Açores, reconhecia, já em 1999, que a alocação de recursos em saúde se constituía em uma das mais recentes e urgentes problemáticas para a Bioética<sup>12</sup>. Na oportunidade abordava o tema sob o aspecto da justiça e da responsabilidade moral, tratando-os nas perspectivas da fundamentação e da efetivação do direito à saúde.

Identifica a autora com a exigência de intensificação da responsabilidade moral sobre a alocação de recursos em saúde, os princípios da: “*dignidade humana*” e da “*participação*”. Por outro lado, identifica, na perspectiva da efetivação do direito à saúde e da promoção da justiça social, a necessidade de considerar dois princípios outros: o da “*equidade*” e da “*solidariedade*”. Sendo que, da ponderação desses quatro princípios, deveriam partir as construções visando às escolhas alocativas sanitárias.

12. NEVES, Maria do Céu Patrão. Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas. In Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina. vol 7, n2, 1999. disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/alocarec.htm>. Acesso em: 14.07.2008.

Pondera a autora que a consideração ética, exclusivamente, fundamentaria a promoção de todas as ações de atenção em saúde possíveis, mas que o contexto da escassez implica a necessidade de “*articular economia e ética*”, subordinando assim “*os interesses monetários ao valor do homem*”.

No campo da responsabilidade moral, a autora alerta que há de ser transcendida a responsabilidade pensada por W. Frankena, estritamente em termos de responsabilidade pessoal, como o dever de cuidar de si mesmo e, portanto, de sua própria saúde, influenciando, em um sentido prospectivo, seu estilo de vida e implicando, em um sentido retrospectivo, a imputabilidade ao indivíduo pela ação realizada em desconformidade com tal dever. Afasta tal modelo, por considerá-lo reducionista e propugna, com base em Hans Jonas, uma responsabilidade com dimensão coletiva. A responsabilidade a ser pensada no campo sanitário envolveria três diferentes níveis:

“... deve responder por sua saúde no que ela depende de si, considerando as instituições que a financiam – *responsabilidade pessoal*; entre os indivíduos na sua existência comunitária, que devem reconhecer que a saúde não resulta de um processo puramente individual e é, hoje, um projeto social que exige o concurso de todos – *responsabilidade social* (cívica); nas relações do Estado com os indivíduos ou com a comunidade (que não corresponde meramente à inversa da primeira, numa relação recíproca), que deve assumir que este projeto social só poderá ser implementado por meio de um Sistema Nacional de Saúde, no cumprimento da missão dos governantes de proporcionar bem-estar aos cidadãos – *responsabilidade política ou governativa*.”<sup>13</sup> (sem grifos no original)

Nesse contexto da responsabilidade, seguem as escolhas sendo inevitáveis, porém mais que isso, passam a ser desejáveis. Desejáveis, porque ativam o princípio da responsabilidade moral em todos os níveis. Sintetiza a autora:

“... diremos que a exigência da intensificação da responsabilidade moral, como contributo para a alocação dos recursos em saúde, fundamenta-se em dois princípios éticos \_ o da “*dignidade humana*” e o da “*participação*” \_ e se reporta a três aspectos principais (que respondem diretamente ao caráter triplo da responsabilidade moral): à adoção de comportamentos que promovam a saúde; à conscientização da finitude do homem e dos limites inerentes a toda a expressão humana; à realização de escolhas ponderadas. O *princípio da dignidade humana*, na exigência de igual respeito por todos os homens, e o *princípio da participação*, na exigência do esforço de cada um em prol da comunidade, justificam a ampla aceção do direito à saúde e obrigam à responsabilidade.”<sup>14</sup> (sem grifos no original)

13 . Ibid.

14 . Ibid.

As escolhas mencionadas, reconhecidas como necessárias e desejáveis apenas se justificam eticamente, entretanto, segundo a autora, na perspectiva de promoção da justiça social: a realização do bem comum através da responsabilidade específica de cada um. Apesar de complexa, a noção de justiça implica, fundamentalmente, no *princípio da equidade*.

“No domínio específico a que nos dedicamos, o *princípio da equidade* reporta-se ainda a uma aplicação casuística da justiça que, ratificando a igual dignidade de todos os homens, estabelece igual acessibilidade aos cuidados de saúde através de sua redistribuição diferenciada: isto é, atribuindo mais a quem tem menos e vice-versa (vertical); e atribuindo o mesmo aos que se encontram em iguais condições (horizontal), numa ação anti-discriminatória, reguladora da desigualdade.”<sup>15</sup>

A promoção da equidade nos termos acima expostos vai reclamar o concurso do princípio da solidariedade, por sua vez assim descrito pela autora:

“O *princípio da solidariedade* destaca uma realidade social que se refere à interdependência de todos os homens, de forma que cada um de nós é sempre devedor do outro em cada uma das suas realizações; reconhecido este fato no domínio específico da saúde [...], a solidariedade exige a partilha dos custos financeiros com a saúde de todos, proporcional ao rendimento de cada um.”<sup>16</sup>  
(sem grifos no original)

Fecha-se assim a articulação entre os quatro princípios mencionados pela autora: o *princípio da dignidade humana*, o *princípio da partilha*, o *princípio da equidade* e o *princípio da solidariedade*.

Patrão NEVES reconhece que essas ponderações se encontrariam no patamar de uma *meta-ética* e de uma *macro-alocação* de recursos, sendo necessário, para fins de aplicação, derivar *diretrizes* voltadas a orientar as escolhas e derivar critérios para a distribuição de recursos, o que estaria no patamar de uma *meso-alocação*, mencionando como critérios mais presentes atualmente, os da *necessidade* e da *igualdade*, que assumiriam, inclusive, pesos distintos a depender das características da sociedade que os utiliza. Segundo a autora sobressai a igualdade nos EUA e a necessidade na Europa.

Considere-se ainda que não se tem a pretensão, nem se deseja, que todos os problemas em nível de *micro-alocação* venham a ser resolvidos, satisfatoriamente, pela aplicação mecânica ou acrítica dos modelos desenhados, devendo os mesmos terem sua validade testada e contestada no caso concreto.

15 . Ibid.

16 . Ibid.

Na Espanha, onde também vige um sistema de atenção pública universalista à saúde, o tema da escassez foi tratado por Ángel Puyol GONZÁLEZ<sup>17</sup>, professor e pesquisador em filosofia moral da Universidade Autônoma de Barcelona.

Este autor, reconhecendo a necessidade de racionamento sanitário em face da escassez de recursos, preocupa-se com os critérios que informariam uma escala de priorização da atenção a ser prestada, voltando-se, portanto, a uma ética prática e finalista. Nessa busca de critérios, faz a análise dos argumentos alinhavados pela teoria utilitarista e formulados por Ronald DWORKIN na forma acima já descrita, propondo-se a sua crítica.

GONZÁLEZ inicia ponderando que a idéia central do utilitarismo é de que o bem social equivale à maximização da soma do bem-estar dos indivíduos, o que, no campo sanitário, equivaleria a maximizar a soma dos estados de saúde dos indivíduos. Assim, sistema sanitário justo seria aquele que consegue aumentar ao máximo a saúde somada de todos os cidadãos.

Nesse raciocínio, entretanto, teríamos que quantificar estado de saúde, com base em um conceito de saúde, o que já constituiria um problema prático inicial não desprezível. Num primeiro aspecto, o problema seria salvar vidas (com questões morais como a de admitir que algumas vidas serão sacrificadas em benefício de outras) e, depois, obter a melhor qualidade de vida (com o problema de como medi-la). Admitindo-se ainda que algumas pessoas trocariam alguns anos de vida por uma melhor qualidade de vida e vice-versa ou seja adicionar vida aos seus anos em vez de anos à sua vida.

Um índice utilizado para medir qualidade de vida é o QALY (*Quality Adjusted Life Year*), ou, em português, AVAQ (Anos de Vida Ajustado pela Qualidade)<sup>18</sup>. O critério de otimização seria o da maximização do índice agregado, em face do custo envolvido. Permitindo-se que se escolha, dentre as intervenções sanitárias possíveis, as que serão mais custo-efetivas em termos de qualidade de vida.

A crítica preliminar feita por Angel Puyol GONZÁLEZ é de que critérios desse tipo, sempre significam uma igualdade meramente formal segundo o critério do estado de saúde, não levando em conta aspectos intervenientes como, capacidade econômica, condição social, etnia, sexo, idade, etc. As teorias utilitaristas assim

17. GONZÁLEZ, Ángel Puyol. Ética, Derechos y racionamiento sanitario. In Doxa, n. 22, 1999.

18. O QALY/AVAQ é o produto aritmético da expectativa de vida e a medida da qualidade de vida dos anos remanescentes. O QALY/AVAQ fornece um indicador para avaliar os benefícios oriundos de uma variedade de intervenções em termos de qualidade de vida e sobrevivência do paciente. Informação disponível em: <http://www.economiadasaude.com.br/new/aaz.php?letra=Q>. Acesso em 28.06.2008.

baseadas, na verdade, não são igualitárias e resultariam em discriminação dos pacientes mais graves, mais velhos, mais pobres ou menos capacitados, pois, em relação a estes, os ganhos não seriam comparáveis com os obtidos em relação ao indivíduo em condição diversa destas.

A teoria liberal-igualitária vai procurar privilegiar, é certo, a liberdade do cidadão, e, portanto, a capacidade individual de pagamento que, por um lado, dará a capacidade de acesso e, por outro lado, alocará de forma difusa os recursos sanitários na sociedade. O que pretende a teoria de DWORKIN é fundamentar um princípio ético para o racionamento dos recursos sanitários no contexto liberal, de forma a que o provimento pelo Estado da atenção será em medida tal que não contrarie o princípio da liberdade individual.

GONZÁLEZ critica tal proposta, por considerar que a mesma levou muito longe a idéia de responsabilidade individual. Uma crítica inicial e geral a tal direcionamento é quanto à dificuldade de separar claramente preferências do indivíduo das circunstâncias em que estas são manifestadas. O fundamento dessa teoria de justiça é criticável ainda em seu ponto de partida que é a igualdade de recursos, pois, de imediato, surgiria uma desigualdade, na justificação do favorecimento dos mais ambiciosos e, portanto, mais sacrificados, que por esse sacrifício deveriam receber maior prêmio.

No campo da justiça sanitária, o rechaço de DWORKIN ao princípio da necessidade, entre outras razões, se deve a que essa idéia de necessidade seria relativa a convicções éticas diferentes e não comparáveis entre si. GONZÁLEZ, entretanto, contrapõe que, se a falta de respeito ao neutralismo estatal sobre as convicções éticas de seus cidadãos pode conduzir-nos ao autoritarismo, a falta de um critério ético universalizador de mínimos com relação ao que devemos entender por necessidade médica pode nos atirar ao mais indiferente dos relativismos.

Feitas essas considerações de caráter geral, GONZÁLEZ vai passar às objeções particulares ao princípio da prudência defendido por DWORKIN. Uma das conseqüências práticas da aplicação do princípio é a de que o sistema público de saúde deveria excluir de suas prestações, todas aquelas que um cidadão *standard* não compraria. Por outro lado, os gastos com saúde pública deveriam ser cobertos pelo conjunto da população, o que finda por discriminar os que sacrificariam mais, visando maior cobertura, e assim financiariam a necessidade de atenção sanitária a quem, por eleição pessoal, sacrificou menos. O princípio da prudência acaba castigando a quem teria legítima vantagem segundo os cânones da igualdade de recursos.



O princípio da prudência consideraria imprudente custear com dinheiro público o tratamento de numerosas enfermidades minoritárias e que, atualmente, implicam altos custos, devido, entre outras razões, ao baixo investimento em pesquisa. São enfermidades cuja pesquisa e atenção é recusada pela iniciativa privada, por tais atividades não resultarem lucrativas. Se tal situação é explicável ou justificável com base em uma racionalidade exclusivamente econômica, o mesmo não resultaria tão simples sob a perspectiva de uma racionalidade ética.

Acresçamos aqui que tal raciocínio não excluiria também algumas doenças de maiorias, como é o caso da malária. O cidadão padrão do mundo ocidental não tem problemas graves com a malária, a indústria farmacológica deixou de lado a investigação nesse campo, porque os compradores potenciais das vacinas e medicamentos são tão pobres que não resultaria em um investimento economicamente rentável. A necessidade, eticamente sustentada, de uma intervenção pública ou estatal que reequilibre os interesses em jogo, forçosamente implica em uma relativização dos princípios que o modelo de DWORKIN visa preservar.

Se as enfermidades minoritárias ou não rentáveis estão já claramente marginalizadas pela iniciativa privada, a negativa pública de sufragá-las<sup>19</sup> em face do critério do cidadão padrão, marginalizaria ainda mais aos enfermos envolvidos e suas famílias, o que não parece ético, e tampouco justo, sob a perspectiva da igualdade de oportunidades.

GONZÁLEZ ainda considera o caso do cidadão padrão, que não se asseguraria contra as enfermidades da velhice que fossem muito caras e pouco efetivas, e esperaria que as políticas públicas refletissem este seu raciocínio, no modelo DWORKIANO. O fato, por si, seria susceptível de atentar contra os princípios morais e constitucionais que consideram iguais os direitos básicos de todas as pessoas, independente da idade; mas, além disso, pode parecer plausível que um indivíduo valore menos sua má saúde quando jovem que sua má saúde quando velho, mas não parece tão claro que tenha a mesma intuição moral sobre o estado de saúde, por exemplo, de seus pais.

Pondera ainda GONZÁLEZ, que seja possível que o moribundo chegue a aceitar esse argumento por fidelidade a seus hipotéticos compromissos da juventude com o princípio da prudência e com uma espécie de princípio natural que consiste em dar preferência aos mais jovens. No entanto, não estará tão claro que estes estejam dispostos a deixar morrer seus familiares amparando-se no mesmo argumento.

19 . Isto tanto em relação aos tratamentos atuais, muito caros e pouco efetivos para o pensamento rentabilista do cidadão padrão, como também em relação ao custo da investigação científica, que eventualmente os tornariam mais baratos e mais atrativos ou suportáveis do ponto de vista desse pensamento.

Ainda um argumento que comprometeria o princípio da prudência, nos moldes do modelo criticado, seria a necessidade de reconhecer como legítima a pretensão do cidadão que, por convicção ética, considerasse desproporcional o custo da atenção em relação aos benefícios que se lhe oferecem e que viesse a recusar tal atenção, na condição de se creditar dos valores monetários correspondentes.

Em síntese, o que Angel Puyol GONZÁLEZ, afirma é que, embora o direito à atenção sanitária deva ser revisado ou reinterpretado à luz da necessidade de priorizar, os critérios utilitaristas e liberais analisados, apresentam vários inconvenientes éticos. Rechaça a interpretação exclusivamente utilitarista de que a atenção em saúde, em face de que o direito à saúde é, também, um direito individual e que saúde é moralmente importante porque afeta indivíduos, e não somente a coletividade. O utilitarismo geraria discriminações que afastariam o Direito de suas pretensões de equidade.

A proposta de DWORKIN se equivoca, segundo o autor, especificamente, em seu intento de condicionar a equidade à responsabilidade individual. Em termos de necessidade sanitária, dificilmente nos vemos com disposição de calcular o valor exato que concedemos à saúde antes de perdê-la e, em consequência, o que estamos dispostos a sacrificar para recuperá-la. Reconhecendo, todavia, que a discussão sobre a validade dos princípios que devem regular o racionamento sanitário não fez, até o presente momento, mais que começar.

De nossa parte, consideramos importante expor aqui a crítica de GONZÁLEZ à teoria utilitarista e liberal, pois nesta se põe a nu algumas falácias presentes na raiz de argumentos recorrentes na discussão sobre a alocação de recursos escassos. Por exemplo, a falácia presente na idéia de que os recursos poupados em determinada prestação sanitária estariam “*melhor*” empregados em outras, em favor da qual a reserva é agitada. O argumento poderia estar, nesse caso, apenas mascarando uma alocação feita segundo critérios com teor semelhante aos aqui expostos, visando priorizar o hipotético cidadão padrão e, no fundo, carecedora de uma maior reflexão racional e ética.

A crítica feita é ainda importante, por confrontar visões liberais e “*welfaristas*” em contexto de países desenvolvidos, onde se pressupõe uma redução dos fatores de desigualdade entre os cidadãos, autorizando o favorecimento do princípio da autonomia frente ao princípio da justiça.

Panorama, distinto ocorrerá no contexto de países não desenvolvidos, onde vicejam desigualdades mais severas e graves entre os cidadãos, determinando o enfoque que privilegie o princípio da justiça em face do princípio da autonomia.

#### 4 . AMÉRICA LATINA, A POLITIZAÇÃO DA BIOÉTICA, A BIOÉTICA DA PROTEÇÃO E A BIOÉTICA DA INTERVENÇÃO (MIGUEL KOTTOW, FERMIN ROLAND SCHRAMM E VOLNEI GARRAFA)

Na América Latina um dos enfoques que passa a ser adotado para contemplar o problema do acesso à saúde na reflexão bioética é o que propugna a aproximação entre a Bioética e a Política, no esforço de associar aos problemas academicamente propostos pela Bioética, o problema social sanitário em sua estreita relação com as condições socioeconômicas das populações envolvidas, a pobreza, a desigualdade e exclusão social.

Temos as propostas da *Bioética da Intervenção* formulada principalmente por Volnei GARRAFA, professor da Cátedra UNESCO de Bioética da UnB, e a proposta da *Bioética da Proteção* formulada principalmente por Miguel KOTTOW, professor da Universidade do Chile, e por Fermin Roland SCHRAMM, professor da Escola Nacional de Saúde Pública – ENSP/FIOCRUZ, no Rio de Janeiro.

Antes, porém, devemos atentar para uma discordância existente entre os autores quanto às relações necessárias entre política e bioética. Discordância que determina a formação dessas duas propostas distintas, mas comunicantes.

KOTTOW<sup>20</sup>, se opõe a uma aproximação entre Bioética e Política. Defende aquele autor que a Bioética e a Política funcionam em âmbitos distintos, o ideário do Poder é estranho (“*foráneo*”) ao da Bioética, possuem métodos distintos. Portanto, a Bioética não poderia adotar a linguagem do poder e não há como conceber uma convergência no campo da deliberação entre Bioética e política. Pois que a primeira se ocupa da “*bios*”, existência, e a segunda da “*zoe*”, a vida nua, ou seja, a vida animal, despojada de sua humanidade. O papel da Bioética é precisamente o de proteger a “*bios*”, para que não seja tratada como mera “*zoe*”.

O autor define a Política, como “*la administración, legítima, por lo general – del poder civil con fines de gobernabilidad*” (“a administração, legítima, em geral, do poder civil com fins de governabilidade”), e remete ao ensinamento de Max Weber e de Hannah ARENDT, que associam o exercício do poder ao exercício da violência, legítima ou não, implicando, porém, sempre uma desigualdade ontológica entre o detentor do poder e aqueles que a ele se submetem<sup>21</sup>. A política, assim vista, possui escassa sensibilidade à elaboração ética. A bioética, ao contrário, de acordo com o autor, tem seu pensamento gravitando em torno da equidade e da comunicação. É dizer, política e Bioética são imiscíveis.

20 . KOTTOW, Miguel. Bioética y Biopolítica, Revista da Sociedade Brasileira de Bioética, vol 1, n2, 2005.

21 . Ibid., p 111.

O autor não isenta mesmo a biopolítica, expressão forjada por Michel de Foucault para designar uma penetração, no campo das transformações políticas, da “*vida e seus mecanismos*”. Para o autor a biopolítica acaba por não passar de um extremo da violência política, ao reduzir a existência humana à vida biológica, polarizando e reduzindo os temas da bioética em dicotomias vida/liberdade, nessa redução abstraindo fatores culturais e históricos que diferenciam os integrantes de um grupo e os grupos entre si, em um “*discurso monocórdio que arrisca tornar-se intolerante e autoritário, eventualmente totalitário*”<sup>22</sup>. Sobre a contraposição bioética e biopolítica, afirma:

*“El discurso legal, no menos que el ético, queda marginado de participar en decisiones, silenciado en la crítica y desactivado en la práctica. Por lo tanto, la tendencia de la biopolítica a reducir a los pueblos y a los individuos a nuda pervivencia se sitúa en un nivel pre-moral, donde la bioética no tiene acceso porque su lenguaje se vuelve absurdo en situaciones límite: ¿cómo puede un principio bioético encontrar aplicación frente a la realidad de un campo de concentración o, en escenarios contemporáneos, tener vigencia cuando combatientes capturados no son considerados prisioneros de guerra y por ende no reciben el trato humanitario que internacionalmente se ha acordado?”*<sup>23</sup>

Repelindo a adoção de discurso ou de propostas políticas no âmbito bioético, afirma, entretanto, enfaticamente, a necessidade de uma bioética criativa cuja missão é reconhecer a necessidade do debate profundo sobre o impacto das eleições bioéticas no diário viver, repelindo a aparente simplificação do discurso biopolítico.

*“Tanto mayor ha de ser el esfuerzo de la bioética por detectar intrusiones morales en nuestras sociedades, que dicotomizan artificialmente los problemas en vida versus libertad, donde la biopolítica en ocasiones dará preferencia la vida sin importar su calidad, en otras a la libertad sin preocuparse para qué.”*<sup>24</sup>

Volnei GARRAFA, por sua vez, propõe precisamente que a politização da bioética é incontornável se o objetivo é obter uma ética consistente voltada a

22. Ibid., p 114.

23. “O discurso legal, não menos que o ético, fica marginalizado de participar em decisões, silenciado na crítica e desativado na prática. Portanto, a tendência da biopolítica a reduzir a população e os indivíduos à nua convivência se situa em um nível pré-moral, onde a bioética não tem acesso porque sua linguagem se torna absurda em situações limites: Como pode um princípio bioético encontrar aplicação frente à realidade de um campo de concentração ou, em cenários contemporâneos, ter vigência quando combatentes capturados não são considerados prisioneiros de guerra e por isso não recebem o tratamento humanitário que foi internacionalmente acordado?”. Ibid., p 116.

24. “Tanto maior há de ser o esforço da bioética para detectar intrusões morais em nossas sociedades, que dicotomizam artificialmente os problemas da vida versus a liberdade, onde a biopolítica dará, em umas ocasiões, preferência à vida, sem se importar com sua qualidade, em outras, à liberdade, sem se preocupar para quê”. Ibid., p 119.

garantir a dignidade da pessoa humana<sup>25</sup>. A politização é necessária a fim de permitir a construção da justiça social. Considera que a inclusão social há de partir de conceitos como o de empoderamento, libertação e emancipação; que constituem possíveis ferramentas epistemológicas do que denomina a Bioética da Intervenção, pois voltada a intervir no campo social.

Ainda segundo o autor, a resistência oferecida à proposta de politização da Bioética em meios acadêmicos decorre, por um lado, do preciosismo que restringe o escopo epistemológico da disciplina, e está ligado aos prejuízos da dissociação entre razão e ação. Por outro lado, decorre de um conservadorismo que impede o pesquisador de reconhecer que nem toda gama de conflitos éticos relacionados à vida e à saúde pode ser circunscrita ao âmbito biomédico.

Feito o alerta quanto a estes distintos posicionamentos, importa identificar as linhas normalmente em que se defende a inclusão na abordagem bioética dos elementos atinentes à questão social.

“KOTTOW e SCHRAMM propõem a Bioética da Proteção, como uma esfera destinada a prover a proteção dos indivíduos marginalizados em uma ampla acepção e, portanto, susceptíveis ou fragilizados ao ponto de estarem impossibilitados de pleitear valores ou acautelar interesses, pois ameaçados na sua “vida nua”, aquém de todo direito ou da participação cidadã.”

GARRAFA coloca a Bioética da Intervenção nos seguintes termos:

“Para a Bioética de Intervenção, a inclusão social é a ação cotidiana de pessoas concretas e precisa ser tomada na dimensão política, como um processo no qual os sujeitos sociais articulam sua ação. Na medida em que a ação cotidiana direciona as escolhas não apenas em função de uma inclinação pessoal, mas considerando a dimensão do todo – a necessidade de garantir a existência das pessoas e de todas as formas de vida – ela se torna inclusiva, tendendo, como decorrência, à maior simetria.”<sup>26</sup>

CRUZ e TRINDADE<sup>27</sup> aclaram a construção da proposta de uma bioética de intervenção fundada na impossibilidade de se cogitar da autonomia em um contexto em que não haja possibilidades de escolhas livres.

Dessa forma, haveria que se trabalhar com os três conceitos de justiça social mencionados por GARRAFA e acima já referidos. *Libertação*, com base no pen-

25 . GARRAFA, Volnei. Inclusão social no contexto político da bioética. In Revista Brasileira de Bioética, v 1, n2, 2005, p 122-132.

26 . Ibid., p 129.

27 . CRUZ, Márcio Rojas da; TRINDADE, Etelvino de Souza. Bioética de Intervenção – uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades e grupos sociais vulneráveis. Revista Brasileira de Bioética, v 2, n 4, 2006, pp 483-500.

samento de Paulo Freire, correspondendo à remoção de forças opressoras que impedem o exercício da autonomia, cerceada pela coação. De *empoderamento* “*empowerment*”, com base no pensamento de Amartya Sen, correspondendo ao fato de que escolhas autônomas não podem ser influenciadas pela falta de opções e designando precisamente a atribuição dos meios adequados às pessoas vulnerabilizadas para galgar o legítimo poder de decisão. Por fim o conceito de *emancipação*, correspondendo ao suprimento da dependência, possibilitando uma escolha independente. Assim, a inclusão social, é fator de peso em uma bioética de intervenção. Trazendo para a discussão bioética a dimensão política.

Resulta claro que a Bioética da Proteção e a Bioética da Intervenção, em diferentes intensidades, propõem uma mitigação do princípio da autonomia para além das hipóteses clássicas e restritivas de vulnerabilidade<sup>28</sup>, no sentido de se reconhecer uma esfera, na qual a proteção dos indivíduos estaria fundada, precisamente, em situações de déficit de autonomia, geradas por vulnerabilidades adicionais, de natureza social, econômica ou biológica, impeditores do seu pleno exercício. Nas palavras de SCHRAMM:

“A bioética da proteção foi pensada para proteger aqueles que, devido às suas condições de vida e/ou saúde, são vulneráveis ou fragilizados a ponto de não poder realizar suas potencialidades e projetos de vida moralmente legítimos, pois as políticas públicas de saúde não os garantem. Nesse sentido, a bioética da proteção é uma ética aplicada mínima ou “*de primeiro nível*” (como diz ATLAN), algo como uma condição necessária para que se possa dizer que estamos no campo da ética e para que os vulneráveis ou fragilizados tenham alguma possibilidade de viver dignamente e realizar seus projetos de vida razoáveis, compartilháveis com os demais.”<sup>29</sup>

SCHRAMM e KOTTOW<sup>30</sup> indicam a necessidade de uma ética específica para o tratamento dos temas de saúde pública. Aqui estamos no campo das políticas públicas, onde se trabalha com riscos e complicações de grande magnitude, de difícil mensuração e quantificação. Não estamos trabalhando com situações individuais e pontuais, mas com grandes agregados, o que torna extremamente difícil fazer predições que possibilitem orientar moralmente, por via principalista,

28 . As exceções ao princípio da autonomia em BEAUCHAMP e CHILDRESS, por exemplo, ficam restritas às hipóteses de imaturidade ou incapacidade (“Young children, the severely retarded and senile patients”), por não haver intervenção capaz de capacitar indivíduos nessa situação a tomar decisões autônomas. O conceito de vulnerabilidade é restritivo com o fim de evitar o paternalismo. BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 6th edition, New York: Oxford University Press, 2009, p. 75.

29 . GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (coord). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006., p 147.

30 . KOTTOW, Miguel e SCHRAMM, Fermin Roland, *Principios bioéticos en salud pública – limitaciones y propuestas*. In *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 17(4): 949-956, jul-ago/2001.

os comportamentos eticamente apropriados. Daí a necessidade de uma ética específica para a saúde pública<sup>31</sup>.

Os autores analisam e criticam as possibilidades de sucesso de dois princípios propostos à análise ética da saúde pública: os princípios da Solidariedade e da Responsabilidade. Em relação ao primeiro, assim se pronunciam:

*“el principio de solidaridad se expone a innumerables críticas, sobre todo allí donde se le utiliza para legitimar políticas de asignación de recursos, que son reconocidamente finitos y escasos en cualquier sistema sanitario. El principio de solidaridad aplicado a las políticas públicas es insuficiente para resolver los complejos problemas de salud por estar obligado a ser solidario con los otros en situaciones de profunda diversidad de necesidades y aunque existan discrepancias profundas de valores que quedan opacas y negadas a la argumentación.”*<sup>32</sup>

Com relação ao Princípio da Responsabilidade, os autores analisam a aplicabilidade ao tema de uma ética da responsabilidade, usando os modelos da responsabilidade ôntica de Hans Jonas e diacônica, de Emmanuel LÉVINAS<sup>33</sup>. O entendimento, porém, é, também, pela sua insuficiência para tratar dos problemas éticos associados à saúde pública:

*“Estos tipos de responsabilidad indican que un agente moral debe ser responsable por las consecuencias de sus actos ante la sociedad y de acuerdo con normas validadas por una instancia evaluadora. En la práctica, no obstante, ello es difícil de realizar debido a las incertidumbres que afectan los cálculos probabilísticos utilizados en salud pública, como muestran prácticamente todos los estudios epidemiológicos...”*<sup>34</sup>

Propõem então os autores uma ética da proteção. Considerando que a especificidade da reflexão bioética em saúde pública está em que tanto os agentes como os destinatários da mesma, não são indivíduos, mas sim instituições ou coletividades. O que se busca é um princípio capaz de promover o equilíbrio entre os interesses e pontos de vista individuais e coletivos em torno do acesso

31 . O tema é tratado magistralmente por Giovanni Berlinguer: BERLINGUER, Giovanni. Ética da Saúde. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.

32 . “O princípio da solidariedade se expõe a inúmeras críticas, sobretudo ali onde se lhe utiliza para legitimar políticas de atribuição de recursos, que são reconhecidamente finitos e escassos em qualquer sistema sanitário. O princípio da solidariedade aplicado às políticas públicas é insuficiente para resolver os complexos problemas da saúde por estar obrigado a ser solidário com os outros em situações de profunda diversidade de necessidades e a despeito de que existam discrepâncias profundas de valores que ficam opacas e inacessíveis à argumentação.” Ibid., p 951.

33 . Ibid., p 951.

34 . “Estes tipos de responsabilidade indicam que um agente moral deve ser responsável pelas consequências de seus atos perante a sociedade e de acordo com normas validadas por uma instância avaliadora. Na prática, não obstante, são de difícil realização devido às incertezas que afetam os cálculos probabilísticos utilizados em saúde pública, como mostram praticamente todos os estudos epidemiológicos...” Ibid., p 953.

à saúde. Os autores afastam os princípios da solidariedade e da responsabilidade em duas dimensões ôntica e diacônica, para esse fim e propõem, como princípio reitor, desta bioética preocupada com a realização do acesso em bases igualitárias, o princípio da proteção. Trata-se de um princípio dirigido pelos fins e resultados, na atuação dos agentes morais em saúde pública.

Na proposta dos autores a ética da proteção recuperaria os conteúdos morais do princípio da responsabilidade atualizando-os no sentido de responder voluntariamente às necessidades dos outros e também no sentido de se preocupar com a eficácia e a efetividade das medidas de proteção sanitária adotada. Assim:

*“la evaluación puede mejor realizarse a partir de un principio de protección, el cual impone el deber de eficacia como condición necesaria para una potestad legítima de intervención, autorizada para exigir a la autonomía personal que se ajuste al bien común.”<sup>35</sup>*

Sobre as possibilidades de uma ética principialista na matéria do acesso à atenção em saúde, remetemos à abordagem de Maria do Céu Patrão NEVES, exposta no item 3, acima.

Entendemos que nesta abordagem, como naquela, assoma-se como o grande desafio e o grande direcionamento a ser dado para a bioética na saúde pública o de transladar, com os necessários ajustes e modificações, a abordagem do nível das relações interpessoais, característico da bioética das situações emergentes, ao nível das relações institucionais e coletivas, característico da bioética das situações persistentes, conforme demonstram os autores latino-americanos cujo pensamento acabamos de expor.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os problemas atinentes à alocação de recursos em saúde, como constatado, não constituem privilégio de países não desenvolvidos. O agravamento do problema dos custos, associado que está à assunção de uma medicina tecnológica e aos fenômenos de transição demográfica e epidemiológica, é vivenciado, talvez em momentos e percepções ligeiramente distintos, em toda região do globo, desenvolvida ou não. Em outras palavras, deve ser encarado como um problema global, comum, em maior ou menor extensão, a todos os países.

35 . “A avaliação pode melhor se realizar a partir de um princípio de proteção, o qual impõe o dever de eficácia como condição necessária para um legítimo poder de intervenção com autoridade para exigir, à autonomia pessoal, que se ajuste ao bem comum.” Ibid., p 955.



O surgimento de fatores de agravamento do problema do acesso à atenção em saúde é praticamente concorrente com a emergência da bioética como um campo de estudo. O desenvolvimento da biotecnologia, determinante histórico do surgimento da Bioética, integra o fenômeno da tecnologização da medicina e, portanto, possui relação não somente com os problemas surgidos no acesso à atenção em saúde, senão que também pode ter relação, assim esperamos, com as suas soluções.

Os caminhos assumidos por uma medicina biotecnológica importam à discussão bioética não somente na perspectiva da dignidade da pessoa humana, individualmente considerada, como também na perspectiva do desenvolvimento social-sanitário das coletividades humanas. As reflexões enfrentadas neste trabalho sugerem que a bioética, surgida nesse contexto, possui aptidão para ampliar e universalizar a discussão sobre a equidade no acesso, através da transcendência de algumas falsas dicotomias que vêm marcando a discussão, conforme referido no início do trabalho.

Uma delas é a dicotomia que opõe modelos sociais públicos de atenção a modelos liberais privados de atenção à saúde. Uma evidência nesse sentido está em que, cada vez mais, se torna raro, senão impossível, encontrar sistemas reais que sejam puramente públicos ou puramente privados. A regra é a combinação dos dois sistemas com predomínio ou não de um e outro.

Outra evidência é a de que os fundamentos de um e outro sistema possuem pontos de superposição, não sendo absolutamente independentes. Corroboram esta assertiva a lógica securitária que preside a racionalidade econômica tanto em um quanto em outro sistema e a presença do valor ou vetor equidade que preside critérios alocativos em ambos, muito embora sob distintas concepções: igualdade de oportunidades, em um, igualdade substancial, em outro.

Outra dicotomia passível, ao menos, de relativização é a existente entre a bioética das situações emergentes e a bioética das situações persistentes. Uma evidência nesse sentido é a de que as barreiras ao acesso de natureza sócio-econômica, presentes em quaisquer países em diferentes intensidades, embora possivelmente mais significativas e importantes, não são as únicas, pois há outros fatores que geram a discriminação no acesso, como a origem ou natureza dos agravos ou características da população a eles submetida, como idade, sexo, raça, etc. Concorrem muitas vezes, na constituição de tais barreiras, preconceitos de ordem moral, cultural ou histórica, presentes em qualquer população; razão pela qual o problema do acesso à atenção em saúde deve ganhar, na discussão bioética, os foros de uma discussão global, condizente com a vocação desse campo de estudo.

As buscas por respostas ao problema do acesso igualitário à atenção em saúde, tanto em uma perspectiva de fundamentação principiológica, como em uma perspectiva de fundamentação utilitária e pragmática, parecem enfatizar, em geral, a necessidade de que se adicione maior peso à questão da solidariedade e da responsabilidade individual no uso racional de recursos sanitários. Isto em quaisquer dos modelos de alocação ou sistema utilizado para o seu financiamento.

Trata-se de responsabilidade, entretanto, que deve ser pensada, concomitantemente, tanto em relação ao indivíduo, como em relação à sociedade e ao Estado. Autonomia e proteção são princípios a serem reequilibrados. Enfatizando-se a necessidade de consideração de uma justiça distributiva a qual implica, forçosamente, a renúncia a cuidados e atenções não universalizáveis sob perspectiva substancialmente igualitária.

Nesse sentido, a reflexão bioética deve incorporar e abranger os argumentos de ordem econômica, financeira ou orçamentária, a fim de que os mesmos, recebendo carga axiológica, não se prestem a mascarar a assunção de prioridades eticamente não defensáveis.

Entendemos que o Direito, como disciplina a reger a intersubjetividade humana, possui um importante papel a desempenhar na tarefa. E, nesse escopo, princípios e institutos hão de ser modelados ou remodelados; podendo, eventualmente, migrar entre os distintos campos do conhecimento humano, promovendo-se a aproximação entre Direito e Bioética a fim de se permitir, ao primeiro, a apreensão dos fatos e valores que devem informar a alocação ética e justa de recursos sanitários escassos, e, ao segundo, a instrumentalização de uma efetiva intervenção no campo social.

## REFERÊNCIAS

- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. *Principles of Biomedical Ethics*. 6<sup>th</sup> edition, New York: Oxford University Press, 2009.
- BERGEL, Salvador Darío. *Bioética y El Derecho de Acceso a Los Medicamentos*. In Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 7, n. 1/2/3, p. 117-162, 2006.
- BERLINGUER, Giovanni. *Ética da Saúde*. Tradução de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.
- CRUZ, Márcio Rojas da; TRINDADE, Etelvino de Souza. *Bioética de Intervenção – uma proposta epistemológica e uma necessidade para sociedades e grupos sociais vulneráveis*. Revista Brasileira de Bioética, v 2, n 4, 2006, pp 483-500.

- DWORKIN, Ronald. *Justice in the Distribution of Health Care*. McGill Law J. 1993; 38(4):883-98.
- GARRAFA, Volnei. *Inclusão social no contexto político da bioética*. In Revista Brasileira de Bioética, v 1, n 2, 2005, p 122-132.
- GARRAFA, Volnei; KOTTOW, Miguel; SAADA, Alya (coord). *Bases conceituais da bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo: Gaia, 2006.
- GONZÁLEZ, Ángel Puyol. *Ética, Derechos y racionamiento sanitario*. In Doxa, n. 22, 1999. Disponível em: <[http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22\\_25.pdf](http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12826207572393734198846/cuaderno22/Doxa22_25.pdf)> Acesso em 26 maio 2007, p 580-605.
- KOTTOW, Miguel. *Bioética y Biopolítica*, Revista da Sociedade Brasileira de Bioética, vol 1, n2, 2005.
- KOTTOW, Miguel e SCHRAMM, Fermin Roland, *Principios bioéticos en salud pública – limitaciones y propuestas*. In Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 17(4): 949-956, jul-ago/2001.
- NEVES, Maria do Céu Patrão. *Alocação de Recursos em Saúde: Considerações Éticas*. In Bioética – Revista do Conselho Federal de Medicina. vol 7, n2, 1999. disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/revista/bio2v7/allocarec.htm>. Acesso em: 14.07.2008.



## Artigos de convidados

### NACIONAIS

**V. O município e a família: a descentralização das políticas públicas de planejamento urbano na efetividade do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência comunitária**

*Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão*

**VI. A relação entre direito e moral: uma análise a partir do princípio da moralidade**

*Carolina de Freitas Paladino*

**VII O status moral do embrião humano e a alteridade como critério fundamental no diálogo bioético**

*Edna Raquel Hogemann*

**VIII. Proteção da confiança, *supressio* e *surrectio*, anotações sobre uma decisão do TJ/PE**

*Frederico Ricardo de Almeida Neves*

**IX. O papel dos juizados especiais cíveis na aproximação entre o poder judiciário e a população: os juizados itinerantes na cidade do Recife**

*José Mário Wanderley Gomes Neto  
João Gabriel de Albuquerque Baracho*

**X. Parcelamento do débito do art. 745-a do CPC: natureza jurídica e as possíveis consequências**

*Beclaute Oliveira Silva*

**XI. Da comunicação social à cibercomunicação jurídica: ciberespaço, comércio e contrato eletrônico**

*Ricardo Menna Barreto*

**XII. A força emancipatória da literatura: entre o universo da narrativa e o da verdade**

*Roberto Bueno*

**XIII. Ainda a (im)penhorabilidade de altos salários e imóveis de elevado valor – ponderações sobre a crítica de José Maria Tesheiner**

*Sérgio Cruz Arenhart*

**XIV. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**

*Valerio de Oliveira Mazzuoli*

### INTERNACIONAIS

**XV. ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea**

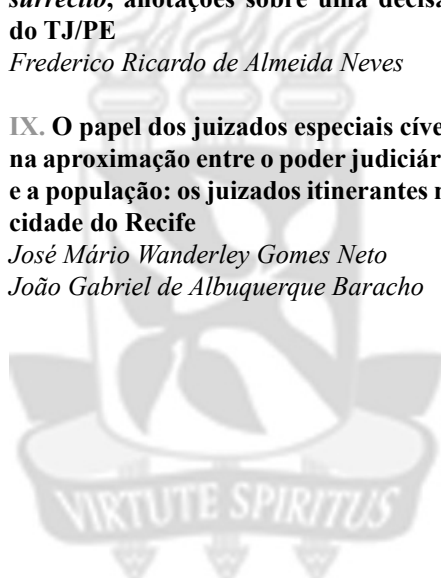
*Alvaro Pérez Ragone*

**XVI. A Constituição e as suas normas programáticas**

*Antonio D'Atena*

**XVII. Da estrutura dos direitos fundamentais a proteção**

*Robert Alexy*





V

**O MUNICÍPIO E A FAMÍLIA:  
A DESCENTRALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DE PLANEJAMENTO URBANO NA EFETIVIDADE DO  
DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLES-  
CENTE À CONVIVÊNCIA COMUNITÁRIA**

*Benedicto de Vasconcellos Luna Gonçalves Patrão*

Advogado e Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM; Especialista em Direito Civil-Constitucional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ; Mestrando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. e-mail: benepatrao@oi.com.br

**RESUMO:** O propósito deste trabalho consiste em demonstrar a importância do ambiente urbano para a criança e o adolescente, a fim de possibilitar o desenvolvimento pleno de suas potencialidades. Para tanto, conforme será exposto ao longo deste artigo, a fim de alcançar o ideal de qualidade de vida imposto por nosso ordenamento jurídico, fundado no princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88), é de suma importância compreender a nova ordem jurídico-urbanística nacional, desenvolvida através da democratização do processo decisório, em que a descentralização das políticas públicas, com o fortalecimento dos municípios, ganha relevante destaque.

**PALAVRAS CHAVES:** Descentralização das Políticas Públicas / Direito à Cidade/ Criança e Adolescente/Convivência Comunitária..

**ABSTRACT:** The intention of this work consists to expose the importance of the urban environment for the child and the adolescent, in order to make possible the full development of its potentialities. For in such a way, as it will be displayed throughout this article, in order to reach the ideal of quality of life tax for our legal system, established in the beginning of the dignity human being (art. 1º, III, CF/88), it is of utmost importance to understand the new national legal-urbanistic order, developed through the democratization of the power to decide process, where the decentralization of the public politics, with the development of the cities, gains excellent prominence.

**KEYWORDS:** Decentralization of the Public Politics/Right to the City/Child and Adolescent/Communitarian Experience.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A cidade e a problemática urbana – 3. O papel do município na tutela do direito fundamental da criança e do adolescente à convivência comunitária – 4. O direito fundamental da criança e do adolescente à convivência comunitária: o cuidado como valor jurídico. – 5. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

Ponderando a Teoria da Justiça de John Rawls<sup>1</sup>, em que o cerne da discussão está envolto dentro de uma concepção de sociedade justa, que deve ser, quando possível, sempre alcançada, podemos sustentar a existência de uma forma especial de releitura do ordenamento jurídico, baseada em uma nova ordem de idéias filosoficamente voltadas à plena eficácia dos princípios constitucionais, como instrumento para pôr fim aos conflitos sociais e, por conseguinte, alcançar os objetivos do Estado Democrático de Direito. Cabem aos operadores do Direito, portanto, o dever natural de eliminar quaisquer injustiças, a começar pelas mais cruéis, dentre elas as condições de insalubridade que assolam os grandes centros urbanos e afetam a família, colocando em xeque o que denominamos de direito à cidade<sup>2</sup>.

A integração dos valores constitucionais nas relações intersubjetivas, através da constitucionalização dos vários ramos do direito<sup>3</sup>, impôs uma nova roupagem ao próprio fundamento da família<sup>4</sup>, em especial quando contextualizada no ambiente

1. (RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Trad.: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997).
2. Rosângela Lunardelli Cavallazzi afirma que o Direito à cidade, definido como o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade e justiça social, “é compreendido como um direito coletivo dos habitantes das cidades, em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos que lhes confere a legitimidade de ação e de organização com base nos seus usos e costumes, para obterem o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado. (...) O direito à cidade é interligado e interdependente a todos os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente; inclui, portanto, direito à terra, aos meios de subsistência, ao trabalho, à saúde, à educação, à cultura, à moradia, à proteção social, à segurança, ao meio ambiente sadio, ao saneamento, ao transporte público, ao lazer e à informação. Inclui também o direito à liberdade de reunião e organização, o respeito às minorias e à pluralidade étnica, sexual e cultural; o respeito aos imigrantes e a garantia da preservação de herança histórica e cultural. (...) Este direito pressupõe a interdependência entre população, recursos, meio ambiente, relações econômicas e qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. Implica em mudanças estruturais profundas nos padrões de produção e consumo e nas formas de apropriação do território e dos recursos naturais. Referência à construção de soluções contra os efeitos negativos da globalização, da privatização, da escassez dos recursos naturais, do aumento da pobreza mundial, da fragilidade ambiental e suas conseqüências para a sobrevivência da humanidade e do planeta” (CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade, in *Revistas Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, 13ª edição, Ago/Set-2007. Porto Alegre: Editora Magister, 2007).
3. Segundo Gustavo Tepedino, “o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional” (TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7).
4. Neste sentido, destacam-se os ensinamentos de Heloisa Helena Barbosa, que ensina qual é o novo fundamento da família no mundo contemporâneo: “Qual a função atual da família? Se é certo que ela é a base da sociedade, qual o papel que ela cumpre desempenhar, já que não tem mais funções precipuamente religiosa, econômica ou política como outrora. Qual a base que se deve dar à comunidade familiar para que alcance



urbano. Especificamente em relação à criança e ao adolescente, hodiernamente entendidos como sujeitos de direito, que merecem especial atenção da família, sociedade e Estado<sup>5</sup>, podemos destacar a relevância da existência comunitária<sup>6</sup>, inserida na conceituação de direito à cidade, justamente por ser considerada como sendo o espaço ideal para a convivência de todos aqueles que compõem o núcleo familiar.

Neste sentido, tamanha é a importância e relevância da tutela da convivência comunitária para o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, que a mesma foi constitucionalmente antevista, conforme estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal, sendo também prevista na Lei nº. 8069/90, naquilo que passou a ser chamado de Estatuto da Criança e do Adolescente. Nestes importantes marcos históricos da nossa legislação protetiva, destacamos expressamente a menção ao direito à convivência comunitária, razão pela qual o referido preceito deverá

---

a tão almejada estabilidade, tornando-a duradoura ? Devemos reunir todas essas funções ou simplesmente considerar o seu verdadeiro e talvez único fundamento: a comunhão de afetos ?". (BARBOZA, H. H. G. *Novas Tendências do Direito de Família*, in *Revista da Faculdade de Direito*, v. 2. Rio de Janeiro: UERJ, 1994, p. 232).

5. A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, exposta no art. 3º, inciso I, da CF/88, no sentido de buscar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, já que a solidariedade deve existir nos relacionamentos intersubjetivos. Por isso, acolho, com reservas, as palavras de Maria Berenice Dias, ao ensinar que, "ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão", pois "basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (art. 227 da CF/88) o dever de garantir, com absoluta prioridade, os direitos inerentes aos cidadãos em formação" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*, 3a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006). Não obstante o posterior alerta da autora, no sentido de que "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º, da CF/88), importante destacar que, em se tratando de convivência comunitária, cabe ao Estado, em especial ao Município, ser o principal responsável pelo planejamento e execução de políticas públicas para o ordenamento urbano, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, objetivando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos impostos pelo artigo 182 da Constituição Federal.
6. Segundo o artigo 227 da Constituição Federal, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à convivência comunitária, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Considerando a importância do ambiente na formação da criança e do adolescente, a questão envolvendo a tutela da convivência comunitária está inegavelmente baseada na obrigatoriedade do Poder Público, em especial o Município, com fulcro no artigo 182 da Constituição Federal, efetivar políticas públicas voltadas para a revitalização e a readequação dos espaços públicos, buscando resguardar a qualidade de vida dos jovens. Por essa razão, não obstante o dever da família, no sentido de proporcionar um ambiente acolhedor e vivo para que se sintam acolhidas, e da sociedade, através da gestão democrática da cidade, é o Estado, principalmente o Município, o principal responsável em salvaguardar o direito fundamental da criança e do adolescente à convivência comunitária, já que é especialmente na cidade que devem ser fornecidos os espaços públicos dignos para que deles as crianças possam fazer uso, exercitando sua cidadania na plenitude constitucional.

ser elevado ao status de Direito Fundamental Social<sup>7</sup>, a ser observado em especial pelo Município, principal ente federativo<sup>8</sup> responsável pela gestão urbana<sup>9</sup>.

Portanto, não há dúvida de que, ao determinar a convivência comunitária como prioridade absoluta para os menores, desejou o legislador que o Poder Público, especialmente o municipal, criasse mecanismos que propiciassem a concretização deste direito constitucionalmente tutelado. Neste sentido, a análise de mecanismos para o efetivo desenvolvimento das funções sociais da cidade, através da propositura de publicas públicas adequadas para a plena efetividade do Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária, deve ser novamente sopesada, sob nova perspectiva, com o fito de melhor vislumbrar os objetivos constitucionais, bem como delimitar o papel do Município nesta difícil empreitada.

Sob este último aspecto, portanto, é que o presente trabalho é desenvolvido, já que não há dúvida de que os seres humanos, em especial a criança e o adolescente, precisam de um contexto comunitário que possibilite o desenvolvimento pleno de suas potencialidades. Para tanto, conforme será exposto ao longo deste artigo, a fim de alcançar o ideal de qualidade de vida imposto por nosso ordenamento jurídico, fundado no princípio da dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF/88), é de suma importância compreender a nova ordem jurídico-urbanística

7. Enquanto que os direitos fundamentais originários são aqueles declarados no artigo 5º, da CF/88, e nos grandes textos internacionais, aproximando-se do que alguns autores chamam de direitos humanos de 1ª geração, os direitos fundamentais sociais, que também compõem o quadro do mínimo existencial, são os direitos sociais permeados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana e que se transformam em condições de liberdade.
8. A doutrina discute se o município tem natureza de ente federativo. José Afonso da Silva é árduo defensor de que o município não se enquadra na Federação dizendo: "Não existe federação de municípios. Existe Federação de Estados". (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007). Neste sentido, os autores justificam que, como os municípios não possuem representação no Senado Federal, um Poder Judiciário próprio e até território (uma vez que integram os Estados), não se caracterizam como entes federativos. Por outro lado, o mestre Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007), arrimado em Hely Lopes Meireles (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro, 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006), demonstra que o município, devido a importância que destaca na federação, tem, certamente, natureza de ente federativo. Estamos com os últimos. Basta a verificação do art. 18 da nossa Constituição para notar que o Município é uma entidade federativa. Assim, o Município tendo autonomia constitucional, não deve de ser excluído da Federação. Havendo repartição de competências, com a finalidade de garantir a harmonia e o pacto federativo.
9. A atuação de cada ente é definida pelas competências estabelecidas pela própria Carta Magna. Em nosso sistema constitucional, aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e estadual no que couber, promover o adequado ordenamento territorial mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual, executar a política de desenvolvimento urbano e elaborar o Plano Diretor.

nacional, desenvolvida através da democratização do processo decisório, em que a descentralização das políticas públicas, com o fortalecimento dos Municípios, ganha relevante destaque.

## 2. A CIDADE E A PROBLEMÁTICA URBANA NO CONTEXTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Não há dúvidas de que o espaço, em especial o urbano, de uso público e multifuncional<sup>10</sup>, é fundamental para a formação da criança e do adolescente, de tal modo que, estando impedidos de freqüentar o ambiente comunitário, em razão da desordem citadina<sup>11</sup>, os mesmos deixam de observar as mudanças que ocorrem na cidade como um todo. Isto tem efeitos devastadores na própria dinâmica urbana, pois devemos entender e sentir a cidade através de seus espaços de uso comum<sup>12</sup>, de tal forma que, quanto mais diversificado for o uso dos logradouros e calçadas, através da apropriação do local público<sup>13</sup>, mais segura as mesmas se tornam<sup>14</sup>, propiciando a maximização da convivência comunitária de todos, em especial da criança e do adolescente.

Contudo, o que seria especificamente o Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária ? Neste sentido, não há dúvidas de que a intenção do legislador constitucional foi destacar a importância de serem criadas condições favoráveis para a coexistência da criança e do adolescente no espaço

10. A multifuncionalidade da cidade é um princípio informador da mesma, na medida em que a cidade acolhe simultaneamente várias funções complexas, desenvolvendo uma pluralidade de diferenças (diferentes culturas, tipologias de ocupação de espaço urbano, classes sociais, idades e vulnerabilidades, profissões e ofícios).
11. "No Brasil, a urbanização intensiva já transformou estruturalmente a ordem socioeconômica e redesenhou a ocupação do território nacional, tendo provocado impactos ambientais comparáveis aos efeitos de grandes catástrofes naturais. Cerca de 80% da população brasileira - de um total de 165 milhões - vive atualmente nas cidades, sobretudo nas áreas metropolitanas" (FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: uma introdução*, in *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000).
12. Para Jane Jacobs, a imagem que temos em relação à determinada cidade é diretamente proporcional àquilo que apreendemos de suas ruas. Assim sendo, "se as ruas de uma cidade parecem interessantes, a cidade parecerá interessante; se elas parecerem monótonas, a cidade parecerá monótona" (JACOBS, Jane. *Morte e Vida nas Grandes Cidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 29).
13. Segundo Jacobs, a existência de um número substancial de estabelecimentos e outros locais públicos, dispostos ao longo das calçadas, é um requisito básico de vigilância, acarretando em maior segurança, na medida em que permite que as pessoas, tanto moradores, quanto estranhos, tenham motivos concretos para utilizar os locais onde esses estabelecimentos se encontram (JACOBS, Jane. *Op. Cit.*).
14. Jacobs aponta, como traço característico das cidades, o fato de estarem sempre repletas de estranhos, afirmando que os mesmos são benéficos, fazendo a cidade mais divertida, desde que a rua esteja bem preparada para lidar com eles, através de uma boa e eficaz demarcação de áreas privadas e públicas e um "suprimento básico de atividades e olhos" (JACOBS, Jane. *Op. Cit.*, p. 41).

(especialmente o público-urbano), sob o fundamento de que tal inter-relacionamento (criança e adolescente/espço urbano) propiciaria o pleno desenvolvimento de suas potencialidades<sup>15</sup>.

Por conseguinte, a cidade deve fornecer espaços públicos apropriados à criança e ao adolescente, a fim de lhes propiciar estímulos, conhecimentos e aprendizados<sup>16</sup>, cabendo à gestão urbana o desafio de afastar a atual quadro de evidente *apartheid* convivencial, agravado pela ocupação desordenada do território, decorrente do processo de urbanificação<sup>17</sup>. Com isso, desempenharíamos um importante papel no processo de formação dos jovens<sup>18</sup>, já que, hodiernamente, os mesmos não vivenciam plenamente a atmosfera pública de seus bairros, diante de diversos fatores, dentre eles a violência e a miséria.

15. “A cidade é entendida e sentida por meio de seus espaços públicos, espaços de uso comunitário. Não freqüentá-los limita o contato com o espaço aberto de uso comum e com vários tipos de indivíduos. A criança deixa de observar as mudanças que ocorrem no espaço público e que influem a cidade como um todo. (...) O ambiente prazeroso propicia a socialização, a companhia dos outros sem compromisso algum. Num espaço adequado, as crianças se sentirão respeitadas enquanto usuárias e futuras cidadãs, e também o respeitarão, pois ele é o seu espaço”. (OLIVEIRA, Cláudia. O Ambiente Urbano e a Formação da Criança. São Paulo: Aleph, 2004, p. 70).
16. Segundo Cláudia Oliveira, “é trabalhando o corpo no espaço público que a criança conhece e participa da dinâmica do viver na cidade, do encontro com a natureza. Na relação com esse espaço ela aprende a medir, em cada movimento, distância, força e velocidade. A cultura da sociedade é aprendida pela criança no espaço e no tempo por observação e imitação, brincando, trocando experiências, criando vínculos com outras crianças e com adultos de diversas classes sociais, eliminando barreiras segregacionistas, desenvolvendo a solidariedade e promovendo a socialização. Estes espaços precisam ser estimulantes, vivos, com diversos tipos de materiais, cores, alturas, formas e texturas. O ambiente prazeroso propicia a socialização. Num espaço adequado, as crianças se sentirão respeitadas enquanto suas usuárias e futuras cidadãs e também o respeitarão, pois ele é o seu espaço. Um espaço público bem projetado criará nas crianças o gosto pela cidade” (OLIVEIRA, Cláudia. Entrevista concedida à Mônica Herculano, jornalista do portal do GIFE - Grupo de Institutos Fundações e Empresas, que pode ser acessado pelo seguinte endereço eletrônico: [http://www.gife.org.br/redegifeonline\\_noticias.php?codigo=849&tamandotela=3&tipo=ie](http://www.gife.org.br/redegifeonline_noticias.php?codigo=849&tamandotela=3&tipo=ie), acesso em 17 de setembro de 2008).
17. Edésio Fernandes assim descreve este fenômeno: “Na maioria dos casos, a exclusão social tem correspondido também a um processo de segregação territorial, já que os indivíduos e grupos excluídos da economia urbana formal são forçados a viver nas precárias periferias das grandes cidades, ou mesmo em áreas centrais que não são devidamente urbanizadas. Dentre outros indicadores da poderosa combinação entre exclusão social e segregação territorial - mortalidade infantil; incidência de doenças; grau de escolaridade; acesso a serviços, infra-estrutura urbana e equipamentos coletivos; existência de áreas verdes, etc. -, dados recentes indicam que cerca de 600 milhões de pessoas nos países em desenvolvimento vivem atualmente em situações insalubres e perigosas. Exclusão social e segregação territorial têm determinado a baixa qualidade de vida nas cidades, bem como contribuído diretamente para a degradação ambiental e para o aumento da pobreza na sociedade urbana” (FERNANDES, Edésio. Op. cit).
18. Segundo a arquiteta Cláudia Oliveira, “crianças que não utilizam o espaço público e fazem seus itinerários sempre dentro de veículos têm dificuldade de elaborar seus mapas mentais e desenvolvem uma percepção diferente daquelas que circulam a pé. A noção de espaço físico da criança é bastante recortada. Ela faz composições entre o imaginário e a realidade, com soluções que a eximem de construir uma percepção do espaço e do movimento nele. Apresentam indícios de perda de noção dos espaços físico e público e da socialização” (OLIVEIRA, Cláudia. Op. Cit.).

Neste sentido, não há dúvidas de que o Poder Público necessita disponibilizar, por exemplo, áreas seguras para o lazer, na medida em que estes espaços, sob a ótica da criança e do adolescente, estimulam os sentidos e o movimento, enriquecem a mente e a criatividade, permitem o contato com a natureza e com outras pessoas. Além do mais, no que diz respeito às condições de miséria de grande parte da nossa população, a adoção de soluções para a superação da pobreza urbana constituem medidas de fundamental relevância para garantir a convivência comunitária condigna da criança e do adolescente.

Assim sendo, tanto a obrigatoriedade de oferecer condições mínimas de segurança, como a evidente necessidade de suplantar as condições de miserabilidade dos guetos urbanos<sup>19</sup>, constituem verdadeiras barreiras para a concretização do Direito Fundamental à Convivência Comunitária da Criança e do Adolescente, justamente por não possibilitar a revitalização e a readequação dos espaços públicos para a convivência dos jovens.

Portanto, apenas com o adequado cumprimento de todos os elementos formadores do direito à cidade (direito à saúde, à educação, à cultura, à moradia, à proteção social, ao meio ambiente sadio, ao saneamento, ao transporte público, ao lazer e à informação, dentre outros) é que efetivamente suplantaremos os fatos impeditivos da fruição do ambiente urbano, com o objetivo de efetivar o Direito Fundamental à Convivência Comunitária da Criança e do Adolescente.

### **3. O PAPEL DO MUNICÍPIO NA TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA COMUNITÁRIA**

Diante do quadro de incertezas acarretadas pelo atual estado de desordem urbana, é que o papel do Município ganha notória relevância, diante de sua inata destreza na busca pelo desenvolvimento de políticas públicas que, de alguma forma, salvaguardam o Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária. Conforme estabelecido em nossa carta constitucional, o Município, tendo como princípios informadores a centralidade e a

19. Cláudia Oliveira afirma ainda que “a criança cidadã surge com o exercício da liberdade, em espaço e ambiente adequados, pois o modelo cívico forma-se da cultura e do espaço. Como formar um ser humano saudável, rico em suas relações sociais, se os espaços oferecidos à criança são coalhados de restrições? Elas necessitam de um espaço público de liberdade para poder desenvolver sua autonomia. Um dos aspectos a serem cuidados no ambiente urbano refere-se à sua adequação às necessidades da criança. Este ajuste é básico para a formação das nossas futuras gerações” (OLIVEIRA, Cláudia. Op. cit.)

diversidade<sup>20</sup>, tem incontroversa vocação, tanto legal, como natural, em ser o gestor do espaço, atuando no planejamento das cidades, em cooperação com as diversas associações representativas existentes na municipalidade.

Nesta sua vocação natural, não há dúvidas de que, na superação do caos urbano, qualquer projeto deve ter plena consciência da natureza e dinâmica dos locais em que se concentram os problemas de uma determinada cidade. Por isso, sendo considerada a preferência naturalmente mais apropriada, a proximidade do gestor municipal justifica a opção pela descentralização das políticas públicas de planejamento urbano.

Quanto à sua vocação legal, destacamos novamente que a questão envolvendo a tutela da convivência comunitária está inegavelmente baseada na obrigatoriedade do Município em efetivar soluções voltadas para a revitalização e a readequação dos espaços, buscando resguardar a qualidade de vida da criança e do adolescente. Para tanto, devemos nos valer das normas urbanísticas, seja de origem constitucional (por meio dos artigos 182 e 183, ambos da CF/88), como da legislação infraconstitucional, em especial o Estatuto da Cidade (lei nº 10.257/01), no intuito de alcançar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e, por conseguinte, tutelar o Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária.

Portanto, podemos afirmar que o novo paradigma no planejamento da cidade esteja precisamente no fortalecimento das instituições locais, através do desenvolvimento *in loco* de políticas públicas para o planejamento e desenvolvimento, objetivando a superação da pobreza e demais problemas que, de alguma forma, comprometem a sobrevivência digna das crianças e dos adolescentes no ambiente urbano. Contudo, frisa-se, novamente, que a atuação do Município não é hermética, ao contrário, exige a cooperação das associações representativas no planejamento municipal<sup>21</sup>.

20. Conforme ensina José Nilo de Castro, “a cidade e o cidadão têm uma integração sensível e sentida. A cidade reage à medida da provocação do cidadão pela força de seus princípios informadores, que são os da centralidade e a diversidade. Informa a cidade o princípio da centralidade, porque é a cidade o centro de tudo, centro administrativo, centro político. Centro religioso, centro econômico-financeiro, centro cultural. Há seguramente aí uma força centrípeta irresistível. A informa a cidade está o princípio da diversidade, porque nela se situa e se desenvolve pluralidade e raças e de etnias, de profissões e de religiões, de culturas e de trocas de informações. São duas forças as entranhas da cidade, a centralidade e a diversidade” (CASTRO, José Nilo. Direito Municipal Positivo, 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

21. O Artigo 29, XII, da Constituição Federal, estabelece que seja princípio básico, a ser inserido na Lei Orgânica do Município, a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”.

Resta claro, assim sendo, o papel do Município, ante suas responsabilidades pela gestão da cidade, em garantir aquilo necessário para a criança e ao adolescente, através de prestações positivas que visem oferecer, ao menos, a quantidade mínima de direitos sociais, sem aos quais os mesmos não têm condições de sobreviver com dignidade. Com isso, o Município estará agindo conforme os preceitos constitucionais, que são cogentes e muitas vezes judicialmente exigíveis, respeitando e dando plena efetividade ao Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária.

#### **4. DIREITO FUNDAMENTAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE À CONVIVÊNCIA COMUNITÁRIA: O CUIDADO COMO VALOR JURÍDICO**

O mínimo existencial, ou mínimo social, conforme prefere John Rawls<sup>22</sup>, integra o conceito dos direitos fundamentais, ao estabelecer que há um direito às condições mínimas de existência humana digna, que não podem ser objeto de intervenção do Estado, além de exigir prestações estatais positivas, no intuito de garantir a dignidade humana. Nesse sentido, podemos afirmar que, sem o mínimo necessário à existência, cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade, de tal forma que o núcleo essencial da dignidade humana – entendido como a necessidade material de existência - não possa retroceder aquém de um limite, do qual absolutamente ninguém pode ser privado.

O progressivo avanço no reconhecimento dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente resulta justamente da consciência de que eventual ofensa pode atingir de sobremaneira o núcleo essencial da proteção da dignidade humana, ao afrontar de forma irrefragável o mínimo necessário para a existência condigna de especial parcela da população, que merece particular atenção do Estado, em face de sua evidente hipossuficiência. Sendo a Constituição Federal, nas palavras do Min. Gilmar Ferreira Mendes, “o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões<sup>23</sup>”, a atual Carta Magna, portanto, ocupa papel central na tutela dos Direitos Fundamentais<sup>24</sup>, criando a devida

22. (RAWLS, John. Op. Cit., p. 370)

23. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 231.

24. Ingo Wolfgang Sarlet faz precisa distinção entre a nomenclatura de direitos fundamentais e direitos humanos afirmando que “em que pese sejam ambos os termos (direitos humanos e direitos fundamentais) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira, e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados

jusfundamentação da proteção constitucional da Criança e do Adolescente, ao consagrar, no artigo 227, *standarts* que devem obrigatoriamente ser observados pela família, sociedade e Estado <sup>25</sup>.

Neste sentido, o artigo 227 da Constituição Federal afirma que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Este dispositivo legal corporifica perfeitamente o anseio da população, na época da elaboração de nossa carta constitucional, por mudanças e pela exorcização daquilo outrora denominado “entulho autoritário” – que nessa área se identificava com o Código de Menores.

Outro marco da história de nossa legislação protetiva, foi a entrada em vigor da Lei de nº. 8069/90, que institui o *Estatuto da Criança e do Adolescente*<sup>26</sup>. Dentre

---

na esfera dos direitos constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 33-34). Os mesmo entendimentos apresentam Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001), José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*) e Paulo Márcio Cruz (CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e ampl. Curitiba: Juruá, 2003). Deste modo, não obstante as opiniões em contrário, dentre elas a de Ricardo Lobo Torres (TORRES, Ricardo Lobo et al. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Coleção Temas Renovar. Organizador: Ricardo Lobo Torres. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001), preferimos adotar o entendimento de que as expressões não são expressões sinônimas.

25. Diante daquilo denominado Neolocalismo, o Município, como gestor das políticas públicas locais, ganha especial destaque. Conforme afirmado por Marcos André B. C. de Mello, “na realidade, a idéia de descentralização é hoje lugar comum tanto em uma agenda neoliberal quanto em uma agenda histórica, identificada com a social democracia [...]. Dentro de uma tradição neoliberal, a idéia da descentralização, da devolução de funções e competências a entes subnacionais, equivale a uma estratégia maior de retirada de parcela do poder do Governo central. Este é o Leitmotiv da idéia da descentralização. Da mesma forma, dentro de uma agenda social democrática, histórica, a idéia de descentralização é inteiramente diversa; aqueles que propugnam pela descentralização e pela autonomia local, em última instância, estão postulando a democratização da gestão e a ampliação do controle social” (MELO, Marcus André B. C. de. *O Município na Federação Brasileira e a Questão da Autonomia*, in *Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local*. Konrad Adenauer Stiftung – Representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1999).
26. Atualmente, podemos afirmar que o Direito Civil deixa de ser baseado em uma só lei codificada, diante da hodierna inaplicabilidade de sua ideologia fundante, originada na premissa de que o Código Civil teria a intenção de impor completude, centralidade e unicidade ao sistema de tutela das relações jurídicas privadas. Logo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, fazendo parte integrante da extensa legislação extravagante que se aplica aos diversos setores da ordem privada e pública, pode ser considerado como sendo um microsistema, cujo surgimento se verifica em razão da instalação de uma nova ordem protetiva sobre a Criança



os importantes preceitos<sup>27</sup> expostos no aludido diploma legal, que marca a ruptura com o velho paradigma da situação irregular do menor e do adolescente, podemos destacar a ratificação daquilo outrora já estipulado no artigo 227 da Constituição Federal, ao estipular novamente a prioridade do direito à convivência comunitária da criança e do adolescente<sup>28</sup>.

É justamente dentro deste contexto de primazias é que o cuidado, considerado como valor jurídico, deve ser destacado. O cuidado, que deve ser despendido em favor da criança e adolescente, como membros da coletividade urbana, deve ser considerado como um *standard*, integrante do núcleo ordinário do arcabouço particular de proteção dos menores, base dos direitos fundamentais indicados no artigo 227 da Constituição Federal e pelas normas protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto da Cidade.

Consequentemente, o cuidado com a criança e o adolescente, que deve sempre observar os governos municipais na prática de suas políticas públicas urbanísticas,

---

e o Adolescente. Neste mesmo diapasão, o Prof. Gustavo Tepedino, em apertada síntese, preconiza que “o Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas de direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio direito civil, através da legislação extracodificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes” (TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit. p. 7).

27. Muitos dos preceitos estabelecidos do Estatuto da Criança e do Adolescente são compostos por conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que não se deixam envelhecer com o transcorrer do tempo, tendo em vista a possibilidade de sua adaptação, no momento da aplicação da norma. José Augusto Delgado ensina que “a técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos gerais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo. (DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados, in ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 395). Neste mesmo sentido, destaca Gustavo Tepedino ao afirmar que podemos notar “uma alteração profunda na técnica legislativa. Cuida-se de leis que definem objetivos concretos; uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios. O legislador fixa as diretrizes da política nacional do consumo; estabelece as metas a serem atingidas no tocante à locação de imóveis urbanos; define programas e políticas públicas para a proteção integral da criança e do adolescente. O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando-se da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e os efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitradas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas” (TEPEDINO, Gustavo. Op. Cit. p. 8-9).
28. Segundo o Artigo 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a convivência comunitária da criança e do adolescente. O inciso I, letra “c”, do parágrafo único do referido artigo afirma ainda que a garantia de prioridade compreende a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas.

nas palavras de Tânia Silva Pereira, “representa verdadeiro substrato material da dignidade humana, encontrando efetivo respaldo dentro do próprio ordenamento jurídico, embora sem previsão expressa; destaca-se por sua potencialidade no sentido de representar elemento jurídico incontestado na proteção da infância e juventude em nosso país”.<sup>29</sup>

Diante disto, resta a reflexão acerca da possibilidade de judicialização das políticas públicas, como forma de efetivamente propiciar o direito à cidade, no caso de inércia do Poder Público em tutelar o Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária. Neste sentido, é de curial importância analisar em quais situações a tutela da criança e do adolescente, inseridos dentro do contexto urbano, pode ser garantida por via judicial, independentemente das limitações impostas pela reserva do possível<sup>30</sup>, ou, ao revés, depende unicamente da discricionariedade do Poder Público para ser efetivamente implementada.

Apesar de não ser objeto do presente artigo, que se limita a analisar o papel da municipalidade para a garantia do Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária, não há dúvidas de que é necessário aprofundar o debate acerca do papel do Poder Judiciário na salvaguarda dos desvalidos, frente à inércia dos demais poderes da República. Neste aspecto, a doutrina é praticamente unânime quanto à possibilidade de intervenção judicial na tutela dos direitos fundamentais originários, garantidores das liberdades básicas – também denominados de Direitos Humanos de 1ª geração - e que são declarados nos artigos 5º, da Constituição Federal e nos grandes textos internacionais.

Contudo, não há a mesma unanimidade em relação aos Direitos Fundamentais Sociais – como é o caso da proteção à convivência comunitária da criança e do adolescente – em razão da necessidade de uma atividade prestacional por parte do

29. PEREIRA, Tânia da Silva, e MELO, Carolina de Campos. Infância e Juventude: Os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988, in Revista Trimestral de Direito Civil, nº. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 109.

30. Quanto à problemática da expressão “reserva do possível”, Marcos Maseli a contextualiza afirmando que, “um dos principais argumentos suscitados em desfavor dos direitos prestacionais é o da reserva do possível. Aqui, o obstáculo não mais diz respeito a possíveis defeitos no dispositivo positivador do direito prestacional, mas sim ao dado concreto de que tais situações jurídicas demandam, para sua efetivação, o dispêndio de recursos financeiros que o Estado, sabidamente, detém de forma limitada (...). A doutrina refratária dos direitos prestacionais aventou, em adição à reserva do possível fática, a reserva do possível jurídica. Mesmo que o Estado disponha, materialmente, dos recursos necessários a um determinado direito prestacional, e ainda que eventual dispêndio destes recursos não obscureça o atendimento a outro direito fundamental, não disporia o Judiciário de instrumentos jurídicos para, em última análise, determinar, por via oblíqua, uma reformulação do orçamento, documento formalmente legislativo para cuja confecção devem se somar, por determinação constitucional, os esforços do Executivo e do Legislativo” (GOUVEA, Marcos Maselli. O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Rio de Janeiro: Forense, 2007).

Poder Público, muitas vezes de custo financeiro elevado<sup>31</sup>. Neste caso, segundo alguns autores, não há a possibilidade de judicialização das políticas públicas, sendo a efetivação das mesmas restritas à discricionariedade do ente estatal, não obstante a inércia governamental normalmente atingir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Frisa-se, portanto, conforme salienta Manuel Garcia-Pelayo, que “*no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañada de unas condiciones existenciais minimas que hagan posible su ejercicio real*”<sup>32</sup>. Portanto, “é um fato que propiciar direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçoar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou de cuidados médicos antes de poderem utilizar uma liberdade mais ampla”<sup>33</sup>.

Logo, o direito à convivência comunitária da criança e do adolescente – que se mostra redutível à noção dos direitos de segunda geração – exprime, de um lado, no plano do sistema jurídico-normativo, a exigência de solidariedade social, e pressupõe, de outro, a asserção de que a dignidade humana é um valor impregnado de centralidade em nosso ordenamento político. Por esta razão, quaisquer que sejam as dimensões em que esta se projeta<sup>34</sup>, só se afirmará ao se garantir à convivência comunitária da criança e do adolescente, ao menos, os elementos nucleares do direito à cidade, diante das evidentes imbricações existentes entre ambos os conceitos.

31. Desata-se que, mesmo para a garantia dos Direitos Humanos definidos como sendo de 1ª geração, há custos financeiros, não sendo, por conseguinte, o status negativus sinônimo de ausência de despesas orçamentárias. Para melhor esclarecimento, é recomendável a leitura da obra do Prof. Flávio Galdino (GALDINO, Flávio. Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos : direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005).

32. GARCIA-PELAYO, Manuel. Las Transformaciones del Estado Contemporáneo. Madrid: Alianza Editorial, 1980, p. 26.

33. BERLIN, I. Quatro Ensaio sobre a Liberdade. Brasília: Universidade, 1981, p. 138.

34. Para CELSO LAFER, “é por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo ‘welfare state’, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva ‘ex parte populi’, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômico-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuraram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo” (LAFER, Celso. A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 127).

Portanto, na hipótese de inércia do Poder Público em garantir, ao menos, os elementos nucleares do direito ao ambiente urbano - alcançados com a fiança de que haverá condições mínimas de “usufruto eqüitativo das cidades, dentro dos princípios de sustentabilidade e justiça social”<sup>35</sup> – podemos imaginar a possibilidade de judicialização das políticas públicas, no sentido de obrigar o ente estatal, dentro de certos parâmetros<sup>36</sup>, a efetivamente avaliar àquilo necessário para a existência condigna da criança e do adolescente<sup>37</sup>.

Caso contrário, ao não realizar os objetivos perseguidos pelo legislador constituinte, não há dúvidas de que estaríamos diante de uma censurável situação de inconstitucionalidade, por omissão, imputável ao Poder Público. Isto se deve, já que, repita-se, é reconhecido que a Constituição Federal delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado, mediante a adoção de políticas públicas consequentes e responsáveis, notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso ao espaço público<sup>38</sup>.

35. CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, Op. Cit.

36. Elucidativa é a assertiva proferida por Arthur Pinheiro Chaves, ao afirmar que “os parâmetros balizadores da atuação jurisdicional são o do “mínimo social”, de um lado, e o da avaliação do impacto da decisão sobre os orçamentos públicos, de outro. Em nome do padrão do “mínimo social”, os juízes não devem hesitar em suas determinações, concernentes à efetivação de políticas públicas, quando isso se mostrar imprescindível e factível para a manutenção de um padrão social mínimo de convivência. No âmbito do mencionado factível, de outra banda, é que há que se aferir o aspecto balizador do impacto sobre o orçamento, devendo a razoabilidade da medida determinada em sede judicial ser demonstrada à luz do caso analisado em concreto, podendo ser adotadas, de forma a se obter a solução ponderada e possível, saídas criativas, como a fixação de prazos mais flexíveis e compatíveis com o processo de elaboração orçamentária” (CHAVES, Arthur Pinheiro. A Judicialização da Política, in <http://blogdoespacoaberto.blogspot.com/2008/05/judicializaoda-politica.html>, acesso em 21 de setembro de 2008).

37. Diante da extrema pertinência de suas observações, devemos destacar a advertência de Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, cujo magistério, a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais, assinala: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. (...) Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.(...)Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.(...)As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional” (FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca . A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 59, 95 e 97).

38. Ao julgar a ADPF 45/DF (Informativo/STF nº. 345/2004). o Ministro Celso de Mello proferiu decisão assim ementada: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando

## 5. CONCLUSÃO

No ano em que o Brasil celebra os 20 anos da Constituição Federal, os 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e os 08 anos do Estatuto da Cidade, raros são os estudos que fazem as devidas imbricações entre o Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária e as normas de natureza urbanística. Com isso, fecham-se os olhos para uma óbvia relação de simbiose existente entre o Direito de Família e o Direito Urbanístico, de tal forma que, a partir de uma ingênua concepção, a cidade pudesse ser imaginada e concebida sem a análise das normas que tutelam as relações familiares e os membros que compõem o seu núcleo.

configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” O Ministro salientou, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada à Suprema Corte, não pode “demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam - enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) - com as liberdades positivas, reais ou concretas” (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez, o Supremo Tribunal Federal: “Desrespeito à constituição - modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público; - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação; - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público; (...); - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É certo – tal como observado no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) - que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas do Suprema Tribunal Federal, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (ANDRADE, José Carlos Vieira de, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Almedina, p. 207, item n. 05), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie.

Conforme exposto ao longo do presente artigo, a concepção de convivência comunitária tem íntima relação com o espaço público, normalmente das cidades, em que a criança e o adolescente utilizam. Por esta razão, o Direito Fundamental da Criança e do Adolescente à Convivência Comunitária deve ser compreendido como parte integrante do direito ao ambiente urbano, através da obrigatoriedade do poder público, em especial o municipal, de propiciar condições favoráveis para a sua fruição, sob o fundamento de que a adequada coexistência dos jovens na cidade possibilita o pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Neste sentido, citando novamente as lições expostas por Cláudia Oliveira, podemos depreender que:

“A cidade é entendida e sentida por meio de seus espaços públicos, espaços de uso comunitário. Não frequentá-los limita o contato com o espaço aberto de uso comum e com vários tipos de indivíduos. A criança deixa de observar as mudanças que ocorrem no espaço público e que influem a cidade como um todo. (...) O ambiente prazeroso propicia a socialização, a companhia dos outros sem compromisso algum. Num espaço adequado, as crianças se sentirão respeitadas enquanto usuárias e futuras cidadãs, e também o respeitarão, pois ele é o seu espaço”<sup>39</sup>.

Reconhecidamente, é no Município, sendo a instância mais visível e próxima da população, é que mais facilmente a criança e o adolescente encontrarão guarida na proteção do ambiente urbano. De fato, a proximidade da comunidade confere aos Municípios melhores condições de apreender os anseios dos habitantes da cidade, por meio de ações efetivas e coerentes, conforme ensina Dória<sup>40</sup>:

“ (...) nenhum Município é uma ilha no sentido social. Num mundo cada vez mais internacionalizado, no qual forças econômicas e movimentos culturais atuam cada vez mais livremente, sem respeitar sequer as barreiras internacionais, a vida dos Municípios só tem sentido como parte de conjuntos sociais cada vez mais amplos, nacionais e internacionais. É no nível do Município, no entanto, que o indivíduo se relaciona socialmente de forma mais visível, transparente; no Município o cidadão tem sua casa, recebe os serviços públicos, tem vizinhos concretos. Assim, o processo de democratização e integração social só pode avançar se envolver decisivamente a vida municipal”.

Sob este contexto, portanto, que o Município tem a função de atuar no planejamento do espaço público urbano, em cooperação com as diversas associações representativas existentes, dentro daquilo denominado de gestão democrática da cidade. Através da descentralização das políticas públicas de planejamento urbano, portanto, é que será possível tutelar o espaço da criança e do adolescente,

39. OLIVEIRA, Cláudia. Op. Cit., p. 70.

40. DÓRIA, Og. Município; O Poder Local. São Paulo: Página Aberta, 1992, p. 15.

tão necessário para o desenvolvimento da autonomia dos menores. Com isso, daremos o primeiro passo rumo à plena efetividade do Direito Fundamental à Convivência Comunitária.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.
- BARBOZA, H. H. G. *Novas Tendências do Direito de Família*, in *Revista da Faculdade de Direito*, v. 2. Rio de Janeiro:UERJ, 1994.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BERLIN, I. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Brasília: Universidade, 1981
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 11 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CASTRO, José Nilo. *Direito Municipal Positivo*, 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli, *O Estatuto Epistemológico do Direito Urbanístico Brasileiro: Possibilidades e Obstáculos na Tutela do Direito à Cidade*, in *Revistas Magister de Direito Ambiental e Urbanístico*, 13ª edição, Ago/Set-2007. Porto Alegre: Editora Magister, 2007.
- CHAVES, Arthur Pinheiro. A Judicialização da Política, in <http://blogdoespacoaberto.blogspot.com/2008/05/judicializacao-da-politica.html>, acesso em 21 de setembro de 2008.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e ampl.. Curitiba: Juruá, 2003.
- DELGADO, José Augusto. *O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988: Cláusulas Gerais e Conceitos Indeterminados*, in ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (coord.). *Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direitos das Famílias*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DÓRIA, Og. *Município; O Poder Local*. São Paulo: Página Aberta, 1992.
- FERNANDES, Edésio. *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: Uma introdução*, in *Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca . *A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos : direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza Editorial, 1980.
- GOUVEA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- JACOBS, Jane. *Morte e Vida nas Grandes Cidades*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos: Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.
- MELO, Marcus André B. C. de. *O Município na Federação Brasileira e a Questão da Autonomia, in Subsidiariedade e Fortalecimento do Poder Local*. Konrad Adenauer Stiftung – Representação no Brasil. São Paulo: Centro de Estudos, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Cláudia. *O Ambiente Urbano e a Formação da Criança*. São Paulo: Aleph, 2004.
- \_\_\_\_\_. *entrevista concedida à Mônica Herculano, jornalista do portal do GIFE - Grupo de Institutos Fundações e Empresas*, que pode ser acessado pelo seguinte endereço eletrônico: [http://www.gife.org.br/redegifeonline\\_noticias.php?codigo=849&tamanhodetela=3&tipo=ie](http://www.gife.org.br/redegifeonline_noticias.php?codigo=849&tamanhodetela=3&tipo=ie), acesso em 17 de setembro de 2008.
- PEREIRA, Tânia da Silva, e MELO, Carolina de Campos. *Infância e Juventude: Os Direitos Fundamentais e os Princípios Constitucionais Consolidados na Constituição de 1988*, in Revista Trimestral de Direito Civil, nº. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad.: Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 3 ed. rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo et al. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Coleção Temas Renovar. Organizador: Ricardo Lobo Torres. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



# VI

## A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

*Carolina de Freitas Paladino*

Mestranda em Direito Constitucional pela Unibrasil – Curitiba-PR, Especialista em Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – Curitiba-PR; Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar – Curitiba-PR, Professora de Direito Constitucional na FAPAR – Curitiba-PR, Assessoria Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

**RESUMO:** O presente trabalho tem como objeto central a tratativa da relação entre direito e moral. Dessa forma, desde o início dos tempos esses dois institutos se entrelaçam e se separam de forma abrupta (dependendo do contexto). Enfim, vive-se num período de neoconstitucionalismo em que a moral nunca esteve tão importante, devendo ser avaliada juntamente com o direito. Dessa forma, o presente trabalho objetiva analisar a moral e o direito mas sob uma perspectiva do direito administrativo, por meio do artigo 37 colocado na Constituição da República. Assim, a pesquisa se inicia com uma relação histórica entre os institutos mencionados culminando numa análise do princípio da moralidade efetivamente.

**PALAVRAS CHAVES:** Direito, Moral, Relações e Diferenças entre direito e moral, Princípio da Moralidade.

**ABSTRACT:** The present work has as central object the boarding of the relation between law and moral. Of this form, since the beginning of the times these two instruments if interlace and if they separate of abrupt form (depending on the context). Therefore, it is lived in a period of neoconstitucionalism where the moral never was so important as now, having to be evaluated together with the law. Of this form, the present work deals to analyze the moral and the law but under a perspective of the administrative law, by means of placed article 37 in the Constitution of the Republic. Thus, the research if initiates with a historical relation enters the mentioned instruments culminating in an analysis of the beginning of the morality effectively.

**KEYWORDS:** Law, Moral, Relations and Differences between law and moral, Rule of the Morality.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. A Relação entre Direito e Moral a Partir da Análise de Miguel Reale: 1.1. Idade Antiga; 1.2. Idade Média; 1.3. Idade Contemporânea – 2. Sistema Moral e Sistema Jurídico: 2.1. Definição; 2.2. Funções e Finalidades; 2.3 Proximidades e Distanciamentos – 3. O Conceito do Princípio da Moralidade Administrativa: 3.1. Noções Gerais sobre a Moralidade Administrativa; 3.2. Moralidade como Princípio Jurídico Considerações finais Referências.

## INTRODUÇÃO

Uma das questões que mais se discute no direito é a idéia de justiça. Seja no direito penal, civil, ou do trabalho e também no direito administrativo ou constitucional, o elemento justiça serve como balizador das relações sociais e também do próprio ordenamento jurídico.

De qualquer forma, o elemento que norteia essa idéia de justiça é outro que está fora do direito, qual seja, a moral. Assim, cabe mencionar o valor da justiça, bem como a relação existente entre o direito e a moral, objeto a ser tratado no presente trabalho. Desde já, é de se fixar como regra geral que o direito é coercitivo, enquanto a moral não o é. Todavia, isso não pode ser aplicado a todos os casos, conforme se verá a seguir.

A doutrina costuma trazer as distinções entre o direito e a moral, buscando separá-los em diferentes categorias. Todavia, ao invés de criar esse *apartheid* entre as disciplinas, muito mais útil seria trabalhar esses dois pilares de forma complementar. Com efeito, “o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência alguma situacional, por mais tênue que seja, é indiscutível. Qualquer norma moral se caracteriza por ser ‘impregnada ao caso’”, sendo inquestionável analisar as relações entre direito e moral.<sup>1</sup>

Com efeito, existem dois tipos de discursos, o de fundamentação e o de aplicação. Mas WELLMER afirma que a fundamentação faz parte de problemas periféricos dos discursos. Para ele a moral universalista é caracterizada como aquela que considera válidas aquelas normas suscetíveis à concordância irrestrita.<sup>2</sup>

Por isso, o presente trabalho visa justamente à análise sobre direito e moral nos diferentes momentos históricos, até chegar ao princípio da moralidade no direito administrativo, que será tratado em um terceiro momento deste artigo.

A partir do mencionado raciocínio de que o direito possui normas coercitivas que devem ser observadas por aqueles que vivem naquela sociedade, vale considerar a influência da moral nessas relações. Dessa forma, o que se pretende é refletir até que ponto a moral pode influenciar o direito e vice-versa. Autores como Hans KELSEN, Herbert L. A. HART, Ronald DWORKIN e Miguel REALE são fundamentais para essa compreensão, conforme se verá a seguir.

1. GÜNTHER, Klaus. Teoria da Argumentação no Direito e na Moral. Justificação e Aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 39.
2. Ibidem, p. 818.

## 1. A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL A PARTIR DA ANÁLISE DE MIGUEL REALE

A partir das diversas indagações sobre espécies de condutas faz-se mister uma análise da relação entre direito e moral a partir dos diferentes momentos históricos, como se verá a seguir. Dessa forma, essa primeira parte do trabalho será dividida em três fases: uma análise dos modelos grego e romano, na seqüência, uma reflexão sobre essa relação na Idade Média, finalizando com o modelo contemporâneo.

Destaque-se desde já que essa pesquisa inicial seguirá os ensinamentos de Miguel REALE, por entender que o estudo foi por ele realizado de forma didática, o que também se buscará com o presente trabalho.

Desde já, ressalte-se que o objetivo inicial não é traçar limites rigorosos a despeito da diferença entre direito e moral, enquadrando cada qual em uma categoria e em um tempo histórico específico, mas sim verificar as características semelhantes e distintas para melhor compreender suas funcionalidades. De qualquer forma, não se pode negar que o direito se esclarece pela moral, mas não só ela, sendo fundamental ponderar outros elementos como a religião, a economia, os costumes, o próprio convívio social, dentre outros, de forma a se investigar as distinções, bem como as conexões existentes entre direito e moral.<sup>3</sup>

### 1.1. Idade antiga

Já na Grécia era possível a verificação das primeiras preocupações sobre essa temática, sem contudo, elaborar-se uma teoria distinguindo as categoriais, em relação ao jurídico e ao moral. Nesse modelo, a partir de uma compreensão pré-socrática, na Hélade, é possível se deparar com uma distinção que também foi objeto de análise de SÓFOCLES de modo que o justo seria advindo de duas formas distintas, por natureza ou por convenção, ou seja, já aparece a distinção fundamental ao direito entre direito natural e direito positivo.<sup>4</sup>

Dessa forma, PLATÃO mencionava que a compreensão da lei e da justiça ocorria ora pelo emprego da força, ora pela idéia de convenção a partir dos valores de legalidade e justiça. Complementando, com EPICURO esboçam-se as primeiras idéias sobre o contratualismo, embora esse raciocínio não fosse unânime. Dando continuidade aos estudos, ARISTÓTELES trabalhava o justo

3. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 621-622.

4. *Ibidem*, p. 623.

por lei e o justo por natureza, refletindo de forma especial sobre o conceito de justiça e a importância disso. Não buscava com isso propor um critério que distinguisse o direito da moral.<sup>5</sup> Mas aí surge a primeira distinção entre direito natural e direito positivo o que trouxe importantes reflexos até os tempos atuais em relação ao direito e à moral.

Dessa forma, importante abordar questões basilares que compõem a idéia de moral. Com isso Aristóteles faz uma menção interessante a respeito da moralidade a ser citada “do falar do que é honesto e justo, que são os objetos da ciência política, encontra-se tanta disparidade de opiniões, que parece não serem tais por natureza, mas somente por lei. Acerca das coisas não de ser consideradas boas, depara-se também certa instabilidade de juízos”.<sup>6</sup>

Com efeito, na Grécia a expressão “justiça” era compreendida equivocadamente, pois poderia ser particular ou geral. Assim, o direito era incluído nessa órbita de justiça, que era entendido como sinônimo de moralidade, embora ARISTÓTELES fizesse uma distinção sobre direito e lei.<sup>7</sup>

De qualquer forma, no modelo grego, foi a política a merecedora de amplos debates, sendo considerada a maior de todas as ciências daquela época, sendo o Estado o meio de atualização das faculdades naturais, buscando seu bem, sendo a política a responsável por isso. Como o direito não era bem desenvolvido naquela época, não houve efetivamente uma distinção entre direito e moral<sup>8</sup>, que possa trazer uma doutrina específica que investigue as relações entre essas duas categorias.

Passando-se ao modelo romano embora haja semelhança em alguns entendimentos do modelo mencionado anteriormente, isso ocorre por conta de outros motivos. Com efeito, já se fala em uma ciência do direito em Roma, de modo que este não abrange apenas os moralistas, os filósofos, os teólogos ou sacerdotes, criando-se aqui a figura do jurisconsulto que corresponde justamente a um especialista do direito. Num primeiro momento, poder-se-ia pensar numa distinção entre direito e moral, mas isso não foi amplamente estudado naquela época.<sup>9</sup>

5. Ibidem, p. 623-624.

6. ARISTÓTELES. A Ética, p. 25 apud CAMMAROSANO, Márcio. O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 26.

7. VILLEY, Michel. Filosofia do Direito. Definições e fins do direito – os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.100.

8. REALE, Miguel. Op. Cit., p. 625-627.

9. Ibidem, p. 627-628.

Aqui retoma-se a distinção entre direito natural e direito positivo de modo que no primeiro a moral servirá como pressuposto ao direito, o que corrobora alguns princípios gerais de conduta. Ou seja, no direito natural tem-se um conjunto de ações primordiais que reflete nas obrigações humanas, embora se repita nesse modelo o conceito de justiça e de lei natural existente no modelo grego, conforme os ensinamentos de ARISTÓTELES. Todavia, em relação ao discernimento, vê-se o contraste entre lícito e moderno, confundindo-se o direito e a moral<sup>10</sup>, o que dificultava investigar esses dois institutos.

Embora a distinção entre direito natural e direito positivo sejam as primeiras formas de relacionar o direito com a moral, de modo que enquanto o direito natural advém de valores, mantendo íntima relação com a moral, o direito positivo não segue necessariamente essa mesma sorte, o que será verificado com outros autores do Século XX, ou seja, que esta temática irá se desenvolver de modo peculiar.

Superada essa primeira análise, cabe agora trabalhar a Idade Média, em que a Igreja, através de uma moral religiosa, terá grande influência em todo o ordenamento jurídico.

## 1.2. Idade média

Alguns séculos depois, já na Idade Média, a religião torna-se a principal responsável pelo regulamento da sociedade. Nesse momento histórico a política sai do palco para dar lugar à religião, conforme se verá da análise neste tópico.

Nesse sentido Santo AGOSTINHO é a personalidade principal do direito medieval juntamente com Tomás de AQUINO, que estudou amplamente ARISTÓTELES, tratando da questão de lei e justiça, criando-se uma Teoria do Direito e do Estado integrada no modelo tomista. Com efeito, “lei e ordem são conceitos que se completam e se exigem em sua doutrina. Por lei, entende ele ‘uma ordenação da razão no sentido do bem comum, promulgada por quem dirige a comunidade’”, de modo que a lei eterna representa o topo da filosofia jurídico-moral tomista divina.<sup>11</sup>

Ora, sendo o homem uma criatura de Deus, participa da lei eterna na medida relativa de sua razão, de seu discernimento para distinguir o bem do mal, para saber aquilo que deve ser feito e aquilo que deve ser evitado. A *lex naturalis* é uma *participatio*, uma participação do homem à *lex aeterna*, na medida e em virtude da razão humana. Como ser criado, o homem participa de determinações

10. Ibidem, p. 629-631.

11. Ibidem, p. 637-638.

do Criador e, enquanto esta participação se realiza, nós temos a *lex naturalis*. O homem pode ser capaz de conhecer o que deve fazer, em virtude de algo que é natural a ele, que é sua racionalidade, a qual o torna partícipe da obra da criação, embora a *lex aeterna* não possa ser conhecida em si mesma.<sup>12</sup>

Nesse sentido José Renato Gaziero CELLA afirma que naquele momento histórico era possível que a moral prevalecesse em relação ao direito, justamente por toda essa carta valorativa religiosa existente naquela época.<sup>13</sup> Com isso foi possível o início de uma efetiva relação entre esses dois institutos.

Fazendo um parêntese, cabe a reflexão do que seja um comportamento moral. Nesse sentido Chaïm PERELMAN destaca que

Se partirmos da hipótese de que Deus é o Ser supremo, cuja vontade é o fundamento de toda a norma moral, a filosofia moral não existe como disciplina independente: depende inteiramente da teologia. Mas, se nos empenhamos em elaborar uma ética independente, surge imediatamente o problema de seu fundamento, que é ainda mais controvertido porque opiniões diametralmente opostas se manifestaram sobre o ponto de saber o que deve ser fundamentado e o que deve servir de fundamento. Cumprirá fundamentar o juízo moral nos princípios morais ou cumprirá, ao contrário, fundamentar os princípios no juízo moral?<sup>14</sup>

Todavia, quando se trabalha a idéia de que a moral está fundamentada em Deus “a perda da crença em Deus lhe tira a base moral”.<sup>15</sup> Enfim é necessária a separação da moral em relação a Deus e ao próprio direito, ou seja, a relação, embora importante entre esses dois institutos deve concebê-los de forma independente.

De qualquer modo, o direito não é interpretado como um Código de Boa Razão, ou ainda um ordenamento composto de preceitos, mas se resume a mandamentos fundamentais de conduta derivado de uma lei eterna. Do exposto conclui-se que este momento histórico não era o mais propício ao estudo sobre a diferença entre direito e moral<sup>16</sup>, o que somente será objeto num modelo moderno, como adiante se verá.

12. Ibidem, p. 639.

13. CELLA José Renato Gaziero. Positivismo Jurídico no Século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2008.

14. PERELMAN, Chaïm. Ética e Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 288.

15. BARBOZA, Márcia Noll. O Princípio da Moralidade Administrativa. Uma abordagem à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43.

16. REALE, Miguel. Op. Cit., p. 642-643.

### 1.3. Idade contemporânea

O Renascimento, momento no qual houve uma nova concepção de valores, considerando-se a justiça fundamento da razão a partir das lições de Hugo GRÓCIO, realiza-se uma conexão necessária entre esses dois institutos. A partir de uma concepção antropocentrada, o Jusnaturalismo é a lei determinada pela vontade de um direito natural. Ademais, o fenômeno do contratualismo terá importância nesse momento, distinguindo-se o direito da moral. Assim, nessa perspectiva, a moral é anterior ao contrato, enquanto o direito ocorre com a idéia de contrato<sup>17</sup>, da mesma forma como ocorrem nos demais institutos jurídicos, como as leis, por exemplo.

Hans KELSEN já mencionava que enquanto as leis naturais advêm do mundo do ser, as normas jurídicas advêm da idéia de dever-ser, propondo no positivismo jurídico uma separação entre o direito e a moral. Embora se tenha realizado uma leitura equivocada desse raciocínio, chegando alguns doutrinadores ao ponto de afirmar que KELSEN era um fascista, uma vez que a lei aceita tudo, cabe aqui refletir o efetivo raciocínio trazido pelo mencionado autor.<sup>18</sup>

Destarte, foi com THOMASIUS que se dividiu a ação humana em dois elementos, quais sejam, o interno (influenciado pela moral no plano da consciência) e o externo (que toca o direito), o que é utilizado para diferenciar o direito da moral, sendo compreendido como uma reparação real, indicando-se no direito a coercibilidade. Contudo, foram ESPINOSA e PUFENDORF que diferenciaram a coação do direito, o que é continuado por KANT que aborda a coercitividade. No plano moral ocorre uma conformação absoluta entre regra e vontade pura do sujeito obrigado. A moral, portanto, é autônoma, sendo caracterizada pelo dever de que a vontade se torna a vontade do próprio sujeito, ou seja, a partir de uma idéia de reconhecimento, de concordância, centrada no conceito de imperativo<sup>19</sup>, enquanto o direito não o é.

Na seqüência, a partir dessa ponderação histórica sobre esses dois institutos, cabe agora trabalhá-los especificamente.

17. Ibidem, p. 644-647.

18. CELLA José Renato Gaziero. Positivismo Jurídico no Século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2008.

19. REALE, Miguel. Op. cit, p. 654-657. Na mesma linha de pensamento trabalha José Renato Gaziero. CELLA em seu texto, afirma que “enquanto a moral é uma coação interna ao indivíduo (a moral é autônoma) o direito se encontra na legalidade exterior das ações com a força coativa da lei (o direito é heterônomo.” CELLA José Renato Gaziero. Op. cit.

## 2. SISTEMA MORAL E SISTEMA JURÍDICO

É fundamental tratar de elementos como ordem, ameaça e obediência no direito, mas é importante distinguir um hábito geral de uma regra social, trabalhando aqui as relações entre direito e moral.

A partir das distinções mencionadas no primeiro capítulo do presente trabalho surgem as demais discussões acerca das diferenças e semelhanças entre direito e moral, de modo a trabalhar esses dois institutos, buscando uma harmonia entre ambos.

Aqui, portanto, serão três as análises sobre o direito e moral a serem ponderadas, primeiramente, abordando uma definição, na seqüência, trabalhando funções e finalidades, finalizando nas proximidades e distanciamentos existentes entre essas categorias.

### 2.1. Definição

A partir, portanto, do direito natural, importante verificar a conexão entre direito e moral que deveriam incluir um conteúdo específico. Assim, ambos “não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo a sobrevivência que os homens têm, ao associarem-se uns com os outros”. Essas conexões não são medidas por razões, uma vez que não são relacionadas à existência de regras com o aspecto teleológico. Na maior parte das relações entre direito e moral haverá abstenção e não ação de serviços a serem prestados. Ademais, a igualdade já era questionada, por haver situações diversas, confirmando-se uma igualdade aproximada. Na seqüência, a partir do raciocínio de que impera entre os homens a lei da sobrevivência, de modo que os homens são dominados por desejo de extermínio dos outros e demonstração da força, necessária é a presença de regras morais e jurídicas. E, finalmente, a partir da consciência de uma limitação de recursos e da compreensão e força de vontade limitada e que se denota uma grande conexão entre os dois institutos.<sup>20</sup>

Aqui então se faz a distinção de HART, ou seja, em seu modelo existem dois tipos de regras, as primárias e as secundárias. Em outras palavras, para que um ordenamento jurídico seja aceito pela sociedade são necessárias as chamadas “regras de reconhecimento”, que servem de justificação para a obediência àquele determinado sistema, o que denota uma ligação com a moral. Portanto, para que uma regra seja válida, necessário é que ela seja justificável por uma regra de reconhecimento, especificando os critérios de eficácia, bem como as regras de alteração.<sup>21</sup>

20. Ibidem, p. 210-213.

21. HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1961. p. 169.



Assim, sobre a possível justaposição entre direito e moral, vale questionar se é necessária ou se se trata de uma relação contingente. Aqui duas são as correntes a serem estudadas como termos vagos: o positivismo e o direito natural. De qualquer modo, pouco se concluiu sobre esta temática. Noutra giro, questionou-se sobre as formas e críticas da moral ao direito. Sobre esse assunto é possível refletir sobre um paradoxo sobre a idéia de que uma regra válida seria contrária aos princípios morais. Aqui vale pensar se

em termos de justiça, pode a crítica exaurir todas as formas relevantes? Ou o bom direito exprime algo diferente e mais abrangente do que o direito justo? Será a justiça, como BENTHAM parece haver pensado, simplesmente um nome para a distribuição eficiente de utilidade ou bem-estar, ou pode, por outro lado, ser reduzida a isto?<sup>22</sup>

Enfim, todas essas perguntas ainda não têm uma resposta adequada. Dependendo de cada autor, a relação entre direito e moral é diversa, e, portanto, não há unanimidade em um determinado posicionamento.

Ao abordar sobre as relações fixadas do ordenamento jurídico tem-se que a conduta será autorizada, se positivamente regulada. Será negativa se não for proibida pelo ordenamento jurídico. A permissão está ligada à atribuição de direitos. A validade da norma está justamente relacionada com o valor. De qualquer sorte, “se o valor é constituído por uma norma objetivamente válida, o juízo que afirma que um *quid* real, uma conduta efetiva, é boa”. Uma norma não pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas válida ou inválida. O valor consistente na relação com o objeto é subjetivo – desejo ou vontade – e quando uma conduta é considerada moralmente boa ou má, não se tem consciência do costume através do qual ela foi criada.<sup>23</sup>

O valor consiste na relação que tem um objeto, quando adequada a um fim estar-se-ia diante de um valor positivo, sendo a recíproca verdadeira. A adequação está relacionada com a apropriação daquele fim. No que tange à ordem social, tem-se que a conduta deve estar relacionada a um ou mais indivíduos, podendo a relação ser mediata ou imediata, de forma que uma ordem normativa que se vincula com outras pessoas é uma ordem social, enquadrando-se aqui tanto a moral como o direito. Conforme o modo de prescrição ou proibição tem-se os tipos ideais e médios – podendo a norma ao mesmo tempo prescrever e proibir – por isso é que o benefício e a pena são colocados no sentido de transformar desejo para uma

22. HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 1987. p. 33.

23. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1962. p. 33-36.

conduta em socialmente adequada<sup>24</sup>, ou seja, se a moral não for suficiente para evitar um ato ou encorajá-lo o direito trará conseqüências para isso.

Pressupõe-se, pois, uma ordem social, de forma que deve ter um valor moral quando não somente o seu motivo, mas também a conduta corresponda numa norma moral. Ou seja, o motivo não pode ser separado da conduta motivada. Como as normas jurídicas, as normas morais também são criadas por meio dos costumes ou elaboração consciente. A diferença, portanto, entre direito e moral reside na idéia de como elas prescrevem ou proíbem uma determinada conduta humana. Portanto, pressupondo que o direito e a moral constituem espécies de sistemas de normas, surge o problema das relações entre direito e moral, o que, às vezes, significa uma confusão. De qualquer forma, para se relacionar com a justiça, o direito necessita da moral. Assim, o direito é uma parte constitutiva da moral.<sup>25</sup>

Herbert HART não se contenta em incorporar os juízos morais do homem comum. Assim, enquanto não houver uma clareza do juízo moral para o direito, não se pode refletir sobre ele. HART afirmava que o direito penal não possui um conjunto de objetivos dominantes. É certo que visa à pretensão de prevenir crimes, mas deve estar submetido a princípios. O autor afirmava a existência de crimes moralmente condenáveis. A pessoa não pode ser “responsabilizada porque a lei é tão iníqua ou injusta que deixou de existir a obrigação moral normal de obedecer à lei”, ligando ao descumprimento de um dever legal.<sup>26</sup>

Assim, cabe agora trabalhar sobre as diferentes funções e finalidades do direito e da moral, como adiante se verá.

## 2.2. Funções e finalidades

Abordando uma possível coerção legal da moralidade importante indagar se um ato imoral poderia justificar uma punição jurídica, ou seja, se a imoralidade pode ser tratada como uma ilicitude.<sup>27</sup> Klaus GÜNTHER menciona que a fundamentação moral de um direito em relação à sua validade acaba por produzir de forma empírica uma solução. O direito pode ser intersubjetivamente refletido por cada indivíduo se violados os valores. Segundo John LOCKE, a idéia de que “cada um (é) seu próprio juiz” traz diversos questionamentos consigo a partir do princípio da reciprocidade.<sup>28</sup>

24. *Ibidem*, p. 37-40.

25. *Ibidem*, p. 40-45.

26. HART, Herbert. *O Conceito...* p. 13-15.

27. HART, Herbert L. A. *Direito...*, p. 33.

28. GÜNTHER, Klaus. *Op. Cit.*, p. 367.

Sob a perspectiva de justificação que representa a tolerância de algo desagradável em razão à expectativa de alguma boa recompensa. Na ausência de elementos que indiquem maldade não são pedidas justificações, indicando uma relação inegável entre o direito e a moral.

No plano da moralidade é importante refletir quais atos serão censuráveis por meio dela, ou seja, através de uma coerção legal sendo apresentados dois aspectos, quais sejam, a punição do delinqüente, com base no direito e na moral e o segundo aspecto se dá em relação às pessoas que jamais desobedeceram o direito, mas estão obrigadas por ele, por meio de acordos políticos que acabam por restringir a liberdade, que servem de justificação.<sup>29</sup>

Trabalhando sob uma perspectiva de uma moral utilitarista, seriam puníveis apenas as atividades nocivas a outros, adotando-se um princípio crítico, não havendo relevância se a moral utilitária seja ou não aceita como a moral positiva da sociedade. Se há aceitação da moral, não há que se falar em seu conteúdo racional<sup>30</sup>, sendo importante analisar este elemento no caso concreto, ao se ponderar sobre o conteúdo de uma regra.

Assim, se a sociedade simplesmente aceita um ordenamento jurídico porque ele foi posto, sem sequer questioná-lo. A regra não é cumprida pelos cidadãos daquela sociedade porque ela é correta, mas sim porque ela foi imposta. Aqui, existe um questionamento sobre a própria racionalidade, que é prescindida no caso de determinação.

#### Existem diversas formas de conexão entre direito e moral

Contudo, é claro que nem o direito nem a moral aceite pelas sociedades precisam de estender as suas protecções e benefícios mínimos a todos, dentro do seu âmbito, e freqüentemente não o têm feito. (...) Embora o direito de certas sociedades, tenha ocasionalmente estado adiantado em relação à moral, normalmente o direito segue a moral (...). por isso, uma sociedade com direito abrange os que encaram as suas regras de um ponto de vista interno, como padrões aceites de comportamento, e não apenas como predições fidedignas do que as autoridades lhes irão fazer, se desobedecerem.<sup>31</sup>

O autor delimita seis formas desta pretensão: o poder e a autoridade, a influência da moral sobre o direito, a interpretação, a crítica ao direito, os princípios de legalidade e justiça e a validade jurídica e resistência ao direito. Aqui abordando um direito restrito um conceito de direito “que permita a distinção entre a invali-

29. HART, Herbert L. A. *Direito...*, p. 47.

30. *Ibidem*, p. 49.

31. HART, Herbert L. A. *O Conceito...*, p 216-218.

dade do direito e sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade dessas questões separadas, enquanto um conceito restrito de direito que negue validade jurídica as regras iníquas pode cegar-nos sobre elas”.<sup>32</sup>

Nas relações sociais, conforme menciona Klaus GÜNTHER três são os pontos de vista que podem ser apresentados enquanto uma avaliação moral, quais sejam, a) juízos morais no sentido de que são fundamentais, o que acarreta na necessidade de compreensão em contraposição ao ceticismo; além disso, fala-se no sentido de que cada norma moral deve, com as devidas justificativas, ser aceita por todos os afetados; tudo isso pelo fato de que nenhum juízo moral “poderá ser válido tão-somente por ter um determinado conteúdo”<sup>33</sup>, resgatando o autor a idéia de universalidade para a aceitação dessas regras.

Sobre a idéia de universalismo Hannah ARENDT citada por Klaus GÜNTHER aborda que a moralidade do agir está relacionada com a condição de normas que demandam observância incondicional de modo que

Ao proteger pessoas contra os perigos de uma análise, ensina-se-lhes a impor firmemente seja lá o que a regra prescrita da conduta possa ser, em um dado momento, em uma sociedade. As pessoas acabam se acostumando, não tanto ao conteúdo das regras, cujo exame apurado iria levá-los sempre à perplexidade, mas sim à posse de regras sob as quais possam enquadrar determinadas pessoas em particular. Em outras palavras, eles se acostumam a nunca tomar uma decisão própria.<sup>34</sup>

Refletindo sobre essa temática Klaus GÜNTHER menciona as três formas de interpretação: de que toda proposição seja necessariamente normativa e assim o dever moral tenha raízes autoritárias, equiparando-se normatividade e repressividade; que a norma moral abranja uma obediência, que no caso de não obediência implique em uma sanção; e que na introdução de uma norma ética seja relacionada a uma combinação dentro de um contexto.<sup>35</sup>

E com isso foram traçadas as principais relações entre o direito e a moral no ordenamento jurídico.

### 2.3. Proximidades e distanciamentos

Aqui começa a efetiva discussão acerca do direito e da moral a partir de uma reflexão sobre uma conexão necessária entre ambos. Todavia, necessário lembrar

32. Ibidem, p 227.

33. GÜNTHER, Klaus. Op. Cit., p. 102

34. ARENDT, Hannah. Thinking and Moral Consideration. A Lecture apud Ibidem, p. 233-234.

35. Ibidem, p. 234.

que a expressão moral tem muitos significados. A que tem maior clareza é a concepção tomista do direito natural, primeiramente porque existem princípios de verdadeira moral ou justiça, que são descobertos pelos seres humanos, ainda que tenham uma origem divina, e em segundo lugar, de modo que as leis que sejam elaboradas com estes princípios não são consideradas válidas.<sup>36</sup>

Outra abordagem sobre a moral não a estabelece como princípio imutável, ou mesmo que será descoberta por meio da racionalidade, mas sim no sentido de “expressões de atitudes humanas em relação à conduta” que se alteram de acordo com cada sociedade. Nessa perspectiva o conflito entre direito e moral não basta para privar as regras jurídicas, interpretando a conexão entre esses dois institutos de forma diversa, ou seja, para a existência do direito é fundamental a existência de um reconhecimento amplamente difundido.<sup>37</sup>

A regra de reconhecimento é entendida como uma última regra, corroborando a idéia de supremacia. O reconhecimento de validade será de acordo com a referência a outros critérios. Alguns autores mencionam que a regra de reconhecimento expressa a validade jurídica das demais regras, de forma que sua validade não pode ser demonstrada, porque ela foi assumida ou postulada.<sup>38</sup>

A relação entre direito e moral é muito controvertida. Com efeito, alguns autores trataram esses institutos conjuntamente. Importante, entretanto, manejar o direito separadamente da moral. Surgem assim muitos questionamentos históricos e causais sobre a influência do direito pela moral, o que deve ser respondido afirmativamente. Todavia, ao se questionar se a moral foi influenciada pelo direito, não há uma resposta pronta e correta acerca dessa temática.<sup>39</sup> De qualquer forma, Miguel REALE, ao tratar dessa matéria, destaca que a conexão entre direito e moral é inegável.<sup>40</sup>

Desde PLATÃO diz-se que os homens se comportam conforme sua razão humana, utilizando-se da expressão “sois cegos se não puderdes ver isto”. Vê-se que a teoria do direito natural trouxe consigo noções confusas pela qual o pensamento moderno vem se libertando. De qualquer forma, o direito natural foi amplamente atacado pelos críticos BENTHAM e MILL, objetivando uma teoria científica, sendo imprescindível, antes, compreender a natureza.<sup>41</sup>

36. HART, Herbert L. A. O Conceito..., p. 170.

37. Ibidem, p. 170-171.

38. Ibidem, p. 172-174.

39. HART, Herbert L. A. Direito..., p. 31.

40. REALE, Miguel. Op. Cit., p. 711.

41. HART, Herbert L. A. O Conceito..., p. 202-205.

Já Ronald DWORKIN trabalha em uma outra perspectiva, sob o papel dos juízes nas decisões judiciais. Como trabalha no sistema da *commom law*, sob um modelo diferente, ou seja, político, referido autor reflete sobre a possibilidade de uma decisão judicial que se embase em fundamentos políticos, juntamente com o princípio da moralidade política. Embora alguns pensassem que as decisões inglesas eram políticas, GRIFFITHS acredita ser impossível o judiciário atuar sem um papel político numa sociedade capitalista.<sup>42</sup>

Aqui, portanto, a relação entre direito e moral não é tão evidente como em outros autores. A divisão que Ronald DWORKIN faz sobre princípios e regras, como principal objeto de seu trabalho, não se dedica à reflexão entre o direito e a moral no ordenamento jurídico.

A idéia de vinculação constitucional é reforçada pela semântica pragmática. Com efeito, a Constituição não pode ser analisada restritivamente como um sistema de conceitos, ou mesmo um texto, mas deve ser compreendida como um código explícito de poder que dá ensejo a uma pluralidade de práticas.<sup>43</sup>

Enfim, não se pode entender o “direito como anexado à moral”, afirmando Michel VILLEY que esta concepção é uma heresia. Com efeito, o direito pode ser entendido como o conjunto de normas de conduta, embora os comportamentos mencionados pelo direito (proibir, permitir e obrigar) tenham íntima relação com a moral. De qualquer forma, a doutrina encabeçada por KANT afirma que a moral é mais restrita, separando as duas espécies de normas, internas (originadas da concordância subjetiva – autônomas) e as exteriores (convencionadas que são promulgadas ou outorgadas, sendo consideradas heterônomas), de modo que as primeiras corresponderiam a regras morais enquanto as segundas a regras coativas.<sup>44</sup>

Entretanto, Michel VILLEY discorda dessa concepção kantiana, atribuindo um sentido mais vasto à moral, destacando que mesmo que a regra seja coercitiva não deixa de pertencer à moral. Nesse sentido a Escola do Direito Natural Moderno prescreve a doutrina do direito como interior da moral.<sup>45</sup>

42. DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 3-4.

43. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Estado Legislador . 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 423-427.

44. VILLEY, Michel. Op. Cit., p.99.

45. Ibidem, p. 99-100.

A partir de uma idéia de uma moral absoluta, única e válida é que o direito pode operar. De qualquer sorte “a afirmação de que o direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter devido, uma determinada conduta humana”.<sup>46</sup> Assim, o direito constitui um valor jurídico e moral concomitantemente.

Se o direito natural é moral, não há sentido em dizer que o direito deve ser moral em qualquer modelo. Por conseguinte, o direito positivo pode corresponder a um determinado sistema de moral entre os vários sistemas possíveis. A moral não pode conceder uma medida específica de valoração de uma ordem jurídica. A justificação do direito pela moral só pode existir em se tratando de um direito moralmente bom. Se a norma moral não prescreve a obediência, existe a possibilidade de uma contradição entre moral e direito. Não há, pois, uma única moral. A idéia de que o direito é por essência moral é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma moral absoluta, mas porque conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva.<sup>47</sup>

Na concepção de Miguel REALE não se pode considerar um homem como um fato isolado, dependendo o direito de um condicionamento fático e axiológico. Tudo isso requer a posição do próprio poder. Com efeito, “os valores são como que fachos luminosos que, penetrando na realidade social, se refrangem em um sistema dinâmico de normas, cada uma delas correspondente a uma decisão”.<sup>48</sup>

Já Robert ALEXY trabalha a relação entre direito e moral aduzindo que pela tese da separabilidade não existe qualquer relação entre ambos, havendo um caráter meramente contingente, negando inclusive a relação com a justiça, entre o ser e dever-ser, definindo uma versão mais débil do positivismo jurídico. Todavia, a versão mais forte do positivismo se dá pela separação, propondo um tipo de argumento diferente da primeira. Enfim, a legalidade é analisada conforme o ordenamento e a eficácia social. A dificuldade disso é a introdução da norma fundamental kelseniana, pois ela está relacionada com a normatividade sem moralidade. De qualquer forma, existem diversas maneiras de relacionar eficácia social e legalidade conforme o direito e com isso se retorna a discussão da relação entre direito e elementos morais, o que é analisado pelo conceito de direito positivista mais radical da sustentação desses preceitos pela correção moral com base numa teoria jusnaturalista pura, mas que se conduzida ao extremo

46. KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 126.

47. Ibidem, p. 127-130.

48. REALE, Miguel. Op. Cit., p. 555.

ocasionaria uma anarquia pura. Por isso autores como São Tomás de AQUINO apontam a necessidade de um positivismo.<sup>49</sup>

Enfim, existem três formas de vinculação: a moral vinculada ao direito positivo através da inclusão de princípios e argumentos morais do direito, ou ainda de forma que o conteúdo possível seja delimitado pela moral, ou por último quando a moral fundamenta um dever de obediência ao direito. Ademais, o problema da inclusão é de fundamentação. Tanto os positivistas como os não positivistas argumentam que o direito possui uma estrutura básica e que está relacionada com razões morais.<sup>50</sup>

Assim, o argumento da correção é constantemente utilizado tendo em vista as razões morais. Pelo estudo de RADBRUCH depende do ponto de vista do observador e do participante a análise das condições – baseando-se a decisão tão-somente em razões normativas. A partir de uma crítica reflexiva questiona-se essa vinculação entre direito e moral por uma fórmula de pretensão de correção ou justiça a partir de uma realidade vinculada com o direito.

Ademais, a questão da institucionalização de discursos para aplicação e fundamentação das normas jurídicas em nada altera a adequação situacional e sua validade.<sup>51</sup>

Verificadas essas relações entre direito e moral a partir de diferentes visões o objetivo final do presente é justamente expor um pouco do chamado princípio da moralidade administrativa, de forma a se verificar no plano jurídico, expressamente, a influência da moral, indicando um dever de bom comportamento do administrador, conforme se verá a seguir.

### 3. O CONCEITO DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Enfim, dois são os dispositivos constitucionais que prevêm a moralidade no plano administrativo no ordenamento jurídico brasileiro. Conforme menciona a doutrina<sup>52</sup> a moralidade prevista no art. 5º da Constituição da República de 1988 (prevista como controle por meio de ação popular) traduz-se na fiscalização da legalidade substancial do ato, diferentemente da moralidade prevista no *caput* do art. 37, a qual é efetivamente entendida como um princípio, merecedor de tratamento dogmático específico, sendo um conceito jurídico indeterminado, o

49. ALEXY, Robert. La Institucionalización de la Justicia. Granada: Comares, 2005. p. 1-15.

50. Ibidem, p.

51. GÜNTHER, Klaus. Op. Cit., p. 367.

52. GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública. O conteúdo dogmático da moralidade administrativa. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 189-190.



que carece de um conceito específico, embora seja possível tratar de forma geral sobre esse instituto.

### 3.1. Noções gerais sobre a moralidade administrativa

Outrossim, Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO destaca que a idéia de moralidade administrativa se subdivide em regras de boa administração (a qual desencadeou a criação do Conselho de Estado na França, para controlar o desvio de poder) e, a moralidade administrativa, em que pese toda a temática da discricionariedade dos atos administrativos, sem deixar de lembrar que a discricionariedade tem como limites a legalidade.<sup>53-54</sup>

Diz-se ainda que a moralidade tem sua origem na Revolução Francesa, tendo em vista a idéia de soberania disseminada com aquele fato social, a partir de uma organização rígida, ou seja, foi no direito francês que a moralidade ganhou um *status* jurídico.

Com efeito, o *Conseil D'Etat* surgiu após a Revolução Francesa como meio de divisão de poderes através da Lei Orgânica Judicial 16 de 24.08.1790, foi criado com o objetivo de separar os litígios administrativos dos judiciais, ou seja, de retirar da análise dos magistrados os conflitos no âmbito administrativo, tornando-se aquele órgão (*Conseil D'Etat*) organismo de cúpula.<sup>55</sup> Dessa forma "O Conselho de Estado parte da idéia de que a Administração está vinculada por uma certa moral objetiva; ela tem uma função a cumprir, e quando os motivos que a impulsionavam não são conforme os fins gerais dessa função, o Conselho de Estado os declara ilícitos."<sup>56</sup>

Enfim, embora essa providência de separação do contencioso administrativo não tenha sido realizada no Brasil, os ensinamentos franceses são de grande valia para o direito administrativo brasileiro, a fim de informar toda a temática, destacando-se autores renomados como HAURIUO que possui diversos seguidores brasileiros.

53. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 5-6.

54. Nesse sentido Hely Lopes MEIRELLES aborda as chamadas regras da boa administração ressaltando que "mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa." MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 104.

55. BARBOZA, Márcia Noll. O Princípio da Moralidade Administrativa. Uma abordagem à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 82.

56. HAURIUO, Maurice. La Déclaratiion de Volonté dans le Droit Administratif Français. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, v. 3, 1903 p. 575 apud Ibidem, p. 90.

A par da influência do direito francês e italiano para a administração pública, outros fatores acabam por informar as funções de determinado princípio. Nesse tocante, não se pode deixar de analisar que todos os princípios do direito administrativo atuam em complementariedade um ao outro, de modo que a moralidade influenciará em todos os atos da Administração Pública.

Desta forma, a moralidade está relacionada umbilicalmente com diversos princípios jurídicos impondo-se a idéia de comportamentos éticos probos e honestos, além dos conceitos trazidos pelo princípio da legalidade, eficiência, boa-fé, dentre outros.

Por conseguinte, não há como trabalhar o princípio da moralidade sem ponderar questões éticas, chegando a conclusão de que a violação de preceitos éticos significa a violação do próprio direito<sup>57</sup>, ressaltando-se aqui, novamente, a conexão necessária entre direito e moral.

### 3.2. Moralidade como princípio jurídico

Com isso pode-se perceber que a moralidade no plano das regras irá se traduzir em uma norma jurídica. Mas como se sabe, as normas jurídicas com o tempo perdem a sua aplicabilidade por não mais estarem adequadas. Isso quer dizer que deixou aquele determinado comportamento de ser moral? Nesse sentido insta salientar os ensinamentos de Márcio CAMMAROSANO o qual destaca que os

Preceitos morais não se modificam, não se revogam, não se criam por decisões do Estado legislador. A estabilidade de muitos dos preceitos morais é bem mais acentuada que a dos preceitos decorrentes da função legislativa, mesmo porque decorrem de uma ordem de valores fundamentais, sedimentado ao longo de demorados processos de evolução cultural.<sup>58</sup>

Isso determina que a moralidade seja imposta ao legislador no sentido de não se propor a elaboração de normas que entrem em conflito com os valores impostos na ordem constitucional, sob pena de declaração de inconstitucionalidade dessas normas.<sup>59</sup> Mas os valores sociais mudam, e também as normas jurídicas, por isso

57. Nesse tocante Chaïm PERELMAN destaca que “a ética não deve ser concebida com um sistema dedutivo, mas à maneira de uma ciência indutiva, cujas teorias gerais, seriam confirmadas ou infirmadas a se confrontar com a experiência as conseqüências que dela se tiram? Se assim o fosse, o juízo moral, tal como se manifesta em cada caso particular, é que seria mais seguro do que os princípios morais, ele é que forneceria a prova da inadequação do princípio, e não o inverso. Nessa perspectiva, o juízo moral é que há mais de seguro e não necessita de nenhum fundamento. PERELMAN, Chaïm. Op. Cit., p. 289.

58. CAMMAROSANO, Márcio. Op. Cit., p. 24.

59. Idem.

verifica-se que mesmo a moral é alterada conforme os tempos, permitindo assim uma modificação jurídica para se adequar à primeira.

Para tratar de um conceito de moralidade, ao se analisar as doutrinas acerca do tema, não se tem uma interpretação no sentido de ser possível a sua conceitualização<sup>60</sup>, afirmando Caio TÁCITO que essa expressão contempla um sentido nebuloso.<sup>61</sup>

Óbvio que não se pode deixar de trabalhar os institutos jurídicos e seus conceitos sob a perspectiva da zona de certeza de sua incidência, bem como da zona de certeza de sua não incidência. Mas toda a problemática ocorre com a chamada zona conceitual cinzenta, na qual existe uma dúvida sobre a incidência ou não do princípio e sobre sua abrangência.<sup>62</sup>

Três são os momentos apontados para a moralidade administrativa. O primeiro com Maurice HAURIOU e RIPERT em que a moralidade é entendida como elemento interno da legalidade. Num segundo momento busca-se aprofundar os conceitos de discricionariedade para se trabalhar a idéia de moralidade – a partir da idéia de finalidade. E, na seqüência, aborda-se a moralidade administrativa como uma busca por um governo honesto, ganhando *status* constitucional,<sup>63-64</sup> o que é conservada até o presente momento.

Tem-se que em tempos pretéritos a moralidade era analisada como um elemento do conceito de legalidade<sup>65</sup>, idéia essa superada com a introdução no texto constitucional da moralidade como princípio autônomo. Ou seja, no direito

60. De qualquer forma Carmen Lúcia Antunes ROCHA destaca que “a moralidade administrativa legitima o comportamento da Administração Pública, elaborada como ela é por um Direito nascido do próprio povo. Por isso, é o acatamento da moralidade administrativa, como princípio do Direito, que dota o sistema de legitimidade, o que se estende à qualificação legítima do Poder do Estado. A moralidade administrativa reflete ou condensa uma moral extraída do conteúdo da ética socialmente afirmada, considerando esta o conjunto de valores que a sociedade expressa e pelos quais se pauta a conduta. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 191.

61. TÁCITO, Caio apud GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. Cit., p. 45.

62. Neste tocante, sob a análise dos serviços públicos Marçal JUSTEN FILHO traz o importante critério que destaca, dentre as hipóteses, o que seria considerado em um conceito, o que não poderia ser conceituado como tal e por fim a zona conceitual cinzenta, constatando ainda a impossibilidade de formulação de um conceito genérico com aspirações a uma validade universal. Assim, é necessário que se estabeleçam requisitos mínimos para sua escolha. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 459.

63. FIGUEIREDO, Marcelo. O Controle da Moralidade na Constituição. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 86.

64. Destarte Maurice HAURIOU foi o primeiro a mencionar a moralidade administrativa, o que é desenvolvido na seqüência pelo português Antonio José BRANDÃO com o comentário Caso GOMER em 1951. Apud BARBOZA, Márcia Noll. Op. Cit., p. 89.

65. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 69.

administrativo a moral ganha um status autônomo dos outros institutos que regem o direito, de modo a impor um comportamento probo ao Administrador.

Com isso Hamilton RANGEL JÚNIOR trabalha a utilidade da constitucionalização da moralidade institucional destacando três aspectos desse reflexo aduzindo que

A originária evolução de uma teoria política absolutista para uma dogmática política contratualista-utilitarista, determinou a subsequente revisão do conceito de arbitrariedade, base da noção de moralidade aqui desenvolvida; a elevação do Estatuto Constitucional ao nível de ordem suprema, virtude que se estende a todos os preceitos que encerra, sendo a moralidade institucional um deles, também ela ostenta tal supremacia; e a tendência à rigidez e relativa imutabilidade do Texto Maior atribuiu à moralidade a natureza de cláusula pétrea.<sup>66</sup>

Dessa forma, referido autor aborda que a moralidade impunha a não-arbitrariedade significando uma “realidade jurídica estável e subordinante” do ordenamento jurídico, tratando o princípio de um “preceito jurídico efetivo”.<sup>67</sup>

Assim como as demais matérias, o direito administrativo foi evoluindo à medida da necessidade de se implantar um Estado, e mais, de imputar a ele diversas atividades pertinentes aos seus cidadãos.

E é neste tocante que se trabalha o princípio da moralidade como um mandado de otimização, ensejando a idéia de “aparecerem atos que, não obstante se apresentarem como bons e legais, embutem, um desvio, uma vontade particular do administrador, em suma, uma violação do dever de exercício de uma boa administração e um atentado ao bem comum”.<sup>68</sup>

Nesse diapasão, Maurice HAURIU dispõe que a idéia de desvio de poder coloca o poder administrativo em função do serviço, o que ultrapassa a legalidade, eis que entrelaça os atos administrativos aos motivos – o que importa na moralidade administrativa<sup>69</sup>, vinculando a moralidade ao desvio de poder.<sup>70</sup>

Com isso se impõe o

66. RANGEL JÚNIOR, Hamilton. Princípio da Moralidade Institucional. Conceito, Aplicabilidade e Controle na Constituição Federal de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 151-152.

67. *Ibidem*, p. 152.

68. DELGADO, José Augusto. Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988, in *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, 1993, 1, p. 209. Nesse sentido se introduz a idéia de evolução moral no direito. FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Op. Cit.*, p. 24.

69. HAURIU, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. 11. ed. p. 420 apud GIACOMUZZI, José Guilherme. *Op. Cit.*, p. 49

70. BARBOZA, Márcia Noll. *Op. Cit.*, p. 92.

“dever de bem administrar”, idéia essa que surgiu da hipertrofia do Estado a qual seguiu-se, como seria de se esperar, um geral e insopitado abuso da função administrativa... A pretexto de desenvolver uma administração ‘eficiente’, o Estado freqüentemente ultrapassava os limites; mal demarcados, da legalidade e da legitimidade, como se ambas fossem estranhas ou incompatíveis em relação à eficiência.<sup>71</sup>

Outro questionamento importante a ser indagado é se o princípio da moralidade pode ser tratado enquanto um princípio jurídico. Antes do texto constitucional de 1988, muito se debatia sobre referida temática, o que pereceu com a nova redação apontada pelo constituinte de 1988, sendo agora expressamente prevista em seu art. 37, *caput*, juntamente com o inciso LXXIII do art. 5º do mesmo texto.<sup>72</sup>

Quanto às funções do princípio da moralidade administrativa, Márcia Noll BARBOZA destaca três diversas: a função conformadora e a formação ético-profissional do agente público, a função repressiva e a aplicação da lei de improbidade administrativa e a função corretiva e a invalidação do ato administrativo.<sup>73</sup>

Analisando cada uma dessas funções, verifica-se que a primeira delas se traduz na possibilidade do princípio da moralidade manifestar-se como norma “sintetizadora e veiculadora da substância do regime jurídico administrativo”, dela decorrem diversas imposições de comportamentos por parte de Administração Pública, sendo necessária, para tanto, a revalorização desta para impor uma formação dos agentes públicos nesse sentido.<sup>74</sup>

A segunda, ou seja, a função repressiva e a aplicação da lei de improbidade administrativa tem grande reflexo na referida lei, embora não se possa se exaurir nela, de forma que sua função é impor o dever de probidade do administrador a partir da não-realização de práticas previstas no referido diploma legal. Todavia, tem-se naquela lei um “texto obscuro, pleno de vaguezas”, o que dificulta a aferição de probidade.<sup>75</sup>

E por fim, a última das funções (corretiva e a invalidação do ato administrativo) tem como conseqüência, caso desrespeitada a moralidade, a invalidação do

71. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. Cit., p.30.

72. Sobre a referida temática leciona Carmen Lucia Antunes ROCHA “a superveniência de um novo modelo de ordem jurídica, buscado em todo mundo, no qual a ética impõe a absorção do princípio moral como um princípio do Direito posto à observância e aplicação em determinado Estado, determinou que, nas décadas mais recentes, e, em especial, nos últimos anos, acordassem constituintes e legisladores em que fizesse, expressamente, Direito o que, antes, era norma moral ou que se debatesse sobre a presença implícita no sistema normativo jurídico. ROCHA, Carmen Lucia Antunes. Op. Cit., p. 186.

73. BARBOZA, Márcia Noll. Op. Cit., p. 130-138.

74. *Ibidem*, p. 130-131.

75. *Ibidem*, p. 134.

ato administrativo, o que desemboca em outra análise primordial, a do controle da discricionariedade.

A partir de uma breve análise do princípio da moralidade, resta agora tecer algumas considerações finais acerca do direito e da moral, bem como do princípio da moralidade.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Sabe-se que todo o ordenamento jurídico brasileiro, como qualquer outro, é influenciado por valores que fazem com que o indivíduo obedeça às diferentes regras. Mas essa obediência não se dá somente em razão da idéia de coerção, mas sim pelo respeito aos valores impostos em uma determinada sociedade. Assim, nasce a discussão entre direito e moral, que perpassa por todas as épocas de existência do homem racional.

Todavia, verifica-se que desde o início dos tempos existe uma dificuldade de trazer os limites entre esses dois institutos. A partir das relações entre direito natural e direito positivo inicia-se um possível raciocínio acerca da separação das normas que advêm de valores em relação às normas impostas por meio de leis escritas, ou seja, outorgadas.

De qualquer forma, incontestável é a relação existente entre direito e moral. Embora alguns autores afirmem que essa relação é contingente, não há como negar que não é apenas o receio de punição dos sujeitos que faz com que seja cumprido o ordenamento jurídico.

Em decorrência disso, ao violar uma norma jurídica o indivíduo também viola a norma moral, de modo que o direito, o costume, a justiça e a moral acabam, muitas vezes, por se confundirem. Assim, não há como se negar os grandes níveis de interpenetração entre essas esferas. Nesse sentido, a justiça consiste em um valor que também está intimamente relacionado à moral e é buscado pelo direito.

Passando para uma reflexão sobre o princípio da moralidade no direito administrativo, tem-se que a moral ganhou *status* constitucional e, portanto, autônomo em relação aos demais dispositivos constitucionais. Assim, verifica-se que o princípio da moralidade exige um comportamento honesto do administrador, o que caracteriza numa judicialização de preceitos morais, idéia esta que vem trazer todo um embasamento para a problemática da noção do princípio da moralidade.

Foram traçados os principais pontos acerca do princípio da moralidade no direito administrativo, trazendo uma relação também com o direito e a moral, demonstrando-se expressamente, como a moral pode influenciar no direito.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *La Institucionalización de la Justicia*. Granada: Comares, 2005.
- BARBOZA, Márcia Noll. *O Princípio da Moralidade Administrativa*. Uma abordagem à luz da noção de moral crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAMMAROSANO, Márcio. *O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 26.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Estado Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CELLA José Renato Gaziero. *Positivismo Jurídico no Século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade*. Disponível em: <http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2008.
- COSTA, Judith Martins. *As funções do princípio da moralidade administrativa* (o controle da moralidade na administração pública). Disponível em: [http://www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/principio\\_moralidade.pdf](http://www.tce.rs.gov.br/artigos/pdf/principio_moralidade.pdf). Acesso em: 20 jun. 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública. O conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral*. Justificação e Aplicação. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

- HART, Herbert L. A. *Direito, Liberdade, Moralidade*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 1987.
- \_\_\_\_\_. *O Conceito de Direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian: 1961.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1962.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes: 2004.
- RANGEL JÚNIOR, Hamilton. *Princípio da Moralidade Institucional. Conceito, Aplicabilidade e Controle na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. Definições e fins do direito – os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.



## VII

# O STATUS MORAL DO EMBRIÃO HUMANO E A ALTERIDADE COMO CRITÉRIO FUNDAMENTAL NO DIÁLOGO BIOÉTICO

*Edna Raquel Hogemann*

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho/RJ, membro da Sociedade Brasileira de Bioética, coordenadora geral de pesquisa da Universidade Estácio de Sá/RJ, docente do programa de pós-graduação em Direito, da Universidade Estácio de Sá/RJ.

**RESUMO:** Este artigo configura-se como proposição pela utilização da alteridade como critério fundamental bioético, na busca da resposta aos desafios constantes de uma Bioética comprometida com a definição e com os rumos da humanidade, diante de uma biomedicina não apenas curativa, preventiva ou reabilitadora, mas também planejadora e experimental. Essas produções biomédicas experimentais objetivamente iniciaram um processo de mudança do homem, que se revela em concreto com o desaparecimento dos tradicionais limites da vida e levam à necessária reflexão filosófica acerca da exigência de uma redefinição da essência do humano, da morte, da vida e da identidade pessoal. Procura responder algumas questões relacionadas à existência de algum conceito de alteridade, que seja preliminar à ética a ser invocado como critério, bem como em que medida a alteridade pode constituir-se em critério bioético fundante. Busca, outrossim, promover uma reflexão em como poderia funcionar o critério da alteridade, no contexto dos debates em torno ao status moral do embrião humano e da noção de pessoa humana como abertura, relação, comunicabilidade.

**PALAVRAS CHAVES:** pessoa – embrião humano – alteridade – bioética – Lèvinas.

**ABSTRACT:** This article is configured as proposal for the use of the alterity as a bioethics basic criterion, in the search of the reply to the constant challenges of a Bioethics compromised to the definition and the routes of the humanity, ahead of a cure, preventive or rehabilitate biomedicine, but planner and not only also experimental. These experimental biomedical productions had objective initiated a process of change of the man, wich discloses in concrete with the disappearance of the traditional limits of the life and leads to the necessary philosophical reflection concerning the requirement of a redefinition of the essence of the human being, the death, the life and the personal identity. Search to answer some questions related to the existence of some concept of alterity that is preliminary to invokes ethics as criterion, as well as where measured the alterity it can consists in basic bioethics criterion. It looks for, hereby, to promote a reflection on how can the criterion of the alterity works, in the context of the controversies in lathe to the moral status of the human embryo and the notion of person human being as opening, relation, communicability.

**KEYWORDS:** person – human embryo – alterity – bioethics – Lèvinas.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Concepções de Alteridade – 2. Alteridade, transcendência e abertura ética em Lèvinas – 3. Compreendendo o sentido da personalização ética pela alteridade – 4. O processo de atribuição: o encontro da significação ética – Considerações finais.

## INTRODUÇÃO

Etimologicamente, o vocábulo critério (do grego *kriterion*) significa aquilo que serve para julgar, através do qual se reconhece algo distinto de outro, aquilo que norteia e dirige nossa opção. Alteridade vem do latim *alter*, cujo significado é *outro*. Na tradição filosófica ocidental a concepção de alteridade está presente e recebeu diferentes sentidos, seja como pluralidade, diferente, outro, ser outro, ser do outro, atitude para com o outro, conceito do outro (em sentido geral) problema do outro, problema do próximo, existência do próximo, realidade dos outros, encontro com o outro, reconhecimento do outro<sup>1</sup>; não como um saber óbvio, mas variando em significado, conforme o tempo e o espaço históricos. Exige, dessa forma, um enfoque contemporâneo. Nesse sentido, é de perceber-se que a alteridade pode ser encarada ora como razão discursiva, instinto de vinculação social, operação do sentimento, atividade moral, dialética do espírito e da natureza, invenção projetiva ou reflexão fenomenológica<sup>2</sup>.

É ponto de partida o pressuposto segundo o qual o ser humano se constitui pessoa pela intimidade e pela abertura. Isso representa o elemento determinante da alteridade na idéia de pessoa. Por isso, todo o compromisso e reflexão ética e, particularmente no tocante ao trabalho em curso, toda conduta e reflexão apontam para a alteridade fundando e lastreando o valor e a dignidade da pessoa. Note-se que a noção de pessoa implica abertura ou intersubjetividade; em outras palavras a alteridade pertence essencialmente ao conceito e à realidade da pessoa.

Quando proposta a alteridade como critério basilar bioético, pressupõe-se ser ela “o corretivo e a complementaridade ao personalismo exclusivo como da politicidade exclusiva” pois permite a correção de “uma visão individualista e abstrata do personalismo”, ao mesmo tempo em que permite considerar o encontro intersubjetivo como “a origem dos valores morais”<sup>3</sup>.

1. Cf. MORA, José Ferrater. Dicionário de Filosofia, vol. II, Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1971, verbete Otro, pp. 351-353.
2. LAIN ENTRALGO, P. Teoria y realidad del outro-I, Madrid: Editorial Revista do Ocidente, 1968, p.38.
3. VIDAL, Marciano. Novos caminhos da moral: da 'crise moral à moral crítica'. Tradução de Isabel Fontes Leal Ferreira. São Paulo: Paulinas, 1978, p.96.

A alteridade é inevitável, não é escolha, assim como a heterogeneidade é constitutiva do mundo humano, que caracterizado por sua intersubjetividade é relacional. É de se perceber, porém, que essa inevitabilidade não possui o condão de impedir a noção de conflito, mas antes, nos remete a ele. Compreender esse conflito é o desafio que está posto à sociedade, cada vez mais plural. Nesse enfoque, se a alteridade pressupõe o conflito social, que não pode ser negado, mas antes enfrentado, pois ainda que episódico, faz parte da vida em comum. Resultado imediato da heterogeneidade social humana, o conflito está intimamente ligado a essa pluralidade moral. Não se pode negar que esse pluralismo nos remete necessariamente a enxergar o Outro, a uma concepção do Outro, como grande o referencial demarcador ético de qualquer moralidade.

A idéia de alteridade tende a regular o tratamento dispensado aos conhecidos e aos estranhos morais. Pensar a pluralidade, dessa forma implica pensar a ética e o conflito. Em especial, nos conflitos bioéticos abertos que envolvem questões para além da vida e além da morte, saúde, sentido, natureza, divindade e muitos outros, os quais adquirem os mais diversos matizes a partir das diversas visões de vida e de mundo e formas particulares de viver de seus interlocutores.

Por outro lado, se é reconhecida a existência da pluralidade de interesses morais não significa atrelamento ao dogmatismo do relativismo radical. Ao contrário, identificar a diversidade de interesses morais e éticos da humanidade, reconhecendo-os como tal, demanda olhar ao redor e para além do próprio sujeito, e se revela muito mais como exercício fundamental na busca de uma ética comum, sem perder de vista a mesma diversidade moral, signo da era da tecnociência.

## 1. CONCEPÇÕES DE ALTERIDADE

A filosofia, dando prioridade à relação consciência-mundo, ao longo de sua história, relegou a segundo plano o problema do outro, fazendo com que este aflorasse quando deslocou-se da “natureza” para a “história”. Para Lévinas<sup>4</sup>, o caminhar histórico da filosofia nos demonstra um eterno retornar do eu em direção ao seu ponto de partida, a saber, o seu eu idêntico, ao ser enquanto seu porto seguro, sua salvaguarda.

No entanto, é necessário compreender que esse *ser* não é concebido enquanto e desde o *eu*, senão a partir e necessariamente com recurso ao *outro*, e, o retorno para e pelo *outro*, representa responsabilidade com aquilo que ocorre na vida

4. LÉVINAS, E. Entre nós: ensaios sobre a alteridade, Petrópolis: Vozes, 1997.

social, unindo transcendência e cotidiano, razão e práxis. Dessa forma, constitui eixo fundamental para a ética, “precisamente porque contém e revela a possibilidade e a realidade do além do ser e da identidade do mesmo, como transcender para o outro numa relação responsável, que Lèvinas chama de alteridade”<sup>5</sup>.

Ao voltar-se para as origens de tradição filosófica ocidental, encontra-se em Aristóteles, no que se refere à convivência humana, uma única concepção em relação à alteridade, aquela existente entre os homens que por natureza (*katà physin*) são diferentes entre si, como o varão e mulher; o grego e o bárbaro, o senhor e o escravo<sup>6</sup>. A alteridade em Aristóteles pode ser entendida no âmbito da *amizade*. Todavia, como adverte Vaz, “o perfil do *outro* é absorvido pelo esplendor do *logos*”<sup>7</sup>. No entanto, vale registrar terem sido os gregos os criadores da expressão filantropia, concebida como tradução das idéias de justiça, pudor e respeito ao próximo. O seu antônimo era a crueldade, considerada como ato atribuído aos bárbaros. Embora os não cidadãos estivessem à margem da proteção das leis escritas, ainda assim determinados atos que lhes fossem praticados eram passíveis de punição pela lei moral. Este era o caso da recusa em lhes conceder uma sepultura ou o massacre dos vencidos, o que evidencia uma tolerância mínima em relação ao outro, ao não grego e pressupõe um respeito à vida em suas variadas manifestações e às diferentes crenças<sup>8</sup>.

O pensamento judaico-cristão colocou a questão da alteridade num patamar distinto daquele concebido pelo mundo grego, muito em razão da concepção da criação do ser humano a imagem e semelhança de Deus.

A vida humana, ora considerada como uma dádiva divina e a busca de uma correspondência moral ao valor desta criatura enquanto semelhante a Deus, é o que levará a uma afirmação da noção de pessoa pelo cristianismo.

O aparecimento histórico do cristianismo acrescentou algo novo à ordem do sentido e à teoria da alteridade. Se, para os gregos, o outro era concebido como ser vivo acidentalmente outro, fruto da mesma mãe, a natureza, para o cristianismo, o outro homem é concebido como realidade emergente do nada, em cuja essência se mesclam divindade e pecado. Assim, o outro se revela e deve ser o próximo.

5. PIVATTO, P.S. Ética na finitude. In Correntes fundamentais da ética contemporânea. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 88.
6. ARISTÓTELES, Política, I, 2, 1252b, Apud LAIN, E. op. Cit. p.25.
7. VAZ, Henrique C. De Lima. Antropologia e Direitos Humanos, in Revista Eclesiástica, 37 (1977), p.15.
8. HÉRITIER, Françoise. O eu, o Outro e a Tolerância, In ARRUDA, A. Representando a alteridade, Petrópolis: Vozes, 1998, 81.

Em Santo Agostinho<sup>9</sup>, o amor em Deus permite ao ser humano abrir-se para a alteridade. Partindo dessa premissa, Tomás de Aquino ressalta a importância da relação no sentido de se conhecer o significado das pessoas divinas, senão a partir das relações entre elas, com o mundo e com os homens<sup>10</sup>.

É a partir de Hegel, entretanto, que “o problema do *outro* é reposto em toda a sua agudeza”, na obra *Fenomenologia do Espírito*<sup>11</sup>, o que influenciará posteriormente diversas correntes de pensamento, a saber: o existencialismo, o marxismo, a fenomenologia, o personalismo.

Em Hegel *outro* enquanto sede da sua verdade e elo de possibilidade da unidade perdida desperta a consciência para a necessidade do encontro, da partilha, das relações de intersubjetividade, pois, só dentro de um contexto intercomunicativo pode se estabelecer a verdade do sujeito, ou melhor do Eu que é nós e do Nós que é Eu.

Na experiência do reconhecimento proporcionada pelo encontro de um *outro* de si mesmo, a subjetividade se descompromete do solipsismo da tradição subjetivista encontrando o local sem riscos “a partir do qual se afasta da aparência colorida do aquém sensível, e da noite vazia do além supra sensível, para entrar no dia espiritual da presença”<sup>12</sup>.

Assim o reconhecimento exsurge da necessidade do enfrentamento da verdade do *outro* para dela extrair a verdade de si-mesmo. Ao travarem a relação do reconhecimento as duas subjetividades verificarão que “Cada extremo é para o *Outro* o meio termo, mediante o qual é consigo mediatizado e concluído; cada um é para si e para o *outro*, essência imediata para si essente; que ao mesmo tempo só é para si através dessa mediação. Eles se reconhecem como reconhecendo-se reciprocamente”<sup>13</sup>.

Da dialética resultante da luta pelo reconhecimento, a parábola do senhor e do escravo, e seus decorrentes, estoicismo, ceticismo e consciência infeliz, são estágios de efetivação das relações intersubjetivas em seus diversos graus e nuances específicas.

9. “Se te agradam as almas, ama-as em Deus porque são também mutáveis e só fixas n'Ele encontram estabilidade. Doutra modo passariam e morreriam. Ama-as portanto n'Ele, arrebatá-Lhe contigo todas as que puderes e dize-lhes: “Amemo-Lo” Ele, que não está longe, foi o criador destas coisas. Não as fez para depois as deixar, mas d'Ele vêm e n'Ele estão.” ( SANTO AGOSTINHO. *Confissões*, 12a. ed., Petrópolis: Vozes, 1997, p.86).

10. Vide item 1.1.

11. VAZ. Henrique C. De Lima. op. cit. p.284.

12. HEGEL, *Fenomenologia do Espírito*. p. 125-126.

13.. Idem.p. 68.

Nas relações de intersubjetividade vividas na busca pelo reconhecimento através da descoberta do outro de si mesmo, através da descoberta da verdade da consciência de Si, como para-si, é a revelação da relação do eu com o outro, da substância que é Espírito, vivenciará a consciência a experiência de ser toda a realidade, porém esta realidade é a da comunidade das consciências de si.

Filósofos como Kierkegaard, Husserl, Max Scheler, Hartman, Mounier, Nédoncelle, Madinier, Lacroix, Malverne, Heidegger, Jaspers, Marcel, Sarte abordaram, cada um a seu modo, a temática do outro<sup>14</sup>. Todavia, cabe sublinhar as contribuições de Buber, Bellino, Sève, Ricoeur, antes de expormos a alteridade segundo Lèvinas :

Em Buber, tem-se a concepção de uma alteridade vinculada ao “ser dialógico”. Segundo esta concepção, a pessoa possui uma estrutura dialógica: o seu ‘eu’ constitui-se na referência a um ‘tu’. Assim, temos uma antropologia fundada na relação “eu-tu”<sup>15</sup>. É pela relação “eu-tu” que o ser humano se personaliza e não a partir de sua relação com o mundo material. Essa relação está pautada na reciprocidade: cada pessoa nasce despertada para a outra. O que o “eu” descobre no “tu” e vice-versa não é uma subjetividade do outro, nem a projeção de sua própria subjetividade, mas realmente o outro.

Von Zuben<sup>16</sup> sintetiza aquilo que denomina “os quatro aspectos essenciais e indispensáveis a qualquer relação eu-tu”, elencados por Buber, na seguinte medida: “a reciprocidade, a presença, a imediatez e a responsabilidade”. “Relação é reciprocidade (Eu-Tu)”<sup>17</sup>. A presença pode ser considerada como o justo momento, o instante da reciprocidade. Trata-se da reciprocidade da presença que garante a preservação da alteridade. A relação ocorre de forma imediata, direta. O Tu se manifesta na presença e não na representação. A responsabilidade é constitutiva da relação e se estrutura como o nome ético da reciprocidade, uma vez que a autêntica resposta se realiza em encontros inter-humanos no domínio de uma existência mútua<sup>18</sup>.

Para Bellino<sup>19</sup>, a manifestação mais profunda do ser se manifesta como interser. Assim, conforme ponto de vista do autor mencionado, não basta a Bioética refletir

14. Ibidem.

15. BUBER, Martin. *Eu e Tu*, 2a. ed. Rev. São Paulo: Cortez & Moraes, 1979.

16. VON ZUBEN, Newton Aquiles. *Diálogo e existência no pensamento de Buber*, in: FORHIERI, Yolanda Cintrão (Org.) *Fenomenologia e Psicologia*, São Paulo: Cortez autores Associados, 1984, pp.71-85

17. Idem.

18. Ibidem, p.p. 80-81.

19. BELLINO, Francesco. op. cit. pp. 136-138.

sobre quando se inicia a vida humana e quando é seu término. Isso porque tudo aquilo que é recebe existência e não pode ser entendido adequadamente em seu sentido, senão desde um sistema de relações que o constitui e o torna o que é. É precisamente essa interdependência entre os homens o fundamento da bioética.

O autor sustenta a necessidade de se conceber uma bioética onto-axiológicamente fundamentada, consciente da relacionalidade do homem e do conhecer. É a presença do outro que remete o homem “aquém da liberdade” e o faz descobrir a “investidura que libera a liberdade do arbítrio”. Bellino observa que, em uma ética fundada sobre pressupostos onto-axiológicos relacionais, a normatização do tecido social, a norma fundamental, emergem dessa plenitude relacional<sup>20</sup>.

## 2. ALTERIDADE, TRANSCENDÊNCIA E ABERTURA ÉTICA EM LÈVINAS

Na reflexão sobre a idéia de pessoa a partir dos postulados filosóficos que nos foram legados por Lèvinas, ainda que o autor não tenha diretamente se reportado à polêmica existente quanto à dimensão ontológica do embrião humano, é possível depreender que o homem chega a descobrir o que realmente é e a conceber-se como pessoa na revelação do outro. O sujeito criador e polarizador é exterior, ao mesmo tempo em que nos desvela e conduz à luz. A alteridade e a transcendência éticas desenvolvidas na filosofia de Lèvinas nos levam a um novo conceber bioético.

O eu será constantemente questionado pelo outro. Nesse questionamento, ético por excelência, se trata especialmente da responsabilidade para com o outro, produzindo uma consciência ética. Por isso, o mundo permanece aberto, por intermédio da alteridade. Trata-se da obsessão pelo outro, que implica uma ruptura com a totalidade e o ser humano entra assim na relação com a alteridade do outro. A subjetividade adquire plenitude sempre em relação ao outro. Ainda que a alteridade tenha uma dimensão metafísica, é ética. O outro é a origem radical e o fim do “ser-no-mundo”, na medida em que a alteridade tem uma dimensão ética; o rosto do outro é justamente o começo da filosofia.

20. Para Donati o objeto da bioética é “estritamente relacional em sentido sociológico, nem tão-só subjetivo (por abstrato 'direito subjetivo ao filho') nem tão-só estrutural (em vista de modificações da biologia do indivíduo e da população, para o bem da espécie)”. Daí temos com consequência que, em assim sendo, inexistiria um “direito” abstrato ao filho, o reconhecimento que significaria, entre outras coisas, reificar sua valência humana (aliás, relacional, enquanto relação intersubjetiva viria a ser tratada como relação de propriedade). Nem a biologia, nem a medicina podem substituir o meio técnico nas exigências específicas da relação social, que deve ser entendida e tratada antes de tudo em seu próprio terreno, antes ainda da intervenção médica) (DONATI, P. *La famiglia come relazione sociale*, Milão, 1989, p. 275, apud BELLINO, op. cit. pp.180-181).

Falar em alteridade a partir do pensamento de Lèvinas significa, antes de tudo, incluir a ética no pensar, enquanto um ponto de partida. A relação do outro está pautada e se realiza na forma da bondade, denominada justiça e verdade e, historicamente, se materializa numa infinita experiência de transcendência, como solidariedade e responsabilidade pelo outro, em ser-para-o-outro.

O ser-para-o-outro a um saber moral, ao pensar moral, à substituição do outro e à justiça adquire plenitude fundamentalmente no ser na comunidade, com a correspondente responsabilidade ética para com o outro, como uma experiência na alteridade.

Em Lèvinas, a verdade é produto da experiência do ser com a prática da justiça. A verdade correlaciona-se com as relações sociais, que exigem a realização da justiça, que consiste no reconhecimento da alteridade do outro na sua absoluta alteridade.

### **3. COMPREENDENDO O SENTIDO DA PERSONALIZAÇÃO ÉTICA PELA ALTERIDADE**

A concepção de pessoa como sujeito racional livre, como visto, refere-se a uma construção abstraída do conceito de ente concreto. Ela se reduz a uma característica, por assim dizer, *atribuída*. No entender de Sève, aí reside a sua arbitrariedade. Nesse rastro do pensamento, torna-se necessário estabelecer os critérios de atribuição<sup>21</sup> dessa característica. No entanto, é exatamente nos marcos do ente concreto; ou seja, dos indivíduos físicos ignorados pela concepção de pessoa como agente moral que se poderá buscar os parâmetros requeridos. Cumpre recordar que a idéia de pessoa necessariamente se reporta a um tempo e um espaço.

Mas, em que momento deve estar situado este começo ou fim? Conforme Sève<sup>22</sup>, “pessoa só é valor quando valoriza seres reais. Excluir do seu campo estes reais não é, portanto, somente contestável, mas, pura e simplesmente, impraticável. Assim, não há pessoa “de direito” sem pessoa “de fato”.

Para além das diversas e possíveis teorizações em torno à idéia de pessoa, o que o vocábulo aponta em essência e por excelência é que, diferentemente da coisa (*res*), o ser humano é portador de uma dignidade que motiva o respeito. Esse é o aspecto mais fundamental nessa pessoa humana que se revela no transcórrer ético levinasiano. Importa afirmar que, no que diz respeito ao valor da pessoa, é inegável

21. SÈVE, Lucien. Op. cit. p. 26.

22. Idem, p. 27.



reconhecer que este não repousa em sua representação na substância material ou espiritual. O homem com suas características e peculiaridades não é um dado, mas uma construção paulatina em sua relação com o outro e com o mundo. Esse processo não se dá pela mera existência, assim como o existir depende do outro, como gênero humano. Sève<sup>23</sup> percebe a existência de uma lógica propriamente ética nesse afastamento da substancialização, pois, em caso contrário, não seria a “coisificação” da pessoa? Nessa linha de argumentação, corre-se o risco de estabelecer uma reflexão de caráter bioético, que pode ser concebida de forma abstrata, alheia da “história do compreender e de nossa existência”<sup>24</sup>. Seria este o perigo de se optar por uma concepção relacional da pessoa?

A idéia é convincente, porque aproxima de um ser cuja humanização não possui conexão com qualquer espécie de mera natureza intrínseca e que apresenta a possibilidade de outra história para a individualidade: que não diga respeito unicamente ao percurso e à manutenção do agir ontológico, mas à viabilidade da transcendência.

Estaria aí a solução para o problema? Talvez esteja, se superadas algumas dificuldades que se apresentam. Em primeiro lugar, as dificuldades de caráter técnico. Ao tomar a idéia de pessoa como “um nó de relações”<sup>25</sup> há que se ter em conta que muitas relações em sociedade não se dão assim tão “face to face”, sendo, no mais das vezes, relações mediatas entre homens – não apenas os próximos, mas suas corporações e instituições com as quais jamais trocaremos sequer um olhar, mas que se realizam através das instituições objetivas como o Estado, o mercado ou organizações de caráter internacional. Nesse sentido, ganha consistência o alerta de Sève, em que, quando centrada a pessoa nas relações interpessoais, “faltam as lógicas sociais cuja transcendência é manifesta relativamente àquilo que pode revelar-nos uma fenomenologia do vivido”<sup>26</sup>.

Esse aspecto não contemplado em relação à objetividade, pode levar a uma série de conseqüências de ordem moral que podem comprometer o diálogo bioético. Se a exigência ao respeito à pessoa se pautar exclusivamente na relação intersubjetiva em que está envolvida, qual a garantia essencial de que ela conservará para o agente a sua força de obrigação, para além dos limites espaços-temporais de sua anunciação?

23. Ibidem.

24. BELLINO, Feancesco, op. cit. p. 169.

25. Cf. SÈVE. Lucien, op. cit. p. 67.

26. Idem, p. 68.

Nesse contexto, as considerações levinasianas a respeito do humano conduzem a um acontecimento que tem a ver com a possibilidade da individualidade como “viver para”, viver a partir e em função de exterior a si. Não há um elemento material qualquer que possa aqui receber determinações ontológicas a ponto de afirmar que o ser humano é isto ou aquilo. E isto, impede, desde já, qualquer tentativa de representação de um ponto universal sobre o qual todos repousariam<sup>27</sup>.

Pensando assim, tem-se o entendimento de haver subtraído “à desafeção relativamente às crenças metafísicas para enraizar uma indubitável experiência, mas não se a terá entregue a todas as inconstâncias da subjectividades?”<sup>28</sup>. O exemplo do embrião extracorporal criogenizado vem bem a calhar. Para o casal que procura a clínica de fertilização a fim de realizar o sonho do filho esperado, aquele embrião congelado, criado em laboratório, que aguarda o momento para ser implantado em virtude de um “projeto parental”, viabilizado através da procriação assistida, a partir dos pressupostos relacionais elencados é uma pessoa.

Mas o mesmo não se pode afirmar quando findo o processo, nascido o bebê, restam alguns embriões congelados, produzidos, mas não utilizados. A partir de então, perderiam os embriões restantes o status moral anterior? Seriam eles convertidos em simples conjuntos celulares? Não estariam situados nessa mesma condição os comatosos, os pacientes terminais? Como escapar da armadilha do relativismo ético que essa ética relacional nos lança?

Fagot-Largeault e Parseval levantam a mesma problemática: “ A ontologia relacional está na moda. Mas não é evidente que uma ontologia puramente relacional, sem um ponto de apoio substancial, nos faz oscilar no arbitrário: Um ser humano poder ser desejado hoje e rejeitado amanhã. Teremos de aceitar que os velhos que já ninguém quer deixaram de ser pessoas? ”<sup>29</sup>.

Pelos motivos já expostos ao longo do presente trabalho a visão de pessoa como tão somente ser biológico está, cada vez mais suscetível de desqualificações. Ainda assim, para Sève<sup>30</sup>, essa concepção guarda em seu interior um elemento que coloca a questão do valor a salvo dos caprichos de uma época ou das intempéries da subjetividade. A essa necessidade de um ponto de vista seguro que aponte para a “essência” da humanidade diversos autores<sup>31</sup> têm-se pronunciado

27. SAYÃO, Sandro coza. Op. cit. p.159.

28. SÈVE. Lucien. op. cit. p. 68.

29. FAGOT-LARGEAULT, Anne e DE PARSEVAL Geneviève Delaisi. Qu'est-ce qu'un embryon? p. 103, nota 7 Apud. SÈVE. Lucien. op. cit. p. 68.

30. SÈVE. Lucien. op. cit. p. 69.

31. É o caso de Bernard Edelman que faz referência à temática em suas obras: L'Homme, la nature et le doit,

referenciando-se seja numa reabilitação da mítica natureza humana, ou à volta de uma comunhão laica com o sagrado entregue à proteção “do jurista que vela, sozinho e sem apoio, pelo simbólico”<sup>32</sup>.

Compartilha-se a afirmação de que a pessoa é essencialmente relacionalidade e intersubjetividade e que a interexistência é a maneira de a pessoa se comportar em relação ao outro. Mas quando tal não se dá, como no caso do embrião humano, necessário seria um suporte onto-axiológico que, ao mesmo tempo, contemple uma preocupação com a subjetividade da relação e a objetividade da substância como nos sugere Sève, numa análise crítica da ética relacional?

Sobre essa análise crítica elaborada por Sève, são necessárias algumas ponderações, como as seguintes: se, de um lado, a consideração do eu tal como o outro como fim em si mesmo, na filosofia prática kantiana, tem como fundamento a própria consciência monológica; de outro, o reconhecimento do outro aparece apenas como uma necessidade de universalização das máximas, como exigência da própria lei moral, por isso, ainda insuficiente porque não considera o outro como absolutamente outrem.

Nesse sentido, o *outro* kantiano, portador de dignidade e fim em si mesmo, não corresponde ao outro levinasiano. Lèvinas não aceita essa idéia de reciprocidade<sup>33</sup>. Para esse autor, a correlação não indica a transcendência e a alteridade não se reduz a um esquema puramente formal. O outro não é um outro eu, um *alter ego*. O eu e o outro não formam uma comunidade de *eus*, não há participação em um mesmo gênero, bem como, uma unidade numérica ou conceitual que liga um sujeito ao outro. O outro é absolutamente outrem.

É neste contexto que a filosofia levinasiana se volta ao sentido humano que está posto para além de estar-aí, para além do viver frutivo. O humano é pensado em termos de sentido do humano, que só poder ser concebido a partir da ética e da justiça antes que a verdade, no acolhimento e na disponibilidade do outro. Por esta razão, o ser-em-si ainda não é. Ele só se constitui a partir e desde o *encontro* com o outro. Aí se dá a significação ética.

Ocorre que Sève não concebe essa dimensão relacional do sentido como proposta por Lèvinas e, por esta razão, pondera: “Se a dimensão axiológica do ser humano não emana de uma “natureza” que há nele – física ou metafísica-,

citado por Sève, e também Entretien avec Bernard Edelman, in Actes, n 67-68, set/89, pp. 68-78, e Bernard Edelman, Génétique et liberté, in Actes, n. 13, abr/91, pp. 31-42.

32. Idem.

33. KUIAVA, Evaldo. op. cit. pp.74-75.

também não se explica suficientemente a partir de uma intersubjetividade vivida ou de uma ficção jurídica”<sup>34</sup>. Ele entende que a pessoa pode ser traduzida como a “ordem civilizada” da pessoa, onde o valor humano recebe a objetivação social das mais variadas maneiras, mas essa objetivação ocorre no marco de uma ordem interiorizada, incorporada em cada uma das mais variadas maneiras, quer ao serem validadas, quer pela confirmação, negação, convalidação parcial em consciência, regressa se exteriorizando através dos atos e atitudes, à objetividade social.

Trata-se de uma dialética muito própria da hominização que diz respeito a concepção da licitude e de ilicitude, ao certo e ao errado. Por outro lado, Sève admite que o valor da pessoa não é decorrência de sua “natureza” e nisso se alinha ao pensamento levinasiano. Ele admite ainda que o valor da pessoa não pode ser resultante de uma “pura imputação subjetiva ou decisória”<sup>35</sup>. Vale o registro desta passagem do autor:

Da mesma maneira que o lingote, a pessoa não tem valor por natureza, mas também não o tem por uma pura imputação subjetiva ou decisória. O valor vem à mercadoria de uma soma de trabalho social; à pessoa, vem de um imenso labor de civilização, de uma humanidade poderosamente constituída e constituinte – incluindo os antagonismos – de que ela se faz sócia. Repetimos, naturalmente, essa tese filosófica segundo a qual não há passagem do fato ao direito. Mas, se me voltar para o mundo real, constato aí que esta passagem é, ela própria, um fato constante. Ao mesmo tempo em que produz instrumentos e signos, a humanidade produz também normas e valores. A dignidade da pessoa revela também destas produções históricas – ainda que elas sejam uma das suas formas ‘supra-sensíveis’ mais complexa.<sup>36</sup>

Compreender a formação histórica de uma ordem da pessoa não é tarefa capaz de clarificar completamente este processo tão complexo e conflitivo que é a personalização ética. Se sujeito e a personalidade constituem as singularizações do indivíduo, a pessoa, por seu turno, nos remete, ao contrário, à ontologia tradicional, a sua universalização moral. Resta outra questão: de que maneira uma ficção abstrata de pessoa pode remeter em realidade concreta de pessoa dotada de prerrogativas que obrigam todos os outros?

Kant valia-se do conceito de *imputação*, e como bem o revela Sève<sup>37</sup>, que remete a uma ambiência semântica muito aparentada à da culpa, e se reporta tão somente à relação entre o agente e o ato, quando o que compete é estabelecer e caracterizar essa relação entre um valor e um ser.

34. SÈVE. Lucien. op. cit. p. 70.

35. Idem p. 71.

36. Ibidem.

37. Ibidem, p. 73.

A reflexão tendo em conta os postulados filosóficos da alteridade leviansianos toma rumo muito próprio, a partir do momento em que Lèvinas considera que a humanidade está além de toda e qualquer argumentação que tenha por base a liberdade ou a atividade do ser-em-ato. É exatamente na conjuntura de um evento que tem a ver com a revelação de algo totalmente alheio à egoídade, de algo totalmente distinto dos termos do eu, que Lèvinas aponta o aparecimento do humano enquanto valor. Sua atitude reflexiva é colocada diante de uma humanidade que é produto de um evento, um acontecimento que não tem conexão com qualquer resquício de diletantismo de essência, com qualquer espécie de mera natureza intrínseca<sup>38</sup>.

Lèvinas propõe como real alternativa ao ser, a ética, que pode significar mais e melhor, do que todas as estruturas articuladas pelo sistema da ontologia, eis que a significação ética se abre em direção ao infinito que se encontra em total sintonia com a “inexpressível humanidade do homem”<sup>39</sup>. Sendo assim: “ser ou não ser, provavelmente não é aí que está a questão por excelência”<sup>40</sup>.

A força da filosofia da alteridade, onde a infinitude do outro perpassa a própria subjetividade, remete para além da essência. Este constitui momento em que o infinito ético se revela como fato concreto que remete para a transcendência. Assim, Lèvinas faz referência a um “sentido” do “sentido” que ultrapassa as iniciativas ontológicas que pretendem atingir um ponto original que dê conta da essência do humano. Com efeito, isso seria cair nas armadilhas de uma estrutura ego-ontológica que busca na multiplicidade uma essência comum. A idéia de “sentido”, aqui concebida “guia-se para a exata manutenção das estruturas enigmáticas que cercam a alteridade, e sobre a impossibilidade ética de se pretender desvelar a unicidade inviolável do sujeito”<sup>41</sup>.

#### **4. O PROCESSO DE ATRIBUIÇÃO: O ENCONTRO DA SIGNIFICAÇÃO ÉTICA**

De todo o exposto, é possível depreender claramente que a significação revela-se como um evento ético que insere a pessoa no limiar do infinito. É através do encontro com o outro, possibilitado pelo evento ético e, portanto externo ao ser que se encontra o humano. Dessa forma, Lèvinas<sup>42</sup> pretende alcançar uma unicidade capaz de servir como referencial ao entendimento entre os homens: defende que o

38. Kuiuava. Op. cit. p. 55.

39. LEVINAS, Emmanuel. Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger, Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 177.

40. Idem.

41. SAYÃO, Sandro. Op. cit. p.61.

42. LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito, p.133, p. 157.

materialismo se revela incapaz de oferecer as condições de apoio ao entendimento pretendido, visto que por ele se cairia numa espécie de circularidade viciosa que procuraria encontrar o uno no próprio indivíduo; ao mesmo tempo reconhece que somente a multiplicidade de significações permite guiar-se à possibilidade de convivência, ao entendimento em meio à diferença.

Quando Lèvinas formulou sua tese calcada na relação metafísica, da ética, antes da teoria e da ontologia, não poderia jamais sequer suspeitar os dilemas bioéticos que estariam por vir como consequência do avanço nos conhecimentos que a biotecnologia descortinou para a humanidade. Entretanto, os dois momentos decisivos que o autor aponta para a elaboração da condição humana ligada à idéia da subjetividade transita pela alteridade, quais sejam o nascimento da individualidade através do “viver de...” e a resposta ética à presença da heteronomia, são ferramentas fundamentais para a busca da solução dos conflitos bioéticos, em particular o que é tomado como objeto da presente tese, qual seja o da medida da significação ética do embrião humano que, por via de consequência, irá remeter ao debate em torno da eticidade ou não dos normativos que regulam as pesquisas envolvendo a manipulação de material celular embrionário, excedentário – como no caso da legislação brasileira<sup>43</sup> -, ou não, como previsto no normativo de alguns países, como a Inglaterra<sup>44</sup>.

Paul Ricoeur, encarando problema similar vai retomar a expressão *to ascribe* do filósofo Peter Strawson para conferir-lhe o conceito inédito de *ascription* traduzido por “atribuição”, utilizado por Sève em sua livre análise em encontrar a via pela qual “a ficção abstrata *da* pessoa pode transformar-se em realidade concreta *de uma* pessoa”, para dar a dimensão da abrangência da dignidade como significação ética.

Seguindo a análise de Ricoeur, é de perceber que o termo atribuição é uma espécie particular de atribuição que traz à tona a lógica tradicional, mais própria para tratar das coisas físicas que das morais. Veja-se a seguinte assertiva: a palavra dada merece respeito. “A palavra dada é *atribuível* à pessoa.”<sup>45</sup> Essa formulação seria um decreto – justificável, é lógico – reflexo do que a pessoa é de direito ou a constatação – via de regra, contestável – do que ela é de fato? Partindo da formulação de Ricoeur e, posteriormente, desenvolvida por Sève, é possível ultrapassar esse duplo equívoco ao dizer que o respeito pela palavra dada é *atribuível*

43. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Vide ANEXO.

44. Human Fertilization and Embryology Act 1990 (c. 37) 1990.

45. SÈVE. Lucien. op. cit. pp. 73-74.

à pessoa, ou, melhor dizendo, que faz parte do repertório das suas características obrigatórias, se ela merece o seu título<sup>46</sup>:

“Ascrever não é descrever”: não é designar um modo de ser de qualquer coisa, mas atribuir a alguém um modo de se comportar. Entretanto, ascrever difere igualmente de prescrever, pois a prescrição não pressupõe o assentimento daquele a quem diz respeito, as a ascripção envolve também a inscrição que se faz neles: quando algo é ascripto a alguém, esse alguém ascreve-se-o ele próprio, desde o momento em que se designa como pessoa. A ascripção consiste precisamente nesta “reapropriação” pelo sujeito. E não é tudo: visando, não o indivíduo na sua particularidade, mas o humano na sua generalidade, a ascripção a um é também a todos os outros.

Nessa linha de pensamento, afirma-se com convicção que o embrião humano não corresponde à idéia de pessoa aqui concebida como *relação humana*, prerrogativa ética que vai além do sentido do ser e se revela tão somente através do outro<sup>47</sup>. No entanto, é possível compreender as razões pelas quais se lhe pode atribuir uma significação ética, na mesma medida que é feito em relação não somente a todos os seres humanos seja o feto, o louco que perdeu, de vez, o uso da razão e o juízo, o paciente comatoso em fase terminal, como também ao próprio corpo e todas as partes que o compõem, seus órgãos e tecidos, seus fluídos (sangue, plasma, linfa, esperma).

A resposta caminha no sentido da “atribuição”; isto é, pela atribuição de certa dignidade pessoal, outorgada criteriosamente, a seres que são julgados merecedores dela, pela proximidade que se intui desfrutar, apesar de eles não satisfazerem os critérios da definição clássica da pessoa, sujeito racional, livre, autônomo e responsável. A “atribuição” não resulta de decisão individual, mas de juízo comunitário, cultural (do *ethos*) que admite o mais ou menos, porque toda participação admite o mais ou menos.

Este conceito de “atribuição” atende, portanto, satisfatoriamente aos parâmetros filosóficos subjetivos da modernidade e aos conceitos éticos de alteridade e proximidade daí decorrentes e serve ainda para assinalar a particularidade própria dos humanos assinalada por Lévinas: a de que “nunca existimos no singular”<sup>48</sup>. Resta, dessa forma, fixada de maneira pautada na plausibilidade o fato de que o ser humano só o é plenamente na intersubjetividade da sua relação com seus semelhantes. É na relação com o outro que os indivíduos se percebem como indivíduos únicos, e é no espelho do outro que se aprimoram. Ou como Lévinas revela

46. Idem.

47. Sêve apesar de conceber a pessoa como relação humana, de outro modo considera-a como “uma prerrogativa ética que, ao mesmo tempo, me pertence e me ultrapassa: aquilo que, nela, me pertence ultrapassa-me, aquilo que, nela, me ultrapassa pertence-me” (Op. cit. p. 74).

48. LÉVINAS. Totalidade e Infinito. Op. Cit. p. 37.

com particular procedência: “O conhecimento mais audacioso e distante não nos põe em comunhão com o verdadeiramente outro; não substitui a sociabilidade; é ainda e sempre uma solidão.”<sup>49</sup>

Se, por um lado, a ciência até hoje não se encontra em condições de contestar o fato de que não acontece nenhum fenômeno ulterior que torne humano quem já não o era. De outro, o que faz o homem o único ser-espécie, ou seja, um ser genérico, responsável por seu próprio gênero como um bem próprio e como um bem que é de todos, não está limitado aos restritos domínios da biologia.

No que diz respeito ao embrião humano em específico, reputa-se que esse processo de significação ética lhe é atribuído por ser humano. O respeito que lhe é devido surge na mesma medida em que se deve respeito a tudo que seja ou derive do humano ( seu corpo, suas vísceras, seus fluídos, sua imagem, seu ser), pois que a significação pessoal somente se inaugura a partir da relação com o Outro, que objetivamente se inaugura do primordial encontro entre mãe-filho. É esse encontro que possibilita que a individualidade desponte para uma nova história, que significa o surgimento de uma pessoa humana<sup>50</sup>.

Quando a percepção dessa vida humana<sup>51</sup>, se verifica de forma artificial, seja através de teste de gravidez ou ecograficamente, tal detecção recebe uma carga valorativa inferior à do comando que originou o ato da detecção: a necessidade da confirmação da existência da gravidez, a precisão de sua data, a verificação da nitidez da caracterização anatômica ou a detecção de anomalias. Essa relação

49. Idem.

50. Vale destacar então e reafirmar as idéias inovadoras de Winnicott acerca da inauguração do humano, “deslocando o eixo da origem do psiquismo das pulsões para uma origem que prioriza os acontecimentos psíquicos”, configurados no encontro mãe-filho, apontadas no trecho do seguinte ensaio: “Encontro-síntese propiciador da emergência de uma identidade humana concebida em seus aspectos ontológicos. A relevância aí não é a satisfação pulsional, mas sim o ato criativo efetivado pelo bebê ao se sentir criador da própria mãe. Por meio desta experiência criativa o presente se apresenta como vivo e real. E como entidade viva para o outro, o essencial se concretiza na vivência do bebê, e talvez ele possa dizer: ”Estou vivo, e o meu viver é a minha criação.” Vive-se assim o sentimento de ser. Encarna-se o humano. Tudo isto é possível porque as necessidades de um bebê marcam um “aqui, agora” absolutos. E esta marca requer um reconhecimento do outro que se objetiva no atendimento sensível a estas necessidades. Esta objetivação confere valor real a uma subjetividade no sentido de torná-la singular, valiosa em sua interioridade. A partir daí os fenômenos internos passam a ter sentido para alguém que pode experimentá-los como seus: estabelece-se as condições do psiquismo humano pronto para empreender o caminho das representações mentais. Na trajetória humana proposta por Winnicott o que está em pauta no início é a identificação da mãe com seu filho. É esta condição que vai permitir a mãe sustentar a continuidade de ser do bebê possibilitando sua existência e sua ilusão de criar o mundo, dentro desse processo ela vai, ao mesmo tempo, se revelando como um outro na sincronia do tempo e espaço das experiências vividas juntos”. ( Maria do Carmo Andrade Palhares & Regina Celi Bastos Lima. Ser o não-Ser: eis a questão Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro 2003).

51. KOTTOW, op. cit. 2003.



ainda não estará inaugurada, se há obrigatoriedade na obtenção da informação que levará à decisão de instalar, ou não, a potencialidade de um novo ser e assumir a relação mãe/filho.

Quando o Juízo determina a realização de exame para a verificação da existência de estado gravídico na mulher vítima de estupro, a revelação da gravidez, por si só, não é condição suficiente para ensejar a existência de um ser humano com o mesmo *status moral* que o embrião produto de uma gravidez desejada. Do mesmo modo que, ainda que a gravidez tenha sido planejada pela mulher, caso esta se revele como risco iminente à vida da gestante, também nesse caso, o embrião não gozará do status moral que caracteriza uma pessoa humana<sup>52</sup>.

Se, porventura, uma mulher solicita exame específico para saber se está grávida ou, para, precocemente conhecer as características do embrião, não está assim procedendo tão somente pelo prazer do desfrute de seu estado gravídico, senão para cercar-se de elementos que possam fornecer as razões a sua tomada de decisão, quanto ao fato de tornar-se mãe. Assim, é que, cada vez mais, se revela fundamental o respeito à autonomia da vontade da mulher na mesma medida em que o intenso compromisso ético quanto à assunção de uma relação uterina entre mãe e filho; necessário se faz que seja um ato decisório, muito mais que um evento da Natureza, inconsciente, inquestionável e eventualmente indesejado.

Nesse momento, não se trata simplesmente da confrontação de uma vida humana em formação com uma mulher que pode aceitá-la ou destruí-la, mas do encontro de potencialidades parciais: de um zigoto – ser humano potencial, de uma mulher – mãe em potência, e de uma série de circunstâncias que facilitarão ou se constituirão como óbice à gestação. O que é plenamente potencial neste momento exato é o estabelecimento da relação mãe/filho. Tal relação, ainda que plenamente potencializável, dependerá de uma série de pressupostos, entre os quais o estabelecimento do nexos ou da relação que impõe à futura mãe assumir um projeto existencial daquela vida humana em formação embrionária ou, por assim dizer, incorporar aquela vida humana dependente a seu próprio projeto existencial ou mesmo do sucesso do procedimento da nidação artificial daquele embrião produzido em laboratório, no útero materno.

52. O artigo 128 do Código Penal, assim se exprime:

Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O respeito a essa nova vida em gestação consiste, pois, em aceitar essa “equivalência de interesses” com os próprios e tal respeito somente poderá emanar daquela que é a mãe em potencial, por tratar-se da única que se encontra devidamente qualificada para colocar-se no sentido do cuidado, do dar-se para e da promoção das condições objetivas e subjetivas do ser em gestação, dessa vida nascente, que se oferta para realizar a maternidade<sup>53</sup>.

O desejo de transcender impulsiona o eu (mãe) em direção ao outro (filho), de tal forma que compromete sua soberania. A relação com o outro coloca em questão o eu, “esvazia o eu de si”, provocando a abertura às novas possibilidades. “A transcendência é ética e a subjetividade que não é no fim das contas o “eu penso” (que é a primeira vista), que não é a unidade de *apercepção transcendental* – é, à maneira de responsabilidade por Outrem, sujeição a outrem”<sup>54</sup>.

A manipulação de células extraídas de embrião excedente criogenizado estocado por um tempo tal que o impeça de ser viável para a implantação em qualquer útero não terá condições de dar origem a um ser humano, como preconiza o dispositivo legal pátrio que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias<sup>55</sup> não envolve um desrespeito ético à dignidade pessoal daquele embrião, pois o mesmo não pode ser considerado como pessoa.

Tal constatação, no entanto, não credencia a concluir que por ser tão somente um embrião venha a ser merecedor de um direito “embrionário”. Mais que isso, diz-se que tanto o embrião quanto o feto, ainda que não considerados como pessoas *atuais*, ou seja, aptos e capazes de fazer valer por si suas prerrogativas, devem ser tratados com o mesmo respeito que se atribui a tudo o que diz respeito ao humano.

E quando considerados os limites do eticamente aceitável nas investigações envolvendo embriões congelados, que são excedentes de experimentos de fecundação *in vitro*, verifica-se que, no Reino Unido, ela é admissível até o décimo

53. E tanto é fato tal condição que, muito embora em nosso país seja o aborto seja considerado como crime, as emergências hospitalares vivem apinhadas de mulheres provenientes das camadas mais pobres da população, vítimas de procedimentos abortivos realizados por “curiosas”, realizados sem a menor condição de higiene e segurança para a mulher, a qual muitas das vezes finda por não resistir e morre em consequência das seqüelas advindas, pelo fato de ser vítima de uma gravidez não planejada e não querida, porém inevitável, pelo desconhecimento e pela desinformação. Não que o aborto seja praticado em número menor entre as camadas mais abastadas da sociedade. Só que nestes casos as pacientes são atendidas em clínicas de luxo, recebendo toda sorte de acompanhamentos terapêuticos necessários, inclusive com o devido suporte psicológico.

54. “La transcendence est éthique et la subjectivité que n’est pas en fin de compte le “je pense”(qu’elle est de prime abord), Qui n’est pas l’unité de ‘l’aperception transcendentale’- est, en guise de responsabilité pour Autrui, sujetio à autrui”(DVI, 113)

55. De acordo o artigo 5º e incisos, da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2004, Lei de Biossegurança que está em vigor. Vide Anexo.

quarto dia, de acordo com a comissão Warnock<sup>56</sup>. Será inadmissível em qualquer tempo, para aqueles que consideram o embrião como uma pessoa humana desde a concepção. Independente da distância que existe entre as duas posições opostas, como observado a questão que é marcadamente axiológica e não pode ser tratada seja em termos cronológicos, muito menos biológicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chega-se ao término desse exercício reflexivo trazendo à baila as observações de Sève ao ponderar que os limites da pessoa não podem ser o mero resultado de uma alegada realidade, nem de uma ficção conveniente, mas são primeiramente o produto de um processo de personalização que tem por responsabilidade estipulá-los de tal modo a que, em cada caso, encontre o sentido e o motivo para a preservação da dignidade do humano<sup>57</sup>.

Barreto oferece seu contributo, ressaltando as dificuldades de buscar de forma absoluta os fundamentos ontológicos da pessoa – seja através de uma ontologia substancial (a afirmação de que o homem é um ser racional), seja através de uma ontologia relacional (afirmação de que esse “ser racional” é atribuído ao ser humano por um Outro, para as religiões judaico-cristãs, Deus)<sup>58</sup>. O mencionado doutrinador acrescenta que a crítica contemporânea procura libertar-se da reflexão teórico-abstrata, buscando, não a conceituação de pessoa humana, mas através de um entendimento prático, estabelecer a melhor forma de tratar o embrião.

Assim, de acordo com esta concepção, a preocupação deve estar centrada muito mais em estabelecer os limites de atuação em procedimentos experimentais e em definir normas de boa conduta em relação ao embrião que em saber se o embrião é ou não é uma pessoa humana, deixando de lado a clássica dicotomia coisa/pessoa. Tratar-se-ia então de buscar a construção daquilo que Fagot-Largeault<sup>59</sup> denomina

56. A Inglaterra foi o primeiro país a liberar pesquisa com célula-tronco, em 2000. O Human Fertilisation and Embryology Authority, HFEA, órgão que regulamenta e monitora tratamentos de fertilidade e pesquisas com embriões humanos no Reino Unido, permite a pesquisa com embriões humanos com até o 14º dia de desenvolvimento. Além disso, em fevereiro de 2002, uma comissão de alto nível da Câmara dos Lordes autorizou a pesquisa com células-tronco adultas e embrionárias, inclusive as obtidas de embriões especialmente clonados para tal fim. Com a decisão, a legislação britânica passa a ser uma das mais liberais do mundo. Em fins de 2001, o Parlamento Inglês já aprovava a lei que dependia apenas do parecer da comissão. O Conselho Britânico de Pesquisas está criando o primeiro banco mundial de células-tronco (não especializadas), produzidas a partir de embriões humanos. (Fonte: Jornal do Brasil, Quinta-feira, 28 de fevereiro de 2002, retirado do site: [http://www.mct.gov.br/sobre/namidia/CTnamidia/2002/28\\_02.htm](http://www.mct.gov.br/sobre/namidia/CTnamidia/2002/28_02.htm))

57. SÈVE, Lucien. Op. cit. p.113.

58. BARRETO, Vicente. Op. cit.

59. FAGOT-LARGEAULT, Anne et PARSEVAL, Geneviève Delaisi de, « Qu'est-ce qu'un embryon ? », em *Esprit*, juin, 1989, citado por BARRETO, Vicente. Op. cit.

“redefinir fronteiras”, implicando numa “ontologia intermediária”, segundo a autora, bastante à solução dos dilemas morais e a contribuir na racionalidade da solução dos litígios judiciais que venham a ocorrer.

Verifica-se então que se, por um lado, a redução da idéia de pessoa a uma identificação de fator biológico leva a uma limitação objetiva para a bioética contemporânea<sup>60</sup>; de outro, a concepção de pessoa humana como centro racional de escolhas, pautada pela autonomia e liberdade enseja uma série de questões bioéticas insolúveis e que carecem respostas ainda não fornecidas – é o caso dos bebês, dos comatosos profundos e todos os demais que tenham limitações objetivas em manifestar livremente suas vontades.

Por isso, reputa-se como de grande valia a proposição de Lèvinas, ao se reportar a uma relação metafísica, da ética, antes da teoria e da própria ontologia, distante daquela ontologia fundada num individualismo que já não suficiente a fornecer o lastro ético-filosófico às situações inusitadas discutidas ao longo do presente trabalho e que vão inclusive além da própria discussão a respeito do status moral do embrião; somadas às contribuições de Ricoeur e Séve em relação ao processo de atribuição próprio a revelar a significação ética.

A proposta de “redefinição de fronteiras” e o estabelecimento de uma “ontologia intermediária” tendo como referencial uma postura casuística, se pautada tão somente na apreciação do caso concreto, que pretenda redefinir fronteiras, por abandoná-las, finda por dar margem à uma multiplicidade de critérios que não contribuem para a segurança jurídica num estado democrático de direito.

É de fundamental importância a realização do debate no sentido, não de abandono ou negação do estabelecido, mas de estabelecimento dos limites éticos que considerem e sopesem o momento histórico e a conjuntura sócio-cultural em que se está inserido, no que diz respeito a toda uma série de questões pertinentes à pessoa humana, refletindo a partir do processo de construção filosófico-social dos tradicionais marcos morais delimitadores das ações humanas, para entender o porquê de não mais se adequarem à realidade das relações intersubjetivas, inauguradas sob a égide dessa conjuntura inconcebível há trinta ou cinquenta anos atrás, encarando a polêmica, no marco de uma discussão que é maior e que envolve não somente a idéia até então concebida sobre essa instituição que é a

60. Williams escreve a propósito: “ a categoria de pessoa, ainda que muito utilizada em algumas filosofias morais, é um fundamento pobre para o pensamento ético, particularmente porque aparece como uma noção genérica ou classificatória, mas que de fato privilegia características que surgem, quase todas, em graus – responsabilidade, consciência de si, capacidade de reflexão, etc.”( 1985: 114). Citado por BARRETO, Vicente. Op. cit.

pessoa humana, como de conjunto a todos os demais paradigmas de nossa sociedade liberal-burguesa.

## REFERÊNCIAS

- ABEL, F. Nascita e morte dell'uomo: prospettive della biologia e della medicina, in S.BIOLO ( a cura di), Nascita e morte dell'uomo, apud PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra Bioetica e Diritto*, Turin: Giapichelli, 1996.
- AQUINO, Tomás de. Summa Theologica (Os Pensadores), São Paulo: Nova cultural, 2000
- \_\_\_\_\_. Quaestiones disputatae de potentia Dei, 3,5 ad 1., in: LAUAND, Jean. Razão, Natureza e Graça -Tomás de Aquino em Sentenças, Estudos introdutórios e tradução – retirado do site: <http://www.hottopos.com/mp3/sentom.htm>, em 10.11.2004, às 12:07.
- ARENDT, Hannah. A Condição Humana, Trad. de Roberto Raposo, postfácio de Celso Lafer, 10 a. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARISTÓTELES . *De Anima*, Livro II – Coimbra:Edições 70, 1980.
- \_\_\_\_\_. *Ética a Nicomaco*. Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- BAERTSCHI, Bernard. *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la persone*, Paris:PUF, 1995.
- BALLONE GJ – O Indivíduo, o Ser Humano e a Pessoa – in. PsiqWeb Psiquiatria Geral, Internet, 2001 – disponível em <http://gballone.sites.uol.com.br/voce/pessoa.html>, em 23/07/03, às 23:45 h..
- BARRETO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana: Os limites da Bioética, in Novos Temas de Biodireito e Bioética, orgs. Heloisa Helena Barboza, vicente de Paulo Barreto, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- \_\_\_\_\_. Bioética, biodireito e direitos humanos. In: *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BAUMANN, Gabriel. L'avortment (F), n. 47, 1985, apud BAERSTCHI, Bernard. *La valeur de la vie humaine et l'intégrité de la persone*, Paris:PUF, 1995.
- BELLINO, Francesco. Fundamentos da bioética aspectos antropológicos, ontológicos e morais, trad. Nelson Souza Canabarro, Bauru, SP:EDUSC, 1997.
- BERNARDI, Jean. A Bioética, São Paulo:Ática, 1998.

- BEUCHOT, Mauricio. “La Persona y la Subjetividad en la Filología y la Filosofía”; in *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, nº 16. Universidade Nacional Autónoma de México, México, 1996; p.17.
- CAPRA Fritjof. *A teia da vida*. São Paulo: Cultrix, 1999.
- CARVALHO, Orlando de. Para uma Teoria da Pessoa Humana. (Reflexões para uma desmistificação necessária), in *O Homem e o Tempo – Liber Anicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, 1999.
- CHAVES, Benedita Inêz Lopes. *A tutela jurídica do nascituro*. São Paulo: LTr, 2000.
- DEGOS, Laurent. Os critérios biológicos da presença de uma pessoa humana in *Sciences et Avenir Hors-série* nº 130, Mar/Abr 2002.
- DRUMOND, José Geraldo de Freitas. Inovações tecnológicas e indagações éticas, in *Revista da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais – FAPEMIG*, nº 7, jun/ago., 2001.
- DURO, Pedro. *Uma nova contextualização do Direito: a transdisciplinaridade*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Working Paper 001/ 00.
- ENGELHARDT JR., H. Tristan. *Fundamentos da bioética*, trad. José A. Ceshin, São Paulo: Loyola, 1998.
- FARGOT-LARGEUALT Margot. Embriões, células-tronco e terapias celulares: questões filosóficas e antropológicas, in *Estudos Avançados* 51, maio-ago. 2004.
- FELIPE Sônia T. *Crítica ao especismo na ética contemporânea; a proposta do princípio da igualdade como princípio da igual consideração de interesses*. Retirado do site: <http://www.vegetarianismo.com.br/artigos/etica-sonia2.html>, em 07/09/03, às 21:07 h..
- FERNANDEZ, Atahualpa. Novos conceitos “o direito sob a ótica da biologia evolucionária”, in *Revista Consultor Jurídico*, 16 de setembro de 2003., retirado do site [http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria\\_Juridica/artigos/direito\\_biologia\\_evolutionaria.htm](http://www.mct.gov.br/legis/Consultoria_Juridica/artigos/direito_biologia_evolutionaria.htm), em 10.01.2006.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e Contrato de Trabalho: do Sujeito de Direito à Sujeição Jurídica*. São Paulo: Ltr., 2002.p.91.
- FREIRE, P. *Ação cultural para a liberdade*. 4.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.
- GARRAFA, Volnei e PESINI, Leo ( organizadores). *Bioética e Injustiça*, São Paulo: Loyola, 2003.
- GERCMAN, Beatriz. Los derechos del hombre, in *Primeras Jornadas Internacionales de Ética “No matarás”*, Facultad de Filosofía, Historia y Letras – Universidad del Salvador, Buenos Aires, 17, 18 y 19 de maio de 2000.

- GORDJIN, B. The Troublesome concept of the person., in *Theoretical Medicine and Bioethics*, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. Escravidão genética? Fronteiras morais dos progressos da medicina da reprodução, in *A Constelação pós-nacional. Ensaios políticos*, tradução de Márcio Seligmann-Silva, São Paulo: Littera Mundi, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *De l'éthique de la discussion*, Paris: Éd. du Cerf, 1992
- \_\_\_\_\_. *Between Facts and Norms*, Cambridge MA: Cambridge University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Le Discours philosophique de la modernité*, Paris: Gallimard, 1985.
- HÄRING B. *Ética de la manipulación*. Barcelona: Editorial Herder, 1985.
- HARRIS, J. Not all babies should be kept alive as long as possible. In: Gillon R, editor. *Principles of health care ethics*. Chichester: John Wiley and Sons, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Clones, Genes and Immortality*, England: Oxford University Press, 1998.
- HEGEL, G.W.F. *Fenomenologia do Espírito*. Trad. Paulo Meneses. Petrópolis: Vozes, 2001.
- HÉRITIER, Françoise. O eu, o Outro e a Tolerância, In ARRUDA, A. *Representando a alteridade*, Petrópolis: Vozes, 1998.
- HOTTOIS, Gilbert. *El paradigma Bioético, una ética para a tecnociencia*, Rubí (Barcelona): Antrophos, 1999.
- \_\_\_\_\_. "Goodbye Dolly?" The ethics of human cloning. *Journal of Medical Ethics*, 23: 353-360, 1997.
- HERNÁNI, Talciani. Admissibilidade jurídica de las técnicas de procreación artificial, in *Revista Chilena de Derecho*, vol. 19o, nº 3, 1992.
- JAEGER, Werner. *Paidéia – A formação do homem grego*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona: Herder, 1995.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Tradução: Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

- KIERKEGAARD, Sörenm *O desespero humano*, Porto: Tavares Martins, 1979.
- KOTTOW, Miguel, 2001. Bioética del comienzo de la vida. Cuantas veces comienza la vida humana? In *Revista Bioética*. v. 9. nº 2. (no prelo).
- KUIANA, Evaldo A. Crítica de Lévinas à Estrutura da Subjetividade Kantiana, in *VERITAS*, v.44, Edipucrs, Porto Alegre, junho de 1999.
- \_\_\_\_\_. Consciência transcendental e transcendência ética, in *Éticas em diálogo: Levinas e o pensamento contemporâneo: questões e interfaces*, Col. Filosofia 159, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- KÜNG, Hans. *Projeto de Ética Mundial*. São Paulo: Edições Paulinas, 1992.
- KUSHE, Helga e SINGER Paul. Individuals, Humans and Persons: The Issue of Moral Status. In: P. Singer et alii (eds.), *Embryo Experimentation: Ethical, Legal and Social Issues*. Cambridge University Press.
- LADRIÈRE, Jean. Ciência e Anticiência. In: *Cadernos SEAF*, ano 1, n. 2, fev, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia e práxis científica*, 5a.ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Personne Humaine Potentielle et Procréation*. Cahiers STS: *Ethique et Biologie*, 1986.
- LAIN ENTRALGO, P. *Teoria y realidad del outro-I*, Madrid: Editorial Revista do Ocidente, 1968.
- LARA, Tiago. *Filosofia nas suas origens regras. Caminhos da razão no Ocidente*. Petrópolis: Vozes, 1989.
- LEITE DE CAMPOS, Diogo. *Lições de Direitos da Personalidade*, in sep. do vol.LXVIII do BFDUC. Coimbra, 2ª ed., 1992.
- LENOIR, Noelle et MATHIEU, Bertrand, *Les normes internationales de la bioéthique*, PUF, Paris, 1998
- LEPARGNEUR, Hubert. *Bioética, novo conceito a caminho do consenso.*, São Paulo: Loyola, 1996.
- LÉVINAS, E. *Da Existência ao Existente*, Campinas: Papirus, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*, Petrópolis: Vozes, 1997.
- \_\_\_\_\_. *De Deus que vem à idéia*, Petrópolis: Vozes, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Ética e Infinito*, Lisboa: Edições 70, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Totalidade e Infinito*, Lisboa: Edições 70, 1980.



- LUHMANN, Niklas . *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1980.
- MANCE, Euclides André. Emmanuel Lévinas e a Alteridade , in *Revista Filosofia* 7(8):23-30 Curitiba, PUC-Pr, abr/ 94.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia dos pré-socráticos a Wittgenstein*, 6a.ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- MAUSS, Marcel. *Sociologie et anthropologie*, Paris: PUF, 1991.
- MONTEFIORE, Alan. Identité morale – L'identité morale et la personne, in *D'ÉTHIQUE ET DE PHILOSOPHIE MORALE*, Presses Universitaires de France, PUF, 2ª ed. 1997.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Parte Geral*. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MORAES, Walter. *A Concepção Tomista de Pessoa – Um contributo para a teoria do direito da personalidade*. RT 590/14.
- MORIN, Edgar. *O paradigma perdido – a natureza humana*, Portugal: Publicações Europa-América, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Ciência com consciência*. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória – Ed. Revista e modificada pelo autor, 6ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.
- MONTEFIORE, Alan. Identité morale – L'identité morale et la personne, in *DICTIONNAIRE D'ÉTHIQUE ET DE PHILOSOPHIE MORALE*, org. Monique Canto-Sperber, Presses Universitaires de France, PUF, 2ª ed. 1997.
- MOUNIER, Émile. *Qu'est-ce que le personnalisme?* In *Oeuvres*, t.III, Paris, 1962.
- MÜLLER, Irichi A., Pergunta pelo Outro – O Outro na Filosofia de Hegel, Husserl, Heidegger e Lévinas in *Veritas*, v. 44, Edipucrs, Porto Alegre, junho de 1999.
- OLIVEIRA, Manfredo A. *Correntes fundamentais da Ética contemporânea*, 2ª ed., Petrópolis: Vozes, 2001.
- PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra Bioetica e Diritto*, Turin: Giapichelli, 1996.
- PEGORARO, Olinto. Ética e Ciência Biológica, in *Cadernos Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro 12(1), 2004.
- PELIZZOLI, Marcelo L. *Lévinas: a Reconstrução da Subjetividade*, EDIPUCRS, Porto Alegre, 2002.
- PIVATTO, Pergentino S. Ética da alteridade, in OLIVEIRA, Manfredo A. de Oliveira. *Correntes fundamentais da ética contemporânea*, Petrópolis: Vozes, 2000.

- RICOUER, Paul. *Meurt le personnalisme, revient la personne*. Notes et Documents de l'Institute International Jacques Maritant, Paris, n.2/3, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Soi-même comme un autre*, Paris:Éditions du Seuil, 1990.
- RODRIGUES, Rafael Garcia. A Pessoa e o Ser Humano no Novo Código Civil. In *A parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SALEM, Tânia. As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. In *Mana*, vol.3, nº1, Rio de Janeiro, apr.1997.
- SANTO AGOSTINHO. *Confissões*, 12a. ed., Petrópolis: Vozes, 1997.
- SANTOS, Agostinho de Almeida. *O Embrião Humano: Ser... Ou Não Ser?* Retirado do site da Internet: <http://www.ieei.pt/index.php?article=1131&visual=5>, acesso em 14/07/03, as 17:58 h..
- SAYÃO, Sandro Cozza. Sobre a excelência do humano: questões sobre ética e sentido em Totalidade e Infinito e Humanismo do Outro Homem de Emmanuel Levinas, in *Éticas em diálogo: Levinas e o pensamento contemporâneo: questões e interfaces*, Col. Filosofia 159, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- SEGRE, Marcos e GUZ, Gabriela. Início da vida e células-tronco embrionárias, *Folha de São Paulo – Tendências e Debates – 14/7/2005*.
- SÈVE, Lucien. *Para um crítica à razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- SILVA, Franklin Leopoldo e. Da ética filosófica à ética em saúde .In: Costa, S. I. F.; Oselka, G.; Garrafa, V. (org.) *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.
- SILVA, José Afonso da . *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição)*, São Paulo: Malheiros, 2000.
- SIDEKUM, Antonio. *Ética e Alteridade a subjetividade ferida*, São Leopoldo: UNISINOS, 2002.
- SINGER, Peter. *Ética Prática*, Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- \_\_\_\_\_. *How Are We to Live? Ethics in an Age of Self-Interest*, Oxford University Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Repensar la vida y la muerte: el derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós, 1997
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento jurídico civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

THOUVENIN, Dominique. Le droit aussi a ses limites, in *Le Magasin des enfants*, obra coletiva sob a direção de Jacques Testart, François Bourin, 1990.

\_\_\_\_\_. Consentement et assujettissement, in *Vers un anti-destin*, sob a direção de François Grois e Gérard Huber – Actas do colóquio Patrimoine génétique et droits de l'humanité ( Outubro de 1989), Odile Jacob, 1992 Apud SÈVE. Lucien. *Para um crítica à razão bioética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez . *Ética*. 6 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da pessoa natural*, São Paulo: Saraiva, 1988.

WEBER, Max. *A Ética protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Livraria Pioneira Editora, 1983.

WOLFF, Francis. *Aristóteles e a Política*. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.



## VIII

# PROTEÇÃO DA CONFIANÇA, *SUPPRESSIO* E *SURRECTIO*, ANOTAÇÕES SOBRE UMA DECISÃO DO TJ/PE

*Frederico Ricardo de Almeida Neves*

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Diretor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco Desembargador Cláudio Américo de Miranda – ESMAPE.

**RESUMO:** Este artigo comenta acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que, chamando a depor as regras contidas nos artigos 515, § 3º, do Código de Processo Civil, e 187, do Código Civil de 2002, reconheceu que o exercício retardado de um direito – ainda que respeitado o lapso temporal prescricional –, pode contundir com a tutela da confiança, em ordem a permitir a caracterização do instituto do abuso do direito, na forma de *suppressio*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Civil. Processual Civil. Boa-Fé. Tutela da Confiança. Exercício retardado de Direito. Abuso de Direito. *Suppressio/Surrectio*.

**ABSTRACT:** This article discusses a precedent from the Pernambuco's State Court of Appeal (TJPE), which, applying the legal rules contained in articles 515, §3º, from the Civil Procedural Code and 187 from de Civil Code of 2002, acknowledged that the delayed exercise of a right – although respected the legal time to exercise the right of action – may chock with “tutela de confiança” legal doctrine, in order to allow the characterization of a legal abuse, in *suppressio* mode.

**KEYWORDS:** Civil Law. Civil Procedure Law. Good Faith. Delayed exercise of a right. Legal abuse. *Suppressio / Surrectio*.

Perante a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, tramitou o recurso de apelação nº 104.455-6, interposto contra sentença do Juízo da 25ª Vara Cível da Capital, que decretou a extinção do processo, sem exame do mérito, por ausência de documento hábil ao manejo da pretensão monitória.

O ato judicial que se comenta está assim sumariado:

EMENTA – CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. ABUSO DE DIREITO. *SUPPRESSIO*. EXERCÍCIO TARDIO DE UM DIREITO QUE CONTUNDE COM A BOA-FÉ. INADMISSIBILIDADE. EXEGESE DO ARTIGO 187 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA TERMINATIVA. QUESTÃO FORMAL AFASTADA. ENFRENTAMENTO DO MÉRITO PELO ÓRGÃO

*AD QUEM* (§ 3º DO ARTIGO 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). EMBARGOS MONITÓRIOS ACOLHIDOS. RECURSO PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1) A abstenção do exercício de um direito durante certo tempo pode tornar inadmissível o exercício retardado, quando exceder os limites da boa-fé. No caso presente, não constitui demasia insistir, o recorrente estava legitimado a alienar as três linhas telefônicas cedidas pelos apelados para, com o produto apurado, solver a obrigação. Assim não procedeu: somente depois de passados sete anos é que resolveu ajuizar a ação monitória, quando o débito dos apelados mostrava-se significativamente elevado, e os bens cedidos para a satisfação do crédito do apelante totalmente desvalorizados no mercado especializado. 2) Constitui abuso de direito, na forma de *suppressio*, esperar o banco credor sete anos para ajuizar demanda judicial com vista ao recebimento de crédito atualizado, isso quando o exercício tardio do direito, independentemente de culpa, é capaz de causar agravamento desmesurado da obrigação, em ordem a prejudicar a parte que, em razão dos elementos circundantes do caso concreto, desenvolveu a crença legítima de que a situação jurídica não mais seria exercida pelo titular do direito. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível número 104.455-3, em que figura como apelante o BANCO NACIONAL S/A, e como apelados PANORAMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA e RANILSON JOSÉ DO NASCIMENTO, acordam os Desembargadores da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, na conformidade da Ata de Julgamento, à unanimidade de votos, em: (a) dar provimento ao apelo para o fim de afastar a causa que motivou o decreto de extinção do processo, sem exame do mérito; e, na seqüência, de acordo com o permissivo do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil (b) julgar procedentes os embargos monitórios, ante o exercício retardado do direito do banco apelante, caracterizador do instituto do abuso de direito que encontra consagração no artigo 187, do Novo Código Civil, mantidos os ônus sucumbenciais.

Afastada a questão formal que motivou o pronunciamento judicial terminativo do grau inferior de jurisdição, foi chamado a depor o comando contido no artigo 515, § 3º, do CPC, que autoriza o julgamento definitivo da causa, pelo órgão “*ad quem*”, quando o feito estiver maduro para a decisão meritória.

À partida, importa identificar o seguinte quadro fático: os apelados firmaram com o banco apelante instrumento de confissão de dívida, esta proveniente de movimentação em conta corrente, sendo certo que, para o pagamento respectivo, três linhas telefônicas pertencentes aos devedores seriam adquiridas, ou comercializadas pelo banco-credor, para, com o produto apurado, amortizar ou liquidar a dívida existente.

O órgão colegiado julgador firmou o entendimento de que os apelados não deram uma simples garantia para a hipótese de incumprimento da obrigação reconhecida; mas, mais: disponibilizaram, desde o dia 02 de agosto de 1995, todos os instrumentos e títulos acionários necessários à aquisição ou à alienação, pelo banco apelante, das linhas telefônicas cedidas para o fim colimado.

Pois bem: o banco credor, nada obstante, permaneceu em estado letárgico, durante sete anos, sem exercer o seu direito de transferir as linhas telefônicas para satisfação do seu crédito. Somente em 19 de dezembro de 2002, resolveu ajuizar a demanda monitória com vista ao recebimento da prestação pecuniária.

Retenha-se, por importante, que o recorrente, ao admitir que o produto apurado na transferência das linhas telefônicas seria utilizado para a amortização ou quitação da dívida, fez inculcar no espírito dos devedores, em bom rigor, a firme convicção de que a obrigação restara definitivamente extinta. Tal conclusão mais se evidencia, quando se tem em conta a inação do banco credor no que diz respeito ao exercício do seu direito. De fato, firmado o “Anexo de Caução de Direito ao Uso e Gozo de Linhas Telefônicas” em 02 de agosto de 1995 (v. fls. 23/25), a ação visando o recebimento da dívida atualizada somente foi aforada, como já acentuado anteriormente, em 19 de dezembro de 2002, sete anos depois, portanto.

A inatividade do banco apelante, pelo período acima referido, para além de semear insegurança, contunuiu com a tutela da confiança, em ordem a permitir a caracterização do instituto do abuso de direito, este assentado e sedimentado na boa-fé objetiva.

O ordenamento jurídico pátrio encontra-se apetrechado para solucionar casos do tipo, já que o artigo 187 do Novo Código Civil de 2002 prevê o cometimento de ato ilícito pelo “...titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”

O Tribunal de Justiça, bem se percebe, flagrou caso claro de *supressio*, entendida esta locução, na conformidade da lição professada por António Menezes Cordeiro<sup>1</sup>, como o instituto que, agrupando uma das modalidades típicas do abuso de direito, designa “a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa-fé”.

O lapso temporal de sete anos que transcorreu entre a celebração do ajuste e a propositura da ação judicial representou, em razão das circunstâncias que nor-tearam o caso, exercício retardado de um direito, conducente a uma flagrante e injustificada desvantagem para os apelados. O que é dizer, em boa verdade, que

1. CORDEIRO, António Menezes. Da boa-fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1977. Coleção Teses, p. 797.

o decurso do tempo de inatividade do credor permitiu simultânea e concomitantemente: (a) o crescimento significativo do débito atualizado e (b) a iniludível desvalorização das linhas telefônicas convencionais cedidas pelos apelados para a satisfação do crédito do apelante.

O exercício retardado do direito pelo banco apelante, acarretou, não há como negar, uma situação de evidente desequilíbrio entre as partes litigantes, inaceitável num ordenamento jurídico que prestigia o princípio da boa-fé. Afirmar-se que, em situações tais, pode o credor optar pela cobrança da dívida, quando quiser, desde que respeitado o lapso temporal prescricional, é admitir a vulneração inocultável ao princípio da boa-fé, sob a forma da *suppressio*, e à segurança jurídica.

Aqui, não é de prescrição que se cogita. A prescrição, na lição professada por Pontes de Miranda<sup>2</sup>, é a objeção que alguém tem, contra quem não exerceu, durante certo lapso de tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação, ou, noutros termos, o não exercício de um direito, pelo titular, durante certo tempo, expressamente previsto na lei, autoriza o devedor a bloquear a pretensão do credor ou recusar o cumprimento da obrigação, invocando a prescrição, isso porque

se fosse permitido ao titular do direito vir exercê-lo sem limite de tempo, criaria-se uma enorme insegurança no tráfego jurídico. Qualquer pessoa poderia ver-se na situação difícilíssima de se ter de defender de uma dívida alegadamente vencida há dezenas de anos, ou mesmos gerações atrás.<sup>3</sup>

O que se pretende com a *suppressio* é sancionar a inércia do titular que, se omitindo durante um certo tempo, de exercitar o seu direito, provoca, ao exercitá-lo abusiva e tardiamente – ainda que dentro do prazo prescricional –, inegável debilitação da confiança, com prejuízos inaceitáveis para a parte contrária.

O não exercício prolongado estará na base quer da situação de confiança, quer da justificação para ele. Ele deverá, para ser relevante, reunir elementos circundantes que permitam a uma pessoa normal, colocada na posição do beneficiário concreto, desenvolver a crença legítima de que a posição em causa não mais será exercida. O investimento da confiança traduzira o facto de, mercê da confiança criada, o beneficiário não dever ser desamparado, sob pena de sofrer danos dificilmente reparáveis ou compensáveis. Finalmente: tudo isso será imputável ao não exercente, no sentido de ser social e eticamente explicável pela sua inação. Não se exige culpa: apenas uma imputação razoavelmente objetiva.<sup>4</sup>

2. MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1977. v. 6, p. 100.

3. VASCONCELOS, Pedro Pais de. Teoria geral do Direito Civil. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p.380

4. CORDEIRO, Antônio Menezes. Tratado de Direito Civil Português; parte geral I. Coimbra : Almedina, 2005. Tomo IV, p. 313.



Não constitui demasia insistir na assertiva de que o banco apelante recebeu três linhas telefônicas para, com o apurado a ser obtido com as vendas das mesmas, satisfazer ou amortizar seu crédito. Durante anos – precisamente sete anos –, nada fez, quedando-se inerte, em estado de evidente inatividade, o que permitiu registrarem-se alterações nos valores (quer da dívida, quer dos bens cedidos) e, com isso, dificuldades acrescidas para a solução do problema.

Num tal cenário, indaga-se: pode, agora, passado todo esse tempo, com o aumento considerável da dívida e a notória desvalorização dos bens dados em garantia, pretender cobrar o crédito atualizado sem incorrer em *suppressio*? A resposta é negativa, uma vez que as circunstâncias ambientais que nortearam o caso concreto justificavam plenamente a confiança dos apelados de que a posição jurídica do credor não mais seria exercitada.

A indesmentível realidade dos autos atestou a presença dos elementos configuradores da *suppressio*, a saber: (i) um determinado período de tempo sem exercício do direito, sem que haja necessidade de demonstração de culpa por parte do titular não exercente; e (ii) indícios objetivos de que esse direito não mais seria exercido, ainda seguindo a lição do referido mestre lusitano.

A abstenção do exercício de um direito durante certo tempo pode tornar inadmissível o exercício extemporâneo, por exceder os limites impostos pela boa-fé. No caso presente, não é exagero insistir, o recorrente estava legitimado a alienar as três linhas telefônicas cedidas pelos apelados para, com o produto apurado, solver a obrigação. Assim não procedeu: preferiu aguardar o decurso de sete anos para resolver ajuizar a ação monitória, quando o débito dos apelados já se mostrava elevadíssimo e os bens cedidos totalmente desvalorizados.

Disso tiram-se dois importantes corolários: (a) o de fazer desaparecer o direito do credor não exercente (*suppressio*); e (b) o de fazer surgir um direito antes inexistente do devedor de se indisciplinar quanto ao exercício tardio, por abuso de direito (*surrectio*), sendo certo que a base legal desta solução encontra consagração no aludido artigo 187 do Novo Código Civil brasileiro de 2002.

Constitui abuso de direito, na forma de *suppressio*, esperar o banco credor sete anos para ajuizar demanda judicial com vista ao recebimento de crédito atualizado, isso quando o exercício tardio do direito é capaz de causar agravamento desmesurado da prestação, em ordem a prejudicar a parte que, em razão dos elementos circundantes do caso concreto, desenvolveu a crença legítima de que a situação jurídica não mais seria exercida pelo titular do direito.

À luz de tais considerações, a conclusão a que chegou o órgão colegiado pernambucano, com destaque para as atuações dos Desembargadores José Carlos Patriota Malta e Antônio Fernando de Araújo Martins, foi no sentido de declarar extinto o direito do banco apelante, por haver o seu exercício retardado gerado situação de abusivo desequilíbrio entre as partes.

# IX

## O PAPEL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NA APROXIMAÇÃO ENTRE O PODER JUDICIÁRIO E A POPULAÇÃO: OS JUIZADOS ITINERANTES NA CIDADE DO RECIFE

*José Mário Wanderley Gomes Neto*

Mestre em Direito Público e Doutorando em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Professor de Direito Processual Civil na Universidade Católica de Pernambuco.

*João Gabriel de Albuquerque Baracho*

Pesquisador na Universidade Católica de Pernambuco.

**RESUMO:** O efetivo acesso à justiça de todos é entendido como sendo uma das metas principais de um Estado Democrático de Direito e, se o acesso à justiça encontra barreiras para a sua efetivação, estas devem ser rompidas. Uma das formas de se quebrar tais barreiras ao acesso a uma ordem jurídica justa e igualitária foi a criação de mecanismos que fomentassem o acesso à tutela jurisdicional do Estado por parte dos cidadãos com menos recursos financeiros. Dentre os mecanismos em questão, como grandes promotores do acesso à justiça para os indivíduos mais carentes estão os Juizados Especiais e, principalmente, os Juizados Itinerantes. Sobre o instrumento itinerante da Justiça são visualizadas também, as questões da Justiça Itinerante como evolução dos direitos humanos e do acesso à justiça; a competência e a forma de atuação dos Juizados Itinerantes e das Câmaras Regionais Itinerantes; e de que forma os órgãos itinerantes da Justiça aproximam o Judiciário da população. Ao final, tem-se um estudo comparativo entre os dados coletados acerca dos Juizados Itinerantes existentes nas cidades de Recife e Campo Grande, onde são apontadas suas semelhanças e diferenças, em relação aos respectivos contextos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil. Acesso à justiça. Juizados Especiais Cíveis. Juizados Itinerantes.

**ABSTRACT:** The effective access to justice for all is understood to be one of the main goals of a rule of law state: if there are barriers to the effectiveness, they must be broken. One way to break down these barriers to access to a fair and equitable legal and procedural system was the creation of mechanisms to promote access to judicial protection of the state, by citizens with fewer financial resources. The mechanisms in question, as major promoters of access to justice for the poor are the Small Claim Courts and especially the Itinerant Courts. About this itinerant jurisdictional instrument, this work will also display Itinerant Courts as an evolution of human rights and the access to justice; the form of expertise and competence of the itinerant Courts' Chambers and Itinerant Small Claim Courts, and how these bodies of traveler jurisdiction are approaching the Judiciary and the population. There are also comparative analysis on the data collected about the Itinerant Justice active in the cities of Recife and Campo Grande, pointing its similarities and differences in respective factual contexts.

**KEYWORDS:** Civil Procedure. Access to justice. Small Claim Courts. Itinerant Courts.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. O acesso à justiça e a introdução de novos mecanismos: uma incursão na 1ª e 3ª ondas de acesso à justiça: 1.1. Os Juizados Especiais Cíveis no modelo processual brasileiro; 1.2. A Justiça Itinerante como consequência da evolução dos direitos humanos e do acesso à justiça – 2. A Justiça Itinerante com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004: 2.1 Competência e funcionamento dos Juizados Especiais Itinerantes e das Câmaras Regionais Itinerantes – 3. Como os Juizados Itinerantes aproximam o Poder Judiciário da população – 4. levantamentos e dados dos juizados itinerantes na cidade do Recife, em algumas cidades do Estado de Pernambuco, e o comparativo dos mecanismos da Justiça itinerante utilizados na cidade do Recife com os mecanismos da Justiça itinerante utilizados na cidade de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul: 4.1. Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife; 4.2. Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco; 4.3. Algumas experiências de Juizados Itinerantes sazonais no interior do Estado de Pernambuco; 4.4. Comparativo dos dados relativos aos órgãos permanentes da Justiça Itinerante existentes na cidade do Recife, com os dados relativos aos órgãos permanentes da Justiça Itinerante existentes na Comarca de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul: 4.4.1. Justiça Itinerante permanente na cidade de Campo Grande, Mato Grosso do Sul; 4.4.2. Comparativo entre os dados relativos ao Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife e os dados relativos a 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande; 4.4.3. Comparativo dos dados da Justiça Itinerante permanente do Recife, com os dados da Justiça Itinerante permanente de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul – Conclusões – Referências..

## INTRODUÇÃO

O direito ao efetivo e qualitativo acesso à justiça é uma garantia fundamental de todo cidadão brasileiro. Entretanto, observa-se no Brasil que, para algumas camadas da população esse direito é denegado, simplesmente, pelo fato de tais camadas serem as mais baixas da sociedade, e não possuírem recursos financeiros para arcarem com todas as despesas que resultam de um processo judicial.

Na busca para se encontrarem soluções, com relação à questão do direito ao acesso à justiça, para as classes como menor poder aquisitivo da sociedade, o legislador buscou criar um mecanismo que rompesse com algumas barreiras processuais e aproximasse o Judiciário da população. A partir dessa idéia, foram criados os Juizados Especiais Cíveis, por meio da Lei nº 9.099/1995. Contudo, após algum tempo da criação dos novos instrumentos da Justiça, verificou-se que eles sozinhos não seriam capazes de solucionar o problema, que diz respeito ao precário acesso à justiça para as pessoas economicamente desfavorecidas.

Dessa forma, o legislador continuou a refletir sobre as formas de solucionar um problema de tão grandes proporções, como é o caso da falta de acesso à tutela jurisdicional do Estado, por grande parcela da população brasileira. E, passado algum tempo da constatação de que o instituto da Justiça Especial, isoladamente, não obteria êxito em seu objetivo maior de garantir acesso à justiça para todos, o

legislador vislumbrou realizar uma reforma maior no Judiciário, a fim de tentar resolver a questão, ou, ao menos, melhorar a situação existente.

Tal reforma aconteceu por intermédio da Emenda Constitucional nº 45/2004, também chamada de a Emenda Reformadora do Judiciário brasileiro. Esta reforma regulamentou o instituto da Justiça Itinerante no modelo processual vigente no país, tendo esse novo mecanismo da Justiça, a incumbência de auxiliar os Juizados Especiais nas tarefas de tornar o Judiciário mais célere, menos burocrático e, principalmente, mais próximo da população.

O inédito instituto, que tem os legisladores brasileiros como os seus idealizadores e criadores, é um mecanismo dinâmico, e revolucionário, já que quebra a inércia do Poder Judiciário, que antes da sua implementação, ficava estático, e aguardava passivamente que os jurisdicionados viessem até ele, já instalado em seus tradicionais lugares, como os fóruns e os tribunais. Mas, a partir do advento da Justiça Itinerante, o Judiciário passou a ir ao encontro do cidadão comum, por meio de *trailers*, de ônibus, instalando-se em colégios, ginásios, e outros espaços públicos que se localizam no seio da comunidade, ficando, assim, perto da população mais necessitada.

Desse modo, constata-se a inversão de papéis provocada pelos Juizados Itinerantes, pois ao invés de o cidadão ir até o Poder Judiciário, o Judiciário é que vai ao encontro do cidadão, no meio de sua comunidade, prestando auxílio aos que mais precisam. O moderno instrumento itinerante da Justiça se mostra como um significativo avanço do Judiciário brasileiro, pois procura tratar de maneira efetiva, um grave problema da nossa sociedade, que é a exclusão das classes pobres, de terem efetivamente os seus direitos e garantias, os quais estejam em estado de conflito de interesses, tutelados pelo Estado.

## **1. O ACESSO À JUSTIÇA E A INTRODUÇÃO DE NOVOS MECANISMOS: UMA INCURSÃO NA 1ª E 3ª ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA**

A expressão acesso à justiça é notadamente de difícil definição. Para verificar-se isso, pode-se perceber que o acesso à justiça terá variadas conotações, conforme venha a ser analisado por um jurista dogmático, um sociólogo, um leigo, um político, ou um filósofo. Posto isso, conclui-se que a definição em relação ao tema acesso à justiça vai depender do ângulo de visão, e do nível de acesso à justiça que o observador possuir.<sup>1</sup>

1. LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2003, p. 150.

Embora seja de difícil definição, a expressão acesso à justiça possui a serventia de estabelecer duas finalidades básicas existentes no sistema jurídico, a saber: o sistema através do qual os indivíduos podem reivindicar seus direitos e, ou, solucionar os conflitos nos quais estejam envolvidos por intermédio do patrocínio do Estado. Esse sistema deve, em primeiro lugar, ser acessível de maneira igual para todos os integrantes da sociedade; em segundo lugar, tal modelo deve criar resultados que sejam individual ou socialmente justos, de maneira a produzir equilíbrio jurídico e social.<sup>2</sup> Por esses motivos é que a doutrina habitualmente diz que o acesso à justiça é o meio de se avaliar o regime democrático.<sup>3</sup>

Com total segurança, pode-se afirmar que não existe democracia se não há respeito pela garantia dos direitos do cidadão. Pode-se dizer ainda, que tais direitos não existem, se os modelos, tanto o judicial como o jurídico, estiverem sem provimento de igual e livre acesso a todos os membros da sociedade, sem que se leve em consideração, para tal livre acesso, a sua origem, religião, etnia, classe social ou sexo.<sup>4</sup> O que a idéia de justiça traz como consequência é a consciência de outros valores essenciais, como a solidariedade ou a liberdade, requerendo um regime político capaz de assegurar sua realização pacífica, o que corresponde ao que conhecemos como democracia.<sup>5</sup>

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.<sup>6</sup>

O acesso à justiça não tem o mesmo valor do simples ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo que não produz o efeito necessário, e, da mesma forma, seria muito pobre se apenas se limitasse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento apropriado.<sup>7</sup>

O termo acesso à justiça abrange um conteúdo que se inicia no ingresso do cidadão comum em juízo, passa por aquele que observa o processo como um

2. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 8.
3. LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Op. Cit., p. 150.
4. SANTOS, Boaventura de Souza, apud, LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2003, p. 150-151.
5. LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2003, p. 151.
6. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 12.
7. DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo. Malheiros Editores. 2005, p. 134.

mecanismo para a efetivação dos direitos individuais, e, por último, aquele mais abrangente que se encontra conexo a uma das funções do próprio Estado, a quem é delegada a incumbência não somente de asseverar a eficácia do ordenamento jurídico, mas, também, de oferecer a realização da justiça a todos os componentes da sociedade.<sup>8</sup>

Verifica-se no Brasil, que os obstáculos à efetividade do acesso à justiça não são apenas as custas processuais que resultam por inviabilizar as pequenas causas, mas também, a morosidade da justiça para dirimir os conflitos; a verdadeira utopia que é a crença na existência de igualdade das partes diante dos dispositivos legais e dos processos; a falta de conhecimento do cidadão comum sobre como ajuizar suas ações; a necessidade da representação por advogado, que resulta em obrigações, como a de efetuar o pagamento de honorários advocatícios elevando o custo do processo, dentre outros entraves encontrados por aqueles que buscam a tutela jurisdicional.<sup>9</sup>

É visível que o princípio do acesso à justiça é uma garantia expressa na Constituição Federal de 1988, a qual preconiza que todo direito que se encontre sob ameaça, ou em outras palavras, que foi ferido, deve ser analisado pelo Poder Judiciário. Observado, em conjunto com demais princípios, como o do contraditório, o da ampla defesa e o do devido processo legal, é o acesso à justiça, unido a essas outras garantias, composto no seu sentido mais abrangente. Da constatação de que o tema acesso à justiça é tão importante na vida cotidiana de todo cidadão, verifica-se que, por consequência, é um assunto bastante abordado em diversas áreas do direito.<sup>10</sup>

Decorre do princípio da universalidade da tutela jurisdicional, o entendimento de que o acesso à justiça deve ser verificado como sendo o ingresso a uma ordem jurídica justa, pois não se trata tão somente de tornar possível o acesso à Justiça considerando-o como instituição do Estado, mas sim fazer possível que o acesso se torne uma forma de trazer uma justiça real para aqueles que estão sob a tutela jurisdicional do Estado, bem como, um tratamento igualitário e digno para todos durante todo o trâmite de um processo.

8. CICHOCKI NETO, José. Limitações ao Acesso à Justiça. Curitiba. Juruá, 1998.

9. LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2003, p. 154.

10 OLIVEIRA, Luiz Flávio De. A Razoável Duração do Processo na Perspectiva dos Direitos Humanos. In: ALMEIDA, Jorge Luiz De (Coord.). A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Campinas. Ed. Millennium. 2006, p. 90-104.

Nesse aspecto, o acesso à justiça não se limita na existência de um ordenamento jurídico que possua capacidade de disciplinar as ações sociais e individuais, mas, concomitantemente, deve ter capacidade de distribuir legislativamente, de forma equitativa as faculdades e os direitos substanciais.<sup>11</sup>

Seguindo essa linha de pensamento, o acesso à justiça tem de ser compreendido na lógica de toda atividade jurídica, transpondo a criação de normas, sua interpretação, aplicação e integração, com justiça, isso quer dizer que, o acesso deve ser entendido de forma ampla, ou seja, desde a elaboração e o surgimento das normas até a sua definida e justa aplicação, e, conseqüentemente, inclui-se nisso, a garantia que cada parte envolvida deve ter, em uma demanda judicial, de ser representada em juízo.<sup>12</sup>

Já visualizamos várias dificuldades no caminho para a obtenção do acesso à justiça digno para todos. Entre esses empecilhos estão os tipos de pobreza organizativa e econômica, e até um obstáculo de maior dimensão, que é o processo em si. Além do embaraço de grande tamanho que é o processo propriamente dito, tem-se também, como barreira para o acesso à justiça, o conjunto estrutural do sistema processual visto em cada ordenamento em suas questões de incompatibilidade com a realização efetiva dos novos direitos.<sup>13</sup>

Na procura constante para superar todos esses obstáculos citados é que se encontra, provavelmente, a causa do esforço permanente dos processualistas atuais. E também, levando-se em consideração as experiências advindas de outros países, que são pioneiras, a nossa legislação pátria mais atual e os problemas da nossa realidade nacional, é que se baseiam tais processualistas para com mais forte intensidade buscar maneiras de servir, não só ao interesse prático dos destinatários do serviço jurisdicional, dos profissionais e dos idealistas, como, da mesma forma, combater os reflexos mais sensíveis das conseqüências nocivas do quadro econômico brasileiro e a forma de pensar o processo, ligados aos velhos preceitos individualistas e formais.<sup>14</sup>

Como foi percebido, para que haja a resolução de muitos dos problemas relativos ao devido acesso à justiça, foi necessária a retomada de alguns tipos de

11 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Op. Cit., p. 156-157.

12 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Op. Cit., p. 157.

13 GOMES NETO, José Mário Wanderley. O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2005, p. 93.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. São Paulo. 13ª ed. Malheiros Editores. 2008, p. 363.



soluções de conflitos, que são realizados de maneira alheia ao que normalmente é convencionado à jurisdição. Tal linha de pensamento baseia-se na alternativa seguida por grande parcela dos cidadãos, os quais abdicam ao seu direito de ação e empenham-se em admitir outras origens de decisões, desde que essas sejam realizadas de forma mais rápida. Assim, foram reavidos institutos como o da conciliação, da mediação e da arbitragem.

Tem-se, dessa forma, a denominada justiça coexistencial, que possui como papel fundamental, o de solucionar conflitos, que não possuam natureza complexa, mas sim, que sejam simples.<sup>15</sup> A justiça coexistencial é baseada em “juízos conciliatórios” praticados por pessoas leigas da comunidade local, que fazem uso da oralidade em sua forma máxima, bem como, dos princípios da simplicidade, da economia, da concentração e da informalidade, com o intuito de obter a resolução, sem confronto entre as partes, dos conflitos que venham a ser tutelados.<sup>16</sup>

Em contrapartida, observamos a discussão relativa à desburocratização dos procedimentos e ritos processuais, quando o formalismo excessivo é posto em cheque, face à intervenção feita por este, na concretização das aspirações dos litigantes, em juízo.<sup>17</sup> Nesse sentido, temos que

[a] preocupação fundamental é, cada vez mais, com a “justiça social”, isto é, com a busca de procedimentos que sejam conducentes à proteção dos interesses dos direitos das pessoas comuns. Embora as implicações dessa mudança sejam dramáticas – por exemplo, com relação ao papel de quem julga – é bom enfatizar, desde logo, que os valores centrais do processo judiciário mais tradicional devem ser mantidos. O “acesso à justiça” precisa englobar ambas as formas de processo.<sup>18</sup>

Como conseqüência das pretensões de reformulação emitidas pela sociedade, e pelos operadores do direito, as quais tiveram origem no movimento pelo acesso à justiça, tem-se que, algumas formas de jurisdição começam a ter sua exigência revista, favorecendo assim, o aparecimento de inéditas formas jurisdicionais. Estas novas formas de jurisdição, mais voltadas para solucionar, de maneira prática, e não apenas teórica, as aspirações subsistidas pelas partes envolvidas em uma lide, em um espaço temporal razoável, no caso das ações que tramitem submetidas aos procedimentos ordinários.<sup>19</sup>

15 GOMES NETO, José Mário Wanderley. Op. Cit., p. 94-95.

16 TOURINHO, Fernando da Costa Neto; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 58.

17 GOMES NETO, José Mário Wanderley. Op. Cit., p. 95.

18 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 93.

19 GOMES NETO, José Mário Wanderley. O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre.

### 1.1. Os Juizados Especiais Cíveis no modelo processual brasileiro

No Brasil, foram desenvolvidos em torno desses princípios, em nosso sistema de justiça, os Juizados Especiais Cíveis, nos âmbitos estadual e federal, baseados nas *Small Claim Courts* do direito da *common Law*, entretanto com uma abrangência mais vasta e estabelecidos em um subsistema processual singular, o qual possui regras especiais que os distanciam dos procedimentos comuns e conferem, a estes, características próprias e incomuns a qualquer outro sistema.<sup>20</sup> Podem-se definir os Juizados Especiais de seguinte forma

Juizados Especiais são órgãos da justiça ordinária, criados pela União no Distrito Federal e nos Territórios e pelos Estados para conciliação, processo, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.<sup>21</sup>

A Lei nº 9.099/1995 que instituiu os Juizados Especiais Cíveis buscou, em uma realidade prática, assegurar o princípio da acessibilidade, por meio: da regionalização da justiça, tornando-a com a descentralização, mais presente, com menos segredos, e mais humana, com fulcro no art. 1º da Lei nº 9.099/95; da opção pela realização de atos processuais no horário da noite, art. 12 da Lei nº 9.099/95; da dispensa, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas processuais, despesas ou taxas, de acordo com o art. 54; da obrigatoriedade da implantação de serviços de assistência judiciária, artigos 56 e 9º, § 1º, *fine*; da legitimação das pessoas físicas maiores de 18 anos para comparecerem em juízo, sem a obrigatoriedade da presença de advogado, nas causas com valor até 20 salários mínimos, baseado no § 2º do artigo 8º e 9º, *caput*.<sup>22</sup>

Os Juizados Especiais Cíveis têm o intuito de atender a pessoas comuns, tanto no pólo ativo, como no passivo das demandas e caracteriza-se pela informalidade; pelos baixos custos do processo, algumas vezes até gratuitos; pela celeridade; pelo uso de conhecimentos não apenas jurídicos, mas também técnicos; e por julgadores ativos, que buscam, na maioria das vezes, soluções pacíficas, através de conciliações. Uma marca bastante peculiar desse sistema é a capacidade de tutelar litígios que abrangem relacionamentos complexos e duradouros, como acontece entre locador e locatário. Tais características fazem brotar maneiras procedimentais especializadas, proporcionando capacitação e atração dos cidadãos para buscarem

Sergio Antonio Fabris Editor. 2005., p. 95-96.

20. GOMES NETO, José Mário Wanderley. Op. Cit., p. 96.

21. HORCAIO, Ivan. Dicionário Jurídico Referenciado. São Paulo. Primeira Impressão. 2008, p. 554.

22. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública - Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2007, p. 117-118.

o cumprimento dos seus direitos e garantias, através do Poder Judiciário e contra qualquer possível adversário, independentemente de seu poderio financeiro.<sup>23</sup> Assim, pode-se observar que

[p]odem ser autores nesse procedimento pessoas físicas e micro-empresas, estas incluídas posteriormente em modificação da Lei no ano de 1998. São vedados como reclamados o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil.

O juiz, nesta forma de procedimento, é dotado de uma maior liberdade, não sendo necessário que sua decisão restrinja-se aos parâmetros legais, podendo adotar “em cada caso a decisão que julgar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum (art. 6º)”<sup>24</sup>.

Outras características relevantes desse sistema são que: não existem muitas formalidades, assim, há a simplificação dos procedimentos; prevalece a oralidade no exercício dos atos processuais; não há obrigatoriedade do pagamento de custas; existe o estímulo para a resolução dos conflitos por meio de acordos; ocorre o contato entre os litigantes, presentes perante o magistrado nas audiências; há a equiparação das forças em juízo; existe grande limitação das instâncias recursais, o que torna mais rápida a resolução da lide e a desconsideração das formas prescindíveis.<sup>25</sup>

O artigo 3º da Lei nº 9.099/1995 define a competência dos Juizados Especiais Cíveis,<sup>26</sup> e suas atribuições, que se mostram contidas nas principais atividades e providências judiciais a serem exercidas pelo Estado-Juiz, estão demonstradas na segunda parte desse dispositivo.

Constata-se que os Juizados Especiais Cíveis foram criados não apenas para a tentativa de composição amigável (que pode ser por meio de transação ou conciliação), mas da mesma forma, para o prosseguimento regular do processo, em todos os termos e na maneira procedimental preconizada pela própria lei, o que demonstra viabilidade jurídica de obtenção da prestação da tutela jurisdicional por decorrência da prolação de uma sentença de mérito para a resolução da demanda e satisfação do vencedor, assim como a efetivação forçada da pretensão acolhida

23 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 93-94.

24 MARQUES, Erik Macedo. Acesso à Justiça: estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo. 2006. p. 12. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-144857/>>. Acesso em: 12 set. 2008.

25 GOMES NETO, José Mário Wanderley. O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2005, p. 96.

26 CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma Abordagem Crítica. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008, p. 28.

pelo julgado, através da execução específica, ou, a atuação coercitiva da lei em prol do autor vencedor do litígio, além dos eventuais tipos de execução forçada de título extrajudicial contra devedor solvente que existem.<sup>27</sup>

Os princípios utilizados para selecionar os conflitos que tramitarão nos Juizados Especiais Cíveis são: a atribuição de um valor limite que seja condizente com a razão econômica dos interessados, os quais necessitem da tutela jurisdicional, consentindo, dessa forma, desde controvérsias de valor irrelevante até à renúncia, no que diz respeito a algum excedente que venha a aparecer com relação ao teto estabelecido, assim como a escolha legal de tipos de fixação de competência, sem que sejam levados em consideração, os valores atinentes ao conflito que está sendo tutelado pela Justiça.

Dessa forma, observa-se que Juizados Especiais Cíveis estão inseridos na primeira “onda” do movimento pelo acesso à justiça, consentindo com a integração das pessoas, sem que para isso, seja necessário levar-se em consideração a condição econômica desses cidadãos. Assim, esses indivíduos podem fazer uso do serviço prestado pelo Judiciário, através do prático exercício do direito de ação, apenas por narrativa oral reduzida em termo circunstanciado, em grande parte dos casos, não sendo exigida nem a presença de advogados, englobando, dessa maneira, demandas advindas desde os indivíduos mais necessitados até os componentes das classes mais altas da sociedade.

As conseqüências decorrentes desse novo tipo de sistema chegam também aos conceitos tradicionais referentes aos poderes do juiz, na instrução e na condução da demanda, emitindo contra este, a ruptura fictícia do ponto de vista preso ao exame formal, e ao seu trabalho, o qual tem aparência de neutro, devido ao rompimento da neutralidade do sistema processual, cujas limitações hoje tornam-se transpassáveis aos problemas sociais.

Constata-se que as reformas encaminham-se, desde a sua aplicação, a um aumento da atividade judicial, exercendo atividade em áreas que se iniciam na produção de provas que irão formar o convencimento do juízo, até o controle de atos das partes que atentem ao devido e correto trâmite dos procedimentos. Dessa mesma forma, e com o mesmo intuito está o aumento das medidas que podem ser tomadas por iniciativa judicial – *ex officio* – incutidas da proteção de vontades e da prevenção da decadência de direitos.<sup>28</sup>

27 TOURINHO, Fernando da Costa Neto; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2006, p. 72.

28 GOMES NETO, José Mário Wanderley. O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2005, p. 96-97.

A Lei nº 9.099/1995, que regulou os Juizados Especiais Cíveis pôs como prioridade a rapidez como elemento para garantir a efetividade do processo.<sup>29</sup> Inserido nesse princípio, aparecem opções voltadas para amenizar a lentidão e a falta de efetividade, observadas no plano real, pelas quais passam os processos de conhecimento, que representam grande parte das demandas. Esse também é o caso do processo monitório, no qual o uso pode ter a serventia de produzir um título executivo, sendo assim desobrigado de haver a anterior atividade judicial cognitiva, bem como, os provimentos antecipatórios de mérito, de acordo com os artigos 273 e 461, do Código de Processo Civil.

Os provimentos antecipatórios de mérito possuem ligação com o aumento dos poderes do magistrado e a observância fiscalizadora da conduta das partes. Em tais provimentos é permitido o usufruto instantâneo dos efeitos da decisão jurisdicional final, em muitos casos, apenas sentida com a execução de possível decisão favorável, não possuindo mais cabimento para qualquer recurso.<sup>30</sup>

Ao editar a lei que instituiu os Juizados Especiais Cíveis, observando de um modo abrangente, pode-se dizer que o legislador foi fiel aos princípios que corroboram inúmeros elementos, aspectos, de um efetivo acesso à justiça.

A Lei nº 9.099/1995 faz com que aconteça a democratização da justiça, tornando-se ponto crucial para a defesa individual dos indivíduos menos favorecidos financeiramente, de maneira gratuita, rápida e sem formalidades e, se preciso, com total assistência judiciária, buscando garantir a igualdade de condições, e, dessa forma, o exercício da cidadania por todos. Promove o uso de equivalentes jurisdicionais, assim como o engajamento do povo na administração da Justiça, tornando-a verdadeiramente democrática. Em suma, garante no plano técnico, a operosidade e a acessibilidade da Justiça.<sup>31</sup>

O subsistema dos Juizados Especiais Cíveis, regulado pela Lei nº 9.099/1995, busca garantir a utilidade do processo por meio, sempre que possível, do aproveitamento do ato processual praticado pelas partes e, ainda, apregoa formas para facilitar a execução da sentença condenatória, quando por ela optar o juízo.<sup>32</sup>

29 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública - Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2007, p. 122.

30 GOMES NETO, José Mário Wanderley. Op. Cit., p. 97.

31 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública - Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2007, p. 126.

32 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. Cit., p. 126.

É visível que as mudanças que nasceram a partir da nova visão preceituada na terceira “onda” do acesso à justiça convertem em mais constantes, as buscas aos clássicos institutos e instrumentos formais do sistema processual. Tal acontecimento obriga a que, aquele que analisa o processo verifique, em vários momentos, o seu objeto de pesquisa, fazendo assim, a união entre o seu senso crítico, inerente ao estudioso e os pontos fundamentais do Direito Processual Civil.<sup>33</sup>

Descentralização, controle e participação, simplificação dos procedimentos judiciais e administrativos, desregulação, desprofissionalização e promoção de um espírito de colaboração e de pacífica coexistência (especialmente no âmbito das relações *contínuas*, de comunidade e de vizinhança, representam, de fato, os cuidados que se procura introduzir contra os perigos e a opressão do burocratismo governativo, do legalismo, do tecnicismo jurídico-administrativo, com todos os seus riscos inerentes de retardo, de despesas inúteis e complicações, de excessiva litigiosidade, de falsa separação das reais e permanentes exigências da sociedade.<sup>34</sup>

É salutar para toda a sociedade, a conscientização de que os Juizados Especiais Cíveis possuem o importante papel de incitar à resolução pacífica das demandas, utilizando o direito como forma de reeducação social da população, expondo que o processo, muitas vezes, ao invés de resolver querelas sociais, pode estimular mais litígios, pois que o derrotado em uma lide, além de ter de arcar com a responsabilidade de pagar as custas processuais, tem os brios abalados e os ânimos acirrados, e termina por adquirir um inimigo social e um sentimento revanchista.

Observado esse primeiro ponto, outra característica que ficou bastante visível, depois que a Lei nº 9.099/1995 entrou em vigor, e conseqüentemente os Juizados Especiais Cíveis foram devidamente instalados e passaram a funcionar, foi o fato de que grande parcela das pessoas prefere que ocorra a solução pacífica de seus conflitos, seja tal solução por intermédio da negociação, da arbitragem, da conciliação, de acordos, ou transações. As justificativas para essa forma de pensar e agir de grande parte dos indivíduos deve-se a que: pela via do comum acordo entre as parte litigantes é possível se ter muito mais celeridade na resolução dos conflitos; os custos com o processo tornam-se bem mais baixos; os custos com a representação em juízo também se tornam menores, entre outros benefícios.<sup>35</sup>

Os Juizados Especiais Cíveis não devem ser visualizados como um recurso de valor banalizado que serve para remediar todos os males que se abatem sobre a

33 GOMES NETO, José Mário Wanderley. O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2005., p. 97-98.

34. GOMES NETO, José Mário Wanderley. Op. Cit. p. 98.

35 BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 155-156.

justiça e a sociedade, já que, uma imensa quantidade de conflitos não chega nem ao conhecimento do Poder Judiciário. Mas, é importante frisar que esse subsistema forma um significativo progresso no que atine ao acesso à justiça para as pessoas menos favorecidas da sociedade, e que buscam a tutela jurisdicional como meio de solucionar os seus conflitos.

É grande o debate na doutrina, sobre os mecanismos de que necessita o Poder Judiciário para realizar com presteza a sua função de tutela jurisdicional para a sociedade, de uma maneira abrangente, sem distinção de classe social ou poder financeiro. Os Juizados Especiais Cíveis são, sem dúvida, um mecanismo para a realização dessa função. No entanto, o instituto da Justiça Especial já demonstra a algum tempo, que não pode arcar sozinho com a função de aproximar o Judiciário das classes mais baixas. É necessário o surgimento de novos mecanismos que o auxiliem nessa árdua tarefa.<sup>36</sup>

## **1.2 A Justiça Itinerante como consequência da evolução dos direitos humanos e do acesso à justiça**

Outra experiência que contribui bastante para o aumento do acesso à justiça é a criação de instrumentos de prestação jurisdicional que vão até onde o cidadão está, e na maioria das vezes atuam para o indivíduo que possui poucos recursos financeiros, como é o caso da Justiça Itinerante. Podemos observar que os Juizados Itinerantes são mecanismos montados em *trailers* que transitam em bairros distantes, ou periféricos, dos centros das cidades, fazendo o atendimento das pessoas e registrando suas reclamações, assim como realizando audiências de conciliação e de instrução e julgamento. As execuções do que é julgado por este tipo de Juizado, entretanto, são realizadas nos fóruns, de acordo com a região competente.<sup>37</sup>

Em outra perspectiva, tem-se que as chamadas “justiças itinerantes” são, na realidade, audiências realizadas em outros espaços, que não sejam os fóruns ou tribunais, escolhidos pelo Poder Judiciário, como repartições públicas, ginásios, colégios ou Câmaras Municipais. É o que se pode afirmar como sendo a interiorização e descentralização da justiça.<sup>38</sup>

36 BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro. Renovar. 2001, p. 155-157.

37 MARQUES, Erik Macedo. Acesso à Justiça: estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo. 2006. p. 16. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-144857//>>. Acesso em: 12 set. 2008.

38 BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Op. Cit., p. 157.

Em uma terceira visão sobre o conceito de Justiça Itinerante tem-se que, os Juizados Itinerantes possuem um modo de atuação que se estriba no deslocamento do ofício judicial e do magistrado a bairros ou cidades pertencentes à Comarca, independentemente de realizarem o trabalho de prestação do serviço judicial em unidades móveis ou em espaços públicos especialmente cedidos para esta tarefa. Esse mecanismo do Judiciário tem como objetivos principais o melhoramento e a facilitação do acesso à justiça.<sup>39</sup>

A Justiça Itinerante é expressão normativa do princípio norteador do acesso à justiça, pois, esta consiste em uma tentativa de corrigir as falhas materiais pelas quais passa grande parcela dos jurisdicionados e assim, busca universalizar a prestação da atividade jurisdicional. Pode-se afirmar que essa característica do instituto itinerante configura uma inversão de papéis entre o Judiciário e o cidadão, pois este primeiro, não mais teria uma posição estática, passando agora a ir ao encontro do indivíduo e da sua comunidade, buscando, com isso, solução para o atendimento às demandas judiciais, que são limitadas em vários segmentos da sociedade brasileira.

Tal mudança no modo de atuar do Poder Judiciário, seja Estadual ou Federal, tem embasamento no que preconiza o § 2º, do artigo 107, e o § 7º, do artigo 125, ambos da Constituição Federal de 1988.

Essa inversão de papéis não irá interromper o estado de inércia que é uma característica inerente à jurisdição, mas torna possível o aparecimento de questões judiciais que, sem a aproximação do Poder Judiciário talvez não viessem a acontecer. A Justiça Itinerante busca manter-se próxima dos jurisdicionados, sem que, para isso, ocorra o rompimento da letargia que é algo marcante na atividade jurisdicional.

Sendo a Justiça Itinerante mecanismo responsável pela inversão de papéis entre o Poder Judiciário e o cidadão que busca a tutela jurisdicional do Estado e, estando este instituto ao alcance daqueles que dessa tutela precisam, tem-se, como consequência, a aproximação e a mudança de papéis, com a finalidade de facilitar, ou até mesmo possibilitar o acesso de determinadas pessoas e comunidades à prestação jurisdicional.<sup>40</sup>

39 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada: doutrina e jurisprudência dos 27 Estados da Federação. São Paulo. 3ª ed. Ed. Saraiva. 2003, p. 223.

40 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentário à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2005, p. 247-248.



Entretanto, a Justiça Itinerante não deve ter atuação somente nesses setores que os instrumentos da Justiça Estadual ou Federal, costumeiramente, não conseguem abranger com a cobertura dos seus serviços. Uma de suas atribuições ancora-se justamente na democratização da tutela jurisdicional, ou, em outras palavras, no intuito de estimular e de estabelecer uma aproximação aceitável entre a sociedade e o Judiciário. Dessa forma, deve a Justiça Itinerante ter o papel de atuar sobre todos os segmentos da vida social, embora deva dar mais atenção aos cidadãos que, comprovadamente, não possuam disponível o efetivo acesso à Justiça.<sup>41</sup>

A Justiça Itinerante em um país subdesenvolvido como o Brasil, auxilia a prestação material de bem-estar social, por parte do Poder Judiciário e, desse modo, colabora também para garantir os direitos sociais dos cidadãos, observando-se que tais direitos podem ser qualificados como direitos humanos.<sup>42</sup>

Sobre o surgimento da Justiça Itinerante, verifica-se que esse instituto, do Poder Judiciário, foi implantado no Estado do Amapá, de maneira sistemática, no ano de 1996, a partir do surgimento da Lei nº 9.099/95, que possibilitou ao Magistrado prestar jurisdição sem a necessidade do formalismo tradicional, cumprindo tão somente os ensinamentos básicos da lei processual, como: juiz, devido processo legal, contraditório e ampla defesa.<sup>43</sup>

Abordando ainda os aspectos relativos ao aparecimento da Justiça Itinerante, e, bem como, para se ter uma noção de como foi pensado primordialmente esse mecanismo da Justiça, o qual inverte os papéis, entre o Judiciário e o jurisdicionado, tem-se que, na cidade de São Paulo, ao final da década de noventa, um grupo de magistrados e servidores do Poder Judiciário local realizou algumas visitas a determinados bairros periféricos da capital paulista, com o intuito de saber o que a população pensava sobre a Justiça, e, a partir disso, constatou que os moradores desses locais não tinham a menor idéia do que era o Poder Judiciário: a grande maioria não sabia o que era um juiz de direito e nem as funções deste.<sup>44</sup>

41 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Op. Cit., p. 247-248.

42 GOMES NETO, José Mário Wanderley; PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Análise sociojurídica do acesso à justiça: as implicações no pluralismo jurídico do acesso à ordem jurídica justa. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). Dimensões do Acesso à Justiça. Salvador. Ed. JusPodivm. 2008, p. 133-134.

43 PINI, Sueli Pereira. Programa "Justiça Preventiva". In: V MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS DA QUALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. 2003, Macapá, AP. Anais... Macapá, 2003. 15 p. Disponível em: < [http://www.tj.se.gov.br/VIIImostradaqualidade/trabalhos\\_antiores/cd/Pdfs/Trabalho%2084.pdf](http://www.tj.se.gov.br/VIIImostradaqualidade/trabalhos_antiores/cd/Pdfs/Trabalho%2084.pdf)> Acesso em: 03/10/08.

44 SINHORETTO, Jacqueline. Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da Justiça. 2006. p. 32-34. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-26042007-190252/>>. Acesso em: 13 set. 2008.

Foi a partir dessas visitas e da constatação do quadro de total ignorância do povo da periferia em relação ao mundo jurídico e aos operadores e administradores da justiça, e também com o panorama de completa falta de cobertura daquelas comunidades por parte do Judiciário, que brotou a idéia de aproximar o Poder Judiciário do povo, para que assim, as pessoas pudessem conhecer a figura do juiz, saber que este não é um ser inacessível e, também, para que o próprio Estado se fizesse presente naquelas áreas e tivesse ali instalada a sua autoridade. Daí surgiu o pensamento de que o acesso à justiça deveria ser praticado em termos inversos, ou seja, a Justiça tem que se encontrar onde está o cidadão comum, aquele que é integrante das camadas populares. Observou-se também, que mesmo as varas distritais se encontravam muito distantes daquelas pessoas, que mal possuíam renda para sua própria alimentação, quanto mais para o deslocamento até estas, o que certamente implicaria em outras despesas.

Assim, ficou claro que era preciso solucionar o problema da ausência do Estado nesses locais, e dessa forma, ocorreu o surgimento da idéia de criar um modelo de Justiça Itinerante na cidade de São Paulo, a qual teria a incumbência de tirar a Justiça de sua postura passiva e dirigi-la até os bairros mais longínquos, oferecendo-se à população. Esse modelo foi copiado por dirigentes do Poder Público de outras localidades do país.<sup>45</sup>

No sentido formal, seja este adjetivo ou processual, temos Justiça Itinerante definida como sendo o instituto

que se resume com a prestação de serviço da tutela jurisdicional do Estado, que se efetiva juridicamente com a sentença ou acórdão, ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa em outros espaços que não os fóruns, ou seja, unidades móveis, em colégios, estádios de futebol, locais comunitários e em repartições públicas em geral, devidamente equipadas, preferivelmente, com sistema informatizado e de telecomunicações. Quando este ato jurisdicional transita em julgado torna-se terminativo, quer dizer com força de lei entre as partes.<sup>46</sup>

Entre muitos operadores do direito há o pensamento predominante, baseado na Teoria Decisional do Direito, de que essa decisão terminativa (sentença ou acórdão), prolatada em outros lugares que não os locais oficiais e tradicionais do Poder Judiciário, é teórica, pois tal decisão proferida pelo juiz monocrático ou pelo órgão colegiado não assegura a total eficácia do direito social e material.

45 SINHORETTO, Jacqueline. Op. Cit., p. 34-35.

46 SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª ed. Ed. Forense Universitária. 2004, p. 708.

Essa parcela da doutrina acredita que apenas com a execução, daquilo que é julgado pelo instituto itinerante, é que se iniciará o caminho para a efetividade social ou material do direito, em outras palavras, se sairá da teoria para a prática.<sup>47</sup>

Tem-se como dado concreto que os Juizados Itinerantes foram criados no estado de São Paulo no ano de 1998.<sup>48</sup> Pode-se ainda afirmar que a Justiça Itinerante é um instituto moderno, primordialmente democrático, social e que teve como país pioneiro na sua criação e utilização, o Brasil. Estava prenunciado subliminarmente no que preconizava o artigo 94, da Lei nº 9.099/1995, em relação aos Juizados Especiais, que diz

[os] serviços de cartório poderão ser prestados, e as audiências realizadas fora da sede da comarca, em bairros ou cidades a ela pertencentes, ocupando instalações de prédios públicos, de acordo com audiências previamente anunciadas.<sup>49</sup>

A criação desse tipo de justiça tornou-se necessária em nível nacional pelo que foi previsto expressamente do instituto da Justiça Itinerante nos artigos 107, § 2º; 115, § 1º; e 125, § 7º da Emenda Constitucional nº 45, a qual foi responsável pela reforma do Poder Judiciário e foi promulgada em 08 de dezembro de 2004. Antes disso, não existia nenhuma previsão expressa na Carta Magna com relação ao termo Justiça Itinerante, entretanto, a mesma começou a existir de forma experimental, em âmbito estadual, por meio de atos administrativos baixados pelos presidentes dos Tribunais de Justiça, na forma como consta no artigo 94, da Lei nº 9.099/1995.<sup>50</sup>

O instituto da Justiça Itinerante em sua mais pura acepção será o instrumento do Poder Judiciário, que em suas unidades móveis, percorrerá várias localidades, ou, também no caso de funcionar em outros lugares determinados pelo Judiciário que não os fóruns ou tribunais, apreciará as provas necessárias para a resolução de uma determinada lide, verificará os pedidos iniciais e realizará audiências, e após o cumprimento de todos esses passos, o Juiz voltará ao local do pleito ou da querela, para que seja proferida a sentença nos casos litigiosos, ou para a concessão da verdadeira área territorial dentro da qual se exerce o poder de jurisdição.

47 AZKOUL, Marco Antonio. Justiça Itinerante. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2006, p. 90.

48 MARQUES, Erik Macedo. Acesso à Justiça: estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo. 2006. p. 16. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-144857/>>. Acesso em: 13 set. 2008.

49 BRASIL, Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 2005. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 27 de set. 1995.

50 AZKOUL, Marco Antonio. Justiça Itinerante. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2006, p. 95-96.

Esse instituto itinerante, também terá atuação nas funções objetivas de tutela jurisdicional, entre estas, por exemplo: o ato de prolatar a decisão sobre a existência ou inexistência de relação jurídica; emitir declaração de falsidade ou autenticidade de documentos, verificando-se, ao mesmo tempo, se está havendo ou não desrespeito a algum direito. Tais funções são indispensáveis ao Estado e feitas exclusivamente pelo Poder Judiciário.

Afirma-se que a Justiça Itinerante no seu aspecto formal é o procedimento próprio do Juiz de proferir a sentença, por ser esta o ponto mais elevado da vida jurídica. Na sentença, o magistrado tem o dever de dar a cada um dos jurisdicionados o bem que lhe é merecido, e por possuir esse espírito, no caso do mecanismo itinerante da Justiça, a sentença ou acórdão, deverá ser proferida em lugar diferente dos tradicionais edifícios nos quais atuam os magistrados.<sup>51</sup>

Essa característica é o que torna a Justiça Itinerante um mecanismo do Poder Judiciário bastante diferenciado dos demais. Visualiza-se que nas outras formas de jurisdição, até mesmo nas suas fases iniciais de criação e aperfeiçoamento, os juízes ou mediadores estabeleciam um local fixo ou determinado, nos quais seriam procurados pelas partes interessadas, para que a partir disso pudesse ocorrer a instrução e julgamento das demandas.

No início do que se conhece hoje por prestação judicial, o monopólio desta era instável, privado e isso resultava em prolações de decisões realizadas sem as devidas cautelas, pois não existia o conceito de sociedade politicamente organizada, que é o que conhecemos atualmente como Estado. Verifica-se, em inúmeros relatos históricos, o Estado como o criador da norma jurídica, e possuidor único da função jurisdicional, para a devida aplicação com imparcialidade, nos casos concretos, das normas jurídicas, violadas ou resistidas, em desfavor de qualquer pessoa, seja esta física ou jurídica, independentemente do seu nível financeiro, cargo de prestígio ou não que ocupe em determinada instituição pública ou privada, raça, credo, ou ramo de atividade.<sup>52</sup>

A Justiça Itinerante surgiu, sem dúvida, da necessidade de aproximar a população, principalmente a mais carente, do Judiciário, e é esse instituto, consequência direta da evolução dos direitos humanos na sociedade em busca de um efetivo acesso à justiça para todos os seus componentes.

51 AZKOUL, Marco Antonio. Op. Cit., p. 68-69.

52 Idem. Ibidem.

É visível o decisivo respaldo, para o surgimento desse importante mecanismo da Justiça, que foi dado pela Lei nº 9.099/1995, no seu artigo 94, a qual foi promulgada em 26 de setembro de 1995, e, principalmente pela Emenda Constitucional nº 45. O art. 94, da Lei nº 9.099/1995 supriu uma lacuna existente na Constituição Federal, que não previa expressamente o termo Justiça Itinerante, o qual mesmo assim, começou a ser utilizado nos Estados, de forma experimental, através de atos administrativos baixados pelos Presidentes dos Tribunais de Justiça, com fulcro no referido artigo.

Já a Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual altera vários artigos da Constituição, acrescenta outros e estabelece algumas outras providências, assim como, prevê expressamente o instituto da Justiça Itinerante, em seus artigos 107, § 2º; 115, § 1º e 125, § 7º. Demonstra-se, dessa maneira, um significativo avanço na legislação brasileira, em relação à tentativa de se procurar acabar com a enorme distância que existe entre as classes menos favorecidas e o seu contato com o Judiciário, buscando, para isso, estabelecer o efetivo acesso à justiça e a celeridade na prestação do serviço jurisdicional para todos os componentes da sociedade, por meio de um Estado bem mais atuante e presente.<sup>53</sup>

O papel do instituto da Justiça Itinerante em uma sociedade, como é o caso da brasileira, é de suma importância, devido aos altos índices de desigualdade social no país em praticamente todos os aspectos. Já com relação ao nível de acesso à justiça da população, tais índices não deixam de ser menos alarmantes e, de fato, precisam ser combatidos de maneira objetiva. Constata-se que o Brasil foi o primeiro país a criar e a ter disponível a utilização do mecanismo judicial itinerante, o que é internacionalmente reconhecido.<sup>54</sup>

Observa-se que, com o advento da Justiça Itinerante, os juízes começaram a ter uma forma de atuação mais dinâmica, buscando assim suprir os anseios da população. Dessa forma, os magistrados deixaram um pouco de lado a postura de permanecerem distantes com relação à situação do jurisdicionado, e de ficarem quase sempre no aguardo, tanto das ações dos representantes das partes quanto dos serventários de justiça. Um fato que contribuiu bastante para essa mudança de atitude foi a observação, por parte dos juízes, da difícil realidade social por que passa a maioria da sociedade e, assim, passaram a exercer suas atividades na vanguarda, procurando buscar com iniciativa e, na medida daquilo que lhe é permitido por lei, alcançar soluções para os problemas do povo.

53 AZKOUL. Justiça Itinerante. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2006, p. 95-96.

54 SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada: doutrina e jurisprudência dos 27 Estados da Federação. São Paulo. 3ª ed. Ed. Saraiva. 2003, p. 223.

No começo da maturação do que se entendia por Justiça Itinerante, esta foi preceituada, mesmo que de maneira não expressa, na lei que instituiu e regulamentou os Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), a qual melhorou o acesso das pessoas ao Judiciário e proporcionou a descentralização e a dinamização da jurisdição aos Estados e Municípios. Entretanto, com o passar do tempo, os legisladores, operadores do direito, administradores da justiça e doutrinadores foram observando que o instituto era de enorme importância para um país com as desigualdades e disparidades sociais do Brasil, e resolveram regulamentar expressamente o mecanismo itinerante, através da Emenda Constitucional nº 45.

Essa Emenda Constitucional configurou-se como reformadora do Poder Judiciário, dando à sociedade a esperança de se obter a resolução de vários dos problemas existentes nos serviços forenses, como é o caso da morosidade na solução das demandas judiciais e do deficiente acesso à justiça de inúmeros cidadãos. E nessa luta para se encontrarem soluções viáveis, na tentativa de se ter uma prestação do serviço judicial com qualidade para todos e buscando se chegar a um novo sistema, baseado no preceito de processo de resultado, como sendo uma maneira de se obter o devido acesso a justiça, está a Justiça Itinerante, que é comprovadamente um instituto capaz de fornecer auxílio nesse trabalho, pois, trata-se de um mecanismo composto de Juizados dinâmicos e inovadores, os quais atingem diversos problemas no ponto central de suas causas, como é o caso do precário acesso à justiça que aflige grande parte dos indivíduos no Brasil.

## **2. A JUSTIÇA ITINERANTE COM O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004**

Verifica-se que a Emenda Constitucional nº 45 foi um significativo marco de progresso para a legislação processual brasileira, pois, nesse diploma legal de caráter parcialmente reformador à Constituição Federal, entre outros aspectos, foram instituídas novas medidas com a finalidade de combater a morosidade existente na tramitação das demandas no Brasil, sendo possível tornar o conceito de razoável duração do processo algo real. Outro ponto que essa emenda procurou abordar, para assim obter uma solução para a problemática, foi com relação à existência da enorme distância entre muitos jurisdicionados e o Poder Judiciário.<sup>55</sup>

Esse abismo, comprovadamente presente, tornava o acesso à justiça bastante difícil para muitos cidadãos e para alguns desses, praticamente impossível. Isso fez

55 ALMEIDA, Jorge Luiz De. Introdução - Emenda Constitucional n. 45/2004 e Responsabilidade. In: ALMEIDA, Jorge Luiz De (Coord.). A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Campinas. Ed. Millennium. 2006, p. 01-03.

com que o legislador buscasse formas de resolver tais problemas, tentando fazer com que o efetivo acesso à justiça chegasse a toda a sociedade, sem distinções. Tal intenção do legislador pode ser verificada através da Exposição de Motivos nº 204, de 15 de dezembro de 2004, que propõe a formalização do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, a qual foi publicada no Diário Oficial da União, nº 241, de 16 de dezembro de 2004, seção I, página oito e que foi produzida em uma sessão solene, reunindo os três Poderes do Estado. A regulamentação do instituto da Justiça Itinerante, no âmbito Estadual e Federal, através da Emenda Constitucional nº 45, foi uma forma de buscar auxílio na luta pelo devido acesso à justiça, de todos os componentes da sociedade.<sup>56</sup>

Observa-se que a Justiça Itinerante, antes mesmo da promulgação da referida emenda reformadora, já era uma experiência posta em prática em alguns Estados brasileiros. Verificam-se como pressupostos essenciais para o exercício da atividade itinerante da Justiça: o de ser estabelecida pelo tribunal competente; o de exercer as ações jurisdicionais, e audiências; e por último, o de dever ser praticada nos limites de território estabelecidos como sendo da respectiva jurisdição.<sup>57</sup>

O legislador constitucional observou, ante os enormes efeitos positivos da experiência, mesmo que experimental, da Justiça Itinerante nos estados membros da Federação, que a promulgação da Emenda à Constituição nº 45/04 seria uma medida que beneficiaria muito toda a sociedade brasileira, no tocante a vários aspectos da prestação judicial como é o caso da celeridade processual e do devido acesso à justiça, sobretudo para a parcela mais necessitada da população. Esse novo diploma legal, reformador e atualizador parcial da Constituição, outorgou o preceito de validade aos Juizados Especiais Itinerantes que já existiam e embasou a criação de novos Juizados de caráter itinerante, além de tornar possível o seu uso em todas as causas e também nas outras prestações de serviço jurisdicional, no âmbito das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho.

O moderno instituto, assim que conquistou a estabilidade, por meio de sua regulamentação e ingresso na Constituição Federal brasileira, ganhou o nome de Justiça Itinerante. Dessa forma, o legislador criador da Emenda nº 45, não só batizou o mecanismo que foi pensado com o intuito maior de aproximar a população de baixa renda do Judiciário, como ainda concedeu a este, o mandamento de validade.<sup>58</sup>

56 LIMONGI, Celso Luiz; STEFANO, Claudia. Breves Anotações sobre a Reforma do Judiciário. In: ALMEIDA, Jorge Luiz De (Coord.). Op. Cit., p. 11-28.

57 TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04, São Paulo. Ed. Saraiva. 2005, p. 79.

58 AZKOU, Marco Antonio. Justiça Itinerante. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2006, p. 96-97.

A Constituição Federal abre concessão para que sejam utilizados equipamentos públicos e comunitários na atuação da Justiça Itinerante. Isso significa que, a prestação jurisdicional itinerante tem a opção de ser feita em imóveis que possuam caráter comunitário, ou público, os quais não têm o fim de comumente serem destinados a essa função, como é o caso dos postos públicos de saúde, das delegacias de polícia, dos colégios ou ginásios públicos.<sup>59</sup>

A Emenda Constitucional nº 45 teve como uma de suas finalidades lapidar o que se tinha por entendimento do que era Justiça Itinerante, entendimento esse, que ainda estava vinculado ao que preconizava de maneira implícita o artigo 94, da Lei nº 9.099/95, sobre o instituto. A emenda possibilitou, com a regulamentação expressa da utilização desse novo mecanismo, que o mesmo pudesse prolongar o serviço de prestação jurisdicional, bem como, os trabalhos de cartório, fazendo uso para esse fim, não apenas de imóveis públicos, como já era previsto na Lei nº 9.099/95, e na supracitada emenda, mas também, quando necessário, utilizando imóveis comunitários.<sup>60</sup>

O que se conhece como equipamentos públicos e comunitários, colocados à disposição dos Juizados Itinerantes, são instalações físicas, instrumentos de apoio, ou seja, toda a infra-estrutura necessária para a devida prestação jurisdicional em cada caso concreto.

A Justiça Itinerante pode realizar todos os atos privativos da prestação jurisdicional, de uma simples audiência de conciliação do Juizado Especial Cível, até a instalação do tribunal do júri, desde que se mantenha nos limites de sua jurisdição.<sup>61</sup>

É importante frisar que, por intermédio do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, o qual foi criado através da emenda reformadora nº 45, fica válido para toda a Justiça, inclusive a Itinerante, sob pena de sanção às autoridades que não cumpram corretamente essa determinação “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Este pode ser considerado como um direito fundamental e uma linha reguladora estrutural do Poder Judiciário, e é assegurado a todos, seja no âmbito judicial ou administrativo.<sup>62</sup>

Ao implementar o princípio da razoável duração do processo e os mecanismos que permitam a tramitação de demandas judiciais de maneira célere, em todo seu

59 TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 79.

60 AZKOUL, Marco Antonio. Justiça Itinerante. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2006, p. 96.

61 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentário à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2005, p. 248.

62 AZKOUL, Marco Antonio. Op. Cit., p. 98.



curso, como sendo uma garantia tanto individual como coletiva, a Emenda nº 45 tem como uma de suas características mais marcantes, a de aumentar significativamente o nível de acesso à justiça para todos na sociedade, indistintamente.<sup>63</sup>

A Emenda Constitucional nº 45, chamada também de “a emenda da reforma do judiciário”, com a inclusão dos §§ 2º e 3º, ao artigo 107, bem como, com o § 1º, do artigo 115, e os §§ 6º e 7º, do artigo 125, na Constituição Federal, procurou fazer uma ligação mais sólida entre a atividade jurisdicional e a sociedade, de uma maneira abrangente.<sup>64</sup> Tal diploma legal procurou diminuir a realidade da falta de acesso da maioria da população em relação à Justiça, com os objetivos de promover a aproximação da população às Cortes e fazer com que os julgamentos fossem efetuados em um espaço de tempo razoável.<sup>65</sup> Para que isso pudesse acontecer foram tomados como base alguns preceitos jurídico-constitucionais, como

acesso à justiça; b) universalização da jurisdição e conseqüente superação de alguns dos obstáculos fáticos que se antepõem ao pleno acesso à justiça, criando, assim, novo paradigma judiciário (Poder Judiciário social ou Poder Judiciário de inclusão); c) pluralidade dos meios institucionais de acesso à justiça; d) participação dos cidadãos na administração da justiça.<sup>66</sup>

Com a instituição das inéditas figuras normativas, constantes agora nos artigos 107, 117 e 125 da Constituição, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, o que era previsto na Carta Magna em relação à busca pelo digno acesso à justiça, à universalização da prestação jurisdicional e às garantias do processo, progride no sentido de se obter a efetivação normativa do que já era preceituado.<sup>67</sup>

A criação e a regulamentação expressa da Justiça Itinerante como se têm hoje no país, foi um passo de extrema importância para toda a população brasileira, sobretudo para a mais pobre, que foi focada intencionalmente pelos criadores da Emenda Constitucional nº 45/04. Tal ênfase nas classes menos abastadas, se deu com a intenção de resolver as mazelas do ingresso à Justiça e do julgamento rápido e justo dos processos no Brasil, como é o caso: da falta de acesso à justiça, da falta de condições financeiras para uma representação em juízo e da morosidade da Justiça na resolução dos processos.

63 OLIVEIRA, Luiz Flávio De. A Razoável Duração do Processo na Perspectiva dos Direitos Humanos. In: ALMEIDA, Jorge Luiz De (Coord.). A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Campinas. Ed. Millennium. 2006, p. 90-104.

64 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Op. Cit., p. 244.

65 LIMONGI, Celso Luiz; STEFANO, Cláudia. Breves Anotações sobre a Reforma do Judiciário. In: ALMEIDA, Jorge Luiz De (Coord.). A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Campinas. Ed. Millennium. 2006, p. 11-28.

66 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentário à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2005., p. 244.

67 Idem. Ibidem.

Essa Emenda Constitucional, reformadora do Poder Judiciário, bem como as alterações que, porventura, venham a ser feitas à mesma posteriormente, mostram um caminho que pode ser seguido por todos aqueles que se envolvem na busca e na concretização de uma justiça que possa ser considerada verdadeiramente social.

Nesse sentido, tem-se o mecanismo itinerante da Justiça, como um meio de se obter celeridade e efetividade nas decisões judiciais. Além disso, pode-se ter a certeza de contar com um instituto que realiza uma aproximação do povo com o Judiciário, nunca antes noticiada na história deste poder no Brasil, pois, tal mecanismo da Justiça realiza de forma autêntica a inversão de papéis entre a população e o Poder Judiciário, levando ao homem que, muitas vezes, não tem dinheiro nem para a sua própria alimentação e a da sua família, a tutela do Estado para jurisdicionar os problemas, que dele necessitem para uma solução.

O legislador vislumbrou, na citada Emenda, uma grande fonte de soluções para tentar resolver problemas bastante complexos e existentes há muito tempo em nossa sociedade. Esse novo diploma legal regulou, definitivamente, o instituto itinerante, e definiu a competência do moderno mecanismo da Justiça, criado principalmente para aproximar o Poder Judiciário da população e levar a tutela jurisdicional do Estado para o cidadão que não tem condições de, pela via da Justiça Comum, resolver os seus conflitos.

### **2.1. Competência e funcionamento dos Juizados Especiais Itinerantes e das Câmaras Regionais Itinerantes**

Analisando-se os artigos 125, § 7º; 107, § 2º; e 115, § 1º, da Emenda Constitucional nº 45/2004, os quais tratam do estabelecimento da Justiça Itinerante respectivamente nos Tribunais de Justiça dos Estados, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais Regionais do Trabalho, denota-se que a regra para delimitação da competência do instituto itinerante da Justiça, da qual se terá o norte para o funcionamento desses juizados, vai estar subordinada a atos normativos proferidos pelos próprios tribunais.

Tais atos normativos, prolatados pelos Tribunais, poderão conceder competência plena ou relativa para que ocorra a realização de audiências e outras tarefas próprias da atividade jurisdicional, isso tudo, respeitando-se sempre os limites territoriais impostos para cada jurisdição.<sup>68</sup>

68 AZKOUL, Marco Antonio. Justiça Itinerante. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2006, p. 108-109.

No caso de ter sido delegada, por meio de ato normativo de determinado tribunal, a competência para a atuação do Juizado Itinerante, seja esta plena ou relativa, terá que observar alguns pressupostos básicos para o exercício da atividade deste tipo de Juizado, que são os seguintes: os Juizados Especiais Itinerantes devem ser instalados pelo tribunal competente para tal; os Juizados de caráter itinerante devem realizar as atividades jurisdicionais, incluindo-se audiências; e a atividade dos Juizados Especiais Itinerantes deve ser realizada dentro dos limites territoriais de determinada jurisdição.<sup>69</sup>

Tem-se como uma constatação fática, a de que os Juizados Especiais Itinerantes possuem seu limite de competência de juízo, para conhecer ou para julgar causas, de acordo com o valor constante na petição inicial, o qual será fixado pelo promovente da ação. Ainda pode-se afirmar que, o Juizado Especial de natureza itinerante, terá a sua disciplina e o seu funcionamento regulados por Resolução ou Provimento estabelecidos por cada Tribunal.<sup>70</sup>

Com base no que é previsto, para o instituto da Justiça Itinerante, no diploma legal de caráter reformador à Carta Magna de nº 45/04, os Juizados Especiais Itinerantes podem exercer todas as funções privativas da prestação jurisdicional, ou seja, podem realizar de uma habitual audiência de conciliação, ou de instrução e julgamento do Juizado Especial Estadual Cível, chegando até mesmo, a instalar, por exemplo, o tribunal do júri, desde que, para que isso aconteça, os Juizados Especiais Itinerantes atuem dentro dos limites das suas jurisdições.

Pode-se verificar que, de acordo com o que estabelecem os artigos 125, § 6º; 107, § 3º; e 115, § 2º, da Constituição Federal, alterados pela Emenda nº 45/04, será possível que ocorra a descentralização territorial dos órgãos de 2ª instância, dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais Regionais do Trabalho, através da constituição de Câmaras Regionais, assegurando, assim, ao jurisdicionado, o pleno acesso à justiça em todas as fases do processo.<sup>71</sup>

As Câmaras Regionais possuem uma função, de acordo com a Reforma do Judiciário, de realizar a transferência temporária dos Tribunais, das capitais para o interior, do centro para as áreas periféricas, de forma que toda a máquina judiciária se torne mais próxima da população, e não permaneça apenas a primeira instância tendo essa aproximação com o povo.<sup>72</sup>

69 TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04, São Paulo. Ed. Saraiva. 2005, p. 79.

70 AZKOUL, Marco Antonio. Op. Cit., p. 100.

71 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2005, p. 248-249.

72 TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 80.

Essa descentralização itinerante do juízo de 2º grau resultará na aproximação entre esses órgãos colegiados e os jurisdicionados. A forma de exercício dessas cortes colegiadas dar-se-á por intermédio de Câmaras Regionais, as quais terão sua competência e organização disciplinadas através do regimento interno de cada tribunal, independentemente.<sup>73</sup>

Dessa forma, com o deslocamento para perto da população, através da Justiça Itinerante, também das cortes colegiadas da 2ª instância, foi dada uma maior atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição, com a inclusão desse novo elemento normativo da possibilidade da criação das Câmaras Regionais, que foi introduzido pela reforma, a qual se deu pela supracitada Emenda. Assim, pode-se verificar que, com tal incorporação, o acesso à justiça foi novamente observado, na tentativa de torná-lo mais presente em todas as instâncias da Justiça.

É perceptível que o acesso a uma prestação jurisdicional, tanto na 1ª quanto na 2ª instância, seja realizado de forma rápida, democrática, e de maneira isonômica, materializando o entendimento doutrinário, o qual preconiza que todas as decisões do Estado podem sofrer controle, caso seja necessário. Desse modo, o controle observa-se na medida em que os Tribunais ficam ao alcance dos jurisdicionados, para que assim, esses tenham a possibilidade de, em caso de discordarem da decisão prolatada na primeira instância, recorrer.<sup>74</sup>

Nota-se, que as Câmaras Regionais Itinerantes têm sido visualizadas, por doutrinadores e componentes da sociedade, como sendo uma forma da Justiça exercer a sua atividade de maneira descentralizada, e, promovendo o acesso à justiça em maior escala.

Mas, embora tais Câmaras Itinerantes sejam elementos motivadores para o ingresso do cidadão no Judiciário, por outro lado, não representam uma segurança de que haverá rapidez e eficiência na prestação jurisdicional, pois a quantidade de demandas judiciais continua a ser imensa, e na grande maioria das vezes, esta enorme quantidade de processos não consegue ser vencida pelos magistrados e serventários que atuam na administração da justiça.<sup>75</sup>

Os Juizados Especiais Itinerantes e as Câmaras Regionais Itinerantes, atuando de maneira conjunta, possibilitarão o aumento da área de abrangência da Justiça no

73 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2005, p. 249.

74 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Op. Cit., p. 249.

75 TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04, São Paulo. Ed. Saraiva. 2005, p. 80-81.

Brasil, permitindo assim, que esta área de influência chegue a cobrir praticamente todo o território do país. Caso ocorra essa grande cobertura territorial por parte da Justiça, alguns locais que, até tal fato, encontravam-se totalmente descobertos de mecanismos estatais voltados para a prestação da tutela jurisdicional, passarão a ter disponíveis esses aparelhos judiciais, para auxiliar na resolução dos conflitos dos seus moradores, seja de forma individual ou coletiva.<sup>76</sup>

Verifica-se que não seria interessante pôr em funcionamento a Justiça Itinerante, no caso de o acesso aos respectivos Tribunais ser negado ao jurisdicionado, devido a eventuais obstáculos materiais com que este venha a se deparar no seu cotidiano. O pensamento central é o de garantir total acesso à justiça em todas as fases do processo, dando, dessa maneira, vivacidade ao princípio da universalização da prestação jurisdicional. Por isso, observa-se que os Juizados Especiais Itinerantes e as Câmaras Regionais Itinerantes complementam-se em suas funções e objetivos.<sup>77</sup>

A descentralização da Justiça é algo muito positivo para toda a população, sobretudo para aquela menos provida de recursos financeiros, entretanto essa descentralização só fará o Judiciário ser mais operante, se houver ligadas a esta, outras medidas complementares, as quais não devem se limitar apenas ao aumento, puro e simples, sem nenhuma preparação especial, do número de magistrados, serventários da justiça, juizados, ou câmaras.

Essas providências devem, por necessidade, buscar um aumento de profissionais, com boa preparação, que tenham passado por rigorosa seleção e treinamento e, assim, estejam prontos para lidar com qualquer tipo de situação que surja na vida prática, também como, é de extrema importância buscar-se possuir um adequado aparelho judicial em funcionamento, que seja presente em todas as camadas da sociedade, descentralizado e eficaz.

Tais mecanismos do Judiciário proporcionarão às pessoas que habitam as localidades menos desenvolvidas, um acesso à justiça de maneira mais fácil, com menores gastos financeiros e com a opção de poderem acompanhar os passos processuais de forma mais aproximada da sua realidade. Com a implementação desses institutos, também ocorrerá a aproximação dos magistrados com a realidade do povo, assim como, com as necessidades e problemas dos litigantes, fatos estes, que poderão trazer aos julgadores mais clareza na solução dos conflitos. Outro ponto positivo da Justiça Itinerante na busca para melhores formas de se solucionar

76 TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 80.

77 AGRA, Walber de Moura (Coord.). Op. Cit., p. 249.

conflitos é a desburocratização dos procedimentos judiciais, pois tal fato deixa o magistrado menos preocupado com formalidades, e mais atento ao caso concreto.

Do exposto, conclui-se que o cidadão que necessitar do aparelho judicial dos Juizados Itinerantes, ou dos Tribunais Itinerantes o terá bem perto de si, fato esse que trará uma motivação maior para que significativa parcela da coletividade venha a solicitar os serviços do Poder Judiciário, reduzindo-se, por consequência, a litigiosidade contida. Por fim, vale frisar a necessidade constante que tem a sociedade, de que os pensadores e legisladores do direito processual brasileiro sempre tenham em mente o dever de repensar as leis processuais, verificando se essas normas estão sendo adequadas à maioria da população, se estão resolvendo os problemas e aproximando o Judiciário do povo.

### **3. COMO OS JUIZADOS ITINERANTES APROXIMAM O PODER JUDICIÁRIO DA POPULAÇÃO?**

É inegável que com o surgimento da Justiça Itinerante, o Poder Judiciário brasileiro passou a atuar de maneira bem mais próxima de parte população, a qual estava excluída da parcela da sociedade que possuía os serviços judiciais ao seu alcance. Antes de se ter registro do início das operações do inovador mecanismo itinerante no país, essas pessoas que se encontravam à margem das condições necessárias para receberem a tutela jurisdicional do Estado, estavam, na prática, tendo o seu acesso à justiça quase que completamente impedido de se realizar concretamente.

Constata-se que, no caso de ocorrer a operacionalização adequada da Justiça Itinerante, seja no âmbito estadual, federal ou trabalhista, esse mecanismo da Justiça torna-se um grande meio de aproximação entre o Poder Judiciário e toda a sociedade, em todas as suas camadas, sobretudo, nas mais desprovidas de recursos financeiros. Outro fator que auxilia bastante o devido funcionamento da Justiça Itinerante é o suporte prestado por algumas instituições, que, de certa forma, também possuem interesse na melhoria do acesso à Justiça da população de baixa renda, tais como: o Ministério Público, as Defensorias Públicas, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Advocacia Geral da União, as Prefeituras Municipais, entre outras.<sup>78</sup>

78 ABDALIA, Marcelo Ferreira. Submissão ao Tribunal Penal Internacional – Justiça Federal – Justiça Itinerante – Câmaras Regionais: federalização dos Crimes de Direitos Humanos – Extinção dos Tribunais de Alçada – Questões Agrárias. In: ALMEIDA, Jorge Luiz De (Coord.). A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. Campinas. Ed. Millennium. 2006, p. 177-195.

A Justiça Itinerante significa, teoricamente, o ponto culminante da chamada universalização da jurisdição, pois preceitua proporcionar a todos, sem distinções, o acesso ilimitado à Justiça. Na prática, tem-se como visível que o efetivo acesso à justiça só poderá ser conquistado, quando forem suprimidos, gradualmente, todos os obstáculos que impossibilitam ou diminuem a participação, ou o ingresso do indivíduo, em uma questão que será analisada e julgada pelo Poder Judiciário. Verifica-se que o devido acesso à justiça de todos os cidadãos e o estreitamento de relações entre o Judiciário e a população, são alguns dos alicerces do exercício da cidadania plena.<sup>79</sup>

A norma, de caráter parcialmente transformador à Constituição, que também fundamentou a reforma do Poder Judiciário e que a fez, dentre outras maneiras, através da descentralização da Justiça, garante a todos uma maior segurança na concretização do devido acesso à Justiça, além de maior efetividade dos julgados. Entretanto, para que esta norma reformadora consiga atingir os objetivos que impulsionaram a sua criação, necessita de um aparelho judiciário qualificado, com instrumentos que permitam a este, de maneira apropriada, corresponder à demanda advinda da sociedade, para que assim, seu grau de legitimidade social não seja atingido de maneira a diminuí-lo.<sup>80</sup>

Os Juizados Especiais Itinerantes representam a integração entre os serviços realizados pelo Judiciário e a comunidade, e, além disso, também suprem a carência que possuem os Tribunais, em todo o país, de instalarem novos Juizados Especiais fixos e permanentes. Mas, em contraponto, os Juizados Itinerantes, por serem mecanismos sazonais da Justiça, promovem essa integração entre o Judiciário e a comunidade, por um determinado, e, às vezes, curto período de tempo, pois não enraízam um juiz, nem o serviço judicial, no local em que atuam.<sup>81</sup>

Parcela da doutrina acredita até, que essa integração entre o Estado e a população, proporcionada pelos serviços itinerantes da Justiça, se dá de maneira ilusória, já que acontece só por um curto espaço de tempo e, após esse delimitado período temporal, a ligação se desfaz. O fato que contribui para esse tipo de pensamento é que, por meio dos Juizados Especiais Itinerantes, o Judiciário tem o dever de

79 TAVARES, André Ramos. Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça: comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04, São Paulo. Ed. Saraiva. 2005, p. 82.

80 TAVARES, André Ramos. Op. Cit., p. 82.

81 SINHORETTO, Jacqueline. Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da Justiça. 2006. p. 233-234. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-26042007-190252/>>. Acesso em: 20 set. 2008.

atender a diversas comunidades e, dessa forma, precisa migrar com todo o seu aparato judicial, deixando assim, a comunidade que estava coberta eficientemente, durante um determinado período, pela prestação jurisdicional, por muito tempo sem o amparo desse mecanismo do Judiciário.<sup>82</sup>

Com base nos fatos apresentados, de integração não permanente, entre o Poder Judiciário e o jurisdicionado, a qual é promovida pela Justiça Itinerante, pode-se constatar que, embora essa referida aproximação não seja constante, e sim por um determinado espaço de tempo, a mesma torna possível que o cidadão que nunca teve condições de ingressar com uma ação na Justiça, com o intuito de poder resolver seus conflitos, tendo para isso a tutela jurisdicional do Estado, possa fazê-lo. Dar totais condições para que o indivíduo, mesmo o mais necessitado de recursos financeiros, possa ingressar em juízo, é o grande ponto positivo do instituto itinerante da Justiça.

Outra crítica que deve ser feita aos Juizados Especiais Itinerantes, é quanto à experiência de desconsideração em relação aos meios locais para a solução de conflitos, realizada pelo instituto. Pode-se afirmar que em alguns casos, essa não consideração dos meios locais de resolução de conflitos, pode dificultar o exercício democrático da justiça.

Para exemplificar esse fato, tem-se o relato de um desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, o qual aborda um caso que aconteceu em uma determinada localidade em que, na chegada do Juizado Especial Itinerante, um comerciante da região processou todos os devedores do seu estabelecimento comercial, levando, dessa forma, os moradores de uma rua inteira a serem processados. Esse ocorrido poderia ter sido solucionado de outra forma, já que nas relações cotidianas, esse tipo de conflito se resolve sem traumas processuais ou complicações advindas de litígios judiciais.<sup>83</sup>

Assim, pode-se afirmar que, em alguns casos, os Juizados Especiais Itinerantes instigam o indivíduo a ingressar com uma demanda judicial, que não o faria se o serviço itinerante não estivesse próximo da sua residência, pois, fica visível para esse cidadão, a facilidade de se conseguir tal ingresso, que se dá pela proximidade do Juizado frente à comunidade, bem como pela gratuidade

82 SINHORETTO, Jacqueline. Op. Cit., p. 233-234.

83 SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da Justiça*. 2006. p. 413-416. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-26042007-190252/>>. Acesso em: 20 set. 2008.



e simplicidade dos procedimentos. Tal fato também se verifica nos Juizados Especiais, mas em menor escala.

Observa-se que tanto os Juizados Especiais, como os Juizados Especiais Itinerantes mudaram a visão e o exercício prático da magistratura dos juízes que tiveram a oportunidade de trabalhar nos referidos mecanismos. A partir da criação e do funcionamento desses dois institutos, os magistrados passaram a observar e a lidar, na prática, com problemas que anteriormente não conheciam, pois não chegavam até a sua alçada. Os Juizados Especiais e os Juizados Itinerantes puseram os juízes ao lado do povo, o que facilitou muito o acesso à justiça do pobre, e ajudou a melhorar a qualidade dos julgados, já que os magistrados puderam conhecer os problemas de perto. Portanto, pode-se dizer que esse deslocamento dos magistrados, dos seus gabinetes para perto da população, tornou o Poder Judiciário socialmente comprometido em encontrar soluções para os problemas da coletividade.<sup>84</sup>

Proporcionar o devido acesso à justiça do cidadão mais pobre é um dado que só foi verificado até os dias atuais no Brasil, através do mecanismo da Justiça Itinerante. E é essa real condição, de se poder ter um verdadeiro acesso à justiça, a qual foi oferecida às pessoas economicamente desfavorecidas, a partir da prática do supracitado instituto. Essa condição real constitui-se em uma conquista enorme para a sociedade brasileira, que sofre com muitas desigualdades em todos os seus aspectos, sobretudo no social e de distribuição de renda.

Fica evidente que ainda faltam algumas melhorias no instituto da Justiça Itinerante, para que assim, este mecanismo da Justiça possa realmente aproximar do Judiciário toda, ou ao menos, grande parte da população que se encontra excluída de uma prestação judicial adequada e eficaz. Entretanto, observa-se que o Judiciário está buscando formas de solucionar os problemas existentes e a Justiça Itinerante é um meio eficaz de se promoverem diversos avanços na esfera judicial, como o efetivo acesso à justiça das camadas mais baixas da sociedade, com a conseqüente aproximação do Poder Judiciário das pessoas de todas as classes sociais, assim como, constata-se também, que o instituto consegue dar impulso a uma prestação jurisdicional célere e efetiva. E, dessa maneira, conquistando tais objetivos, o mecanismo itinerante da Justiça vem a colaborar para a construção de um Judiciário de qualidade no Brasil.

84 SINHORETTO, Jacqueline. *Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da Justiça*. 2006. p. 413-417. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-26042007-190252/>>. Acesso em: 23 set. 2008.

#### **4. LEVANTAMENTOS E DADOS DOS JUIZADOS ITINERANTES NA CIDADE DO RECIFE, EM ALGUMAS CIDADES DO ESTADO DE PERNAMBUCO, E O COMPARATIVO DOS MECANISMOS DA JUSTIÇA ITINERANTE UTILIZADOS NA CIDADE DO RECIFE COM OS MECANISMOS DA JUSTIÇA ITINERANTE UTILIZADOS NA CIDADE DE CAMPO GRANDE, NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL**

No Estado de Pernambuco tem-se como dado quantitativo que, atualmente, existem em funcionamento vinte e quatro Juizados Especiais Cíveis: tais Juizados distribuem-se da seguinte maneira: dez Juizados Especiais Cíveis na capital; sete na região metropolitana do Recife; e sete Juizados localizados no interior do estado.<sup>85</sup> Verifica-se, concomitantemente, que existem hoje em atividade na cidade do Recife dois mecanismos itinerantes permanentes da Justiça, os quais são também regidos pela Lei nº 9.099/95, que traz a base legal para os Juizados Especiais. São Juizados Itinerantes permanentes, que atuam na capital pernambucana: o Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife e o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

##### **4.1. Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife**

O Juizado de Trânsito do Recife foi criado pela Lei Complementar Estadual nº 76, de 04 de julho de 2005, a qual foi publicada no Diário Oficial do Estado em 05 de julho de 2005. A data inicial de funcionamento, deste serviço itinerante da Justiça Estadual, aconteceu em 06 de outubro de 2005.<sup>86</sup> Este Juizado consiste em ser uma unidade judiciária especial móvel, que funciona sob a orientação e supervisão da Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.<sup>87</sup>

A Justiça móvel de trânsito do Recife é um instrumento itinerante que foi criado com o intuito de buscar soluções rápidas e pacíficas para os conflitos oriundos de acidentes de trânsito, onde tenha havido, exclusivamente, danos materiais,<sup>88</sup> os quais não ultrapassem o valor de quarenta vezes o salário mínimo em vigor no país, conforme a Lei dos Juizados Especiais. O Juizado de Trânsito

85 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Judiciário, Juizados Especiais Cíveis, Localização e Funcionamento. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/judiciario/juizados/jecivel\\_lfuncionamento.shtml](http://www.tjpe.jus.br/judiciario/juizados/jecivel_lfuncionamento.shtml). Acesso em: 17 out. 2008.

86 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife.

87 PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 76, de 04 de julho de 2005. Dispõe sobre a criação do Juizado de Trânsito, e determina providências pertinentes. Diário Oficial do Estado de Pernambuco – Poder Executivo. Recife, nº 124, 05 jul. 2005. p. 2.

88 LIMA, Ana Cristina. Justiça Móvel de Trânsito. Jornal do Commercio. Veículos. Recife, 06 de abr. 2008. p. 45-46.

do Recife também terá a sua atuação restrita, aos casos de acidentes em que não haja vítimas fatais, ou com lesões graves; e aos acontecimentos que não envolvam veículos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, ou dos Municípios.<sup>89</sup>

O trabalho da equipe que compõe o Juizado de Trânsito do Recife é o de intermediar a conciliação entre as partes envolvidas no acidente, atuando sempre nos casos de acidentes de trânsito sem vítimas fatais e que se enquadrem dentro do valor de alçada estipulado na Lei nº 9.099/95, que é de até quarenta salários mínimos. O serviço fornecido por esse Juizado é gratuito, mas apresenta pouca procura pela população, a qual, em grande escala, desconhece a sua existência, e conseqüentemente sua forma de atuação.<sup>90</sup>

Pode-se justificar a baixa procura em relação aos serviços prestados pelo Juizado de Trânsito do Recife, ao fato de tal mecanismo itinerante da Justiça ter pouca divulgação dos seus trabalhos nos meios de comunicação. Outros fatores que contribuem para essa falta de interesse do cidadão, em buscar tais préstimos da Justiça móvel, são os dias e o horário de atendimento do Juizado, o qual funciona de segunda a sexta-feira e abrange o período que vai das 07:00 às 19:00 horas, deixando assim, sem cobertura as pessoas que, porventura, venham a precisar dos seus serviços no período da noite e nos finais de semana.

O Juizado de Trânsito do Recife possui a sua sede permanente e nesta, mantém uma equipe formada por um juiz de direito, mediadores, conciliadores, serventuários e motorista, compondo-se esse grupo de, aproximadamente, doze pessoas que trabalham nos turnos da manhã e da tarde.<sup>91</sup> No entanto, em suas unidades móveis, que hoje se constituem em três vans, equipadas com o aparato judicial necessário para a realização das audiências e autuações<sup>92</sup>, constatam-se a presença de um mediador, de um oficial de justiça/avaliador, de um assistente/técnico judiciário, de um policial militar e de um motorista.<sup>93</sup>

Observa-se que uma audiência feita pela Justiça Itinerante de Trânsito do Recife pode durar, no mínimo, trinta e cinco minutos. Esse espaço de tempo serve para que o mediador ouça as queixas relatadas pelas partes e preste auxílio, na

89. PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 76, de 04 de julho de 2005. Op. Cit., p. 2.

90. LIMA, Ana Cristina. Op. Cit., p. 45-46.

91. LIMA, Ana Cristina. Justiça Móvel de Trânsito. Jornal do Commercio. Veículos. Recife, 06 de abr. 2008. p. 45-46.

92. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife.

93. PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 76, de 04 de julho de 2005. Dispõe sobre a criação do Juizado de Trânsito, e determina providências pertinentes. Diário Oficial do Estado de Pernambuco – Poder Executivo. Recife, nº 124, 05 de jul. 2005. p. 2.

tentativa de formalização de um acordo. A partir da obtenção desse acordo, é que se vai estabelecer como o causador do acidente irá ressarcir a outra parte, pelo dano material produzido ao outro veículo envolvido na colisão. Depois disso, os autos são encaminhados para a sede do Juizado e é homologado o acordo pelo juiz de direito competente. Assim, se confirma a conciliação, e esse acordo passa a ter valor de sentença. Em consequência, o culpado pelo acidente terá um prazo para reparar os danos causados ao automóvel da parte contrária.

Em alguns casos de acidentes de trânsito, em que o serviço móvel itinerante da Justiça, no Recife, é acionado, não se pode avaliar com precisão o custo necessário para o devido reparo do veículo, cujo motorista não teve culpa na colisão. Nos casos em que não é possível fazer, imediatamente, a avaliação do valor em dinheiro que será gasto na feitura dos reparos no veículo acidentado, faz-se necessário solicitar um orçamento feito em oficina particular, para que assim se possa avaliar com maior exatidão as avarias no veículo e se chegar ao patamar do valor da indenização, a qual será paga por aquele que provocou o acidente.<sup>94</sup>

Quando as partes envolvidas em um acidente de trânsito solicitam os serviços do Juizado para dirimir o conflito, o qual se originou deste caso fortuito e, o Juizado de Trânsito presta a tutela jurisdicional do Estado, mas, mesmo assim, não se consegue chegar a um entendimento mútuo para a resolução da desavença, é necessário que ocorra o agendamento de uma audiência de instrução e julgamento, com a reunião, de imediato, das provas necessárias para a resolução do problema. Nesses casos, é lavrado, no local do acidente, um Termo de Reclamação que é assinado pela(s) parte(s) inconformada(s). Após as referidas etapas, toda essa documentação é enviada para a sede do Juizado de Trânsito, no prazo de vinte e quatro horas, para a necessária autuação, tombamento e designação da audiência de instrução e julgamento.<sup>95</sup>

Nas hipóteses em que não existe a possibilidade de conciliação e é necessária a realização de audiência de instrução e julgamento, fica claro que a solução para o conflito se torna bem mais desgastante para as partes, além de se tornar mais demorada. Isso ocorre porque será preciso, nesses casos, a formação do conjunto de elementos probatórios que venham a construir o convencimento do juiz sobre o caso.

Verificam-se, nos anos de 2006, 2007 e 2008, os seguintes dados estatísticos no Juizado de Trânsito do Recife:

94 LIMA, Ana Cristina. Op. Cit., p. 45-46.

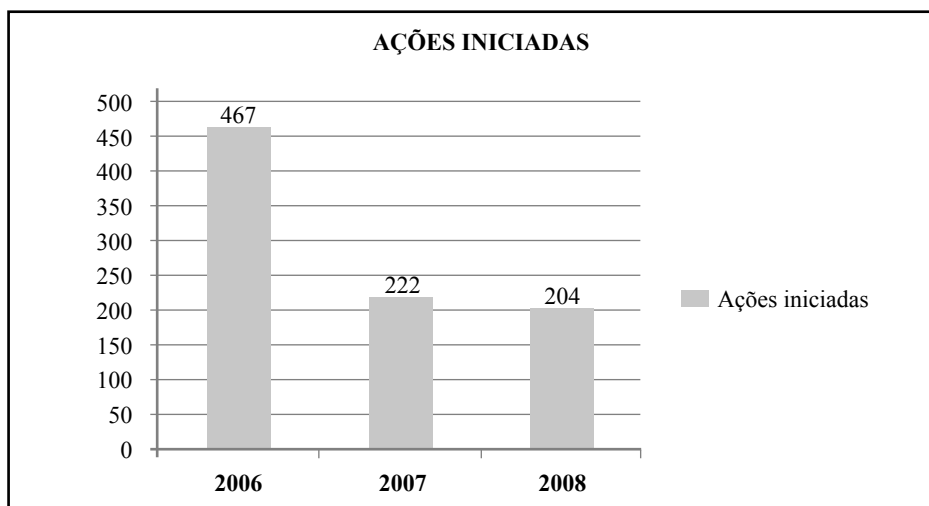
95 PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 76, de 04 de julho de 2005. Dispõe sobre a criação do Juizado de Trânsito, e determina providências pertinentes. Diário Oficial do Estado de Pernambuco – Poder Executivo. Recife, nº 124, 05 de jul. 2005. p. 2.

Ano	Ações iniciadas	Acordos homologados
2006	467	231
2007	222	115
2008	204	72
<b>Total</b>	<b>893</b>	<b>418</b>

**Tabela nº 1:** dados relativos às ações que tramitam ou tramitaram no Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Visualiza-se que as ações iniciadas no Juizado de Trânsito do Recife, no período que vai de 01 de janeiro de 2006 até 23 de outubro de 2008, não ocorrem em números expressivos, se considerarmos que a abrangência desse Juizado é toda a cidade do Recife, que é um município de grande população, com um número significativo de veículos e na qual acontecem muitos acidentes envolvendo tais veículos de via terrestre. Um grande motivo para a aparente e relativa baixa procura pelo Juizado de Trânsito do Recife, por parte da população que se envolve em acidentes de trânsito na localidade, é o desconhecimento sobre este mecanismo itinerante de prestação jurisdicional. Para mudar este quadro, seria necessária uma divulgação, realizada por meios de comunicação de massa, para que dessa forma, a sociedade recifense pudesse conhecer e buscar a tutela jurisdicional, por meio desse instrumento itinerante da Justiça.

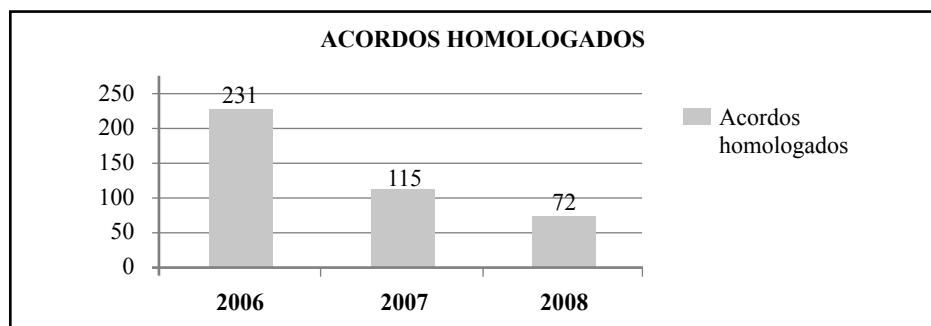


**Gráfico nº 1:** Ações iniciadas no Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** Elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Denota-se do gráfico posto acima que, o ano de 2006 se destacou dos demais demonstrados, com relação ao número de ações iniciadas, pois apresentou a quantidade de 467 ações iniciadas, ou seja, mais do que a soma do quantitativo de demandas iniciadas dos dois anos subsequentes juntos, já que, o ano de 2007 teve 222 ações iniciadas, e 2008, até o dia 23 de outubro, ficou com 204 ações iniciadas. Tal estatística também mostra que, a procura pelos serviços do Juizado de Trânsito do Recife, caiu bastante nos dois últimos anos com relação ao ano de 2006.

O gráfico a seguir, faz uma abordagem sobre a quantidade de acordos homologados pelo Juizado de Trânsito do Recife. Para serem homologados os acordos por este mecanismo da Justiça, é necessário que uma das partes envolvidas no acidente, o qual deverá apenas ter resultado em danos materiais e sem lesões de natureza grave ou óbitos, entre em contato com o Juizado, que se deslocará até o local do acidente por meio de um veículo utilitário (van), devidamente equipado com todo o aparato necessário, tanto de pessoal qualificado, quanto de estrutura material necessária para a realização adequada dos trabalhos. Iniciada a audiência de conciliação e conciliadas as partes, será lavrado termo de acordo e serão colhidas as assinaturas dos acordantes. Após isso, o termo de acordo e toda a documentação, a qual foi juntada a este, serão enviados, por intermédio do Mediador ao juiz de direito competente, para, no prazo de 24 horas, fazer a homologação do referido acordo.<sup>96</sup>



**Gráfico nº 2:** acordos homologados no Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

<sup>96</sup> PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 76, de 04 de julho de 2005. Dispõe sobre a criação do Juizado de Trânsito, e determina providências pertinentes. Diário Oficial do Estado de Pernambuco – Poder Executivo. Recife, nº 124, 05 de jul. 2005. p. 2.

Verifica-se, no gráfico supra, que o quantitativo de acordos homologados no ano de 2006, representou o percentual de 49,46%, com relação à quantidade de ações iniciadas, no referido ano, nesse instrumento móvel do Poder Judiciário de Pernambuco. No ano de 2007, houve uma significativa queda no número de acordos homologados no Juizado de Trânsito do Recife, isso se deveu também a uma menor procura pelos serviços do Juizado, em relação ao ano anterior.

Entretanto, em 2007, o percentual de conciliações homologadas foi de 51,80%, levando-se em conta a quantidade de processos distribuídos nesse período, estatística essa, que demonstra aumento no percentual de conciliações com relação ao ano de 2006. Em 2008, com a pesquisa realizada no período de 01 de janeiro até 23 de outubro, do referido ano, observou-se que a quantidade de conciliações caiu significativamente comparando-se com o ano anterior, com relação ao número de ações iniciadas no ano, representando assim, nesse período, o percentual de 35,29%.

#### 4.2. I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco

Constata-se que outro Juizado de caráter itinerante permanente que atua na cidade do Recife é o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco. Esse Juizado foi criado pela Resolução nº 196/2006, do TJPE, a qual foi publicada no Diário Oficial do Poder Judiciário em 25 de maio de 2006. Para a criação desse Juizado, a Corte Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, utilizou como fundamento o disposto no artigo 3º, da Lei Estadual nº 11.279, de 28 de novembro de 1995, e as Leis Federais nº 9.099/1995 e nº 10.671/2003. Considerando ainda, o seguinte

I – ser dever institucional do Poder Judiciário procurar, nos limites das suas atribuições constitucionais, alternativas na política judiciária que combatam a violência urbana, em especial nos espaços públicos destinados as práticas desportivas e tornem a Justiça acessível a todos;

II – que o direito ao lazer proporcionado pelos espetáculos desportivos em geral e, especialmente, pelos jogos de futebol, merece, em nossa cultura, redobrada atenção dos poderes públicos, sobretudo ao que atine à segurança e à comodidade das praças desportivas;

III – que a eficácia da Lei Federal denominada “Estatuto do Torcedor” somente será atingida com a criação de instrumentos e mecanismos jurídicos adequados à especificidade da demanda, a qual, pela sua complexidade, implica na adoção de medidas que, inclusive, extrapolam os limites de competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais,<sup>97</sup>

97 PERNAMBUCO, Resolução nº 196, de 22 de maio de 2006. Institui o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco. Diário Oficial do Estado de Pernambuco - Poder Judiciário Estadual. Recife, nº 96, 25 de mai. de 2006. p. 3-4, Seção – I.

Observa-se que o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco foi inaugurado, no Recife, em 30 de maio de 2006<sup>98</sup> e, a partir disso, foi instituído como sendo uma unidade judiciária itinerante da Comarca da Capital.<sup>99</sup> Esse Juizado possui sua sede fixa e o seu funcionamento acontece no turno da tarde, no horário que vai de 13:00 às 19:00 horas. O fato desse Juizado, de cunho itinerante, ter uma sede fixa e permanente, não traz nenhum prejuízo no caso de, por necessidade, o mesmo precisar se deslocar para os locais onde irão ocorrer as atividades desportivas, no espaço delimitado de sua jurisdição.<sup>100</sup>

Pode-se afirmar que, o Juizado Especial do Torcedor de Pernambuco, foi o primeiro entre os Juizados com esta característica no Brasil, a abranger a esfera cível entre as suas competências, além da área criminal. Na data de sua criação em Pernambuco, já existiam em atividade os Juizados do Torcedor de Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, mas todos estes só atendiam às demandas da esfera criminal, deixando totalmente sem cobertura aqueles que pretendessem ingressar com uma causa cível nesse mecanismo do Poder Judiciário.<sup>101</sup>

A competência do I Juizado do Torcedor de Pernambuco é de processar e julgar as demandas cíveis e criminais de baixa complexidade e de menor potencial ofensivo, elencadas na Lei nº 9.099/95. Tais causas, cíveis e criminais, devem advir dos conflitos que se originarem em decorrência e, no mesmo espaço de tempo, das atividades desportivas de grande porte, assim conceituadas pela Coordenadoria dos Juizados Especiais. Ainda, verifica-se que compete ao Juizado do Torcedor fazer a cobertura da região do evento esportivo, ou seja, esse Juizado tem o dever de cobrir o efetivo local do evento e o raio correspondente a cinco quilômetros deste,<sup>102</sup> e essa cobertura deve começar a acontecer duas horas antes do início da partida e se encerrar só depois de decorridas duas horas do término do acontecimento esportivo.<sup>103</sup>

98 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

99 PERNAMBUCO, Op. Cit., Resolução nº 196, de 22 de maio de 2006. p. 3-4, Seção – I.

100 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Op. Cit., Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

101 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Juizado do Torcedor combaterá violência nos estádios. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4004&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4004&argumento=Juizado%20do%20Torcedor). Acesso em: 20 out. 2008.

102. PERNAMBUCO, Resolução nº 196, de 22 de maio de 2006. Institui o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco. Diário Oficial do Estado de Pernambuco - Poder Judiciário Estadual. Recife, nº 96, 25 de mai. de 2006. p. 3-4, Seção – I.

103. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Juizado do Torcedor - Juízes conhecem experiência européia. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4784&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4784&argumento=Juizado%20do%20Torcedor). Acesso em: 20 out. 2008.



O I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco tem função de atuar nos estádios, no decorrer dos jogos de futebol, com o intuito de solucionar, de maneira imediata, atos que infrinjam os preceitos legais. Entretanto, além da referida incumbência, dada a este mecanismo itinerante da Justiça, este também poderá prestar apoio em eventos que possuam um alcance de público expressivo.

Outras destinações, do Juizado do Torcedor de Pernambuco, referem-se ao processamento e julgamento das ações originadas, devido ao precário funcionamento dos estádios, bem como, às questões que envolvam direitos e garantias dos torcedores que freqüentam as arenas esportivas e que acaso venham a ser desrespeitadas pelos clubes detentores dessas praças de desportos.<sup>104</sup> Ou seja, o torcedor que pagou para assistir ao evento, quando se sentir lesado de alguma maneira, por alguma instituição ligada ao acontecimento esportivo, a qual poderá ser um clube, uma Federação ou alguma outra instituição, poderá ingressar com ações relativas ao Direito do Consumidor, objetivando assim, reaver suas garantias e direitos.<sup>105</sup>

O regime de plantão judiciário poderá ser adotado pelo Juizado do Torcedor, nos casos em que os eventos esportivos ocorrerem nos finais de semana, feriados, ou, até mesmo nos dias úteis, no turno da noite, a partir das 18:00 horas. Nas circunstâncias em que estiver operando em regime de plantão judiciário, o I Juizado Especial do Torcedor de Pernambuco terá a competência de conhecer e decidir acerca dos pedidos de medidas cautelares e antecipatórias de natureza cível ou criminal, assim como, as relativas ao Juízo da Infância e Juventude, sempre respeitando-se os limites de sua jurisdição e competência.<sup>106</sup>

Esse Juizado prestará seus serviços, nos casos em que estiver em atividade fora de sua sede permanente, em instalações disponibilizadas pelas entidades com interesse no funcionamento desse instrumento itinerante da Justiça, ou então, em unidades móveis do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Essas unidades móveis, devidamente equipadas, para oferecer todas as condições da realização da prestação jurisdicional satisfatória, poderão vir a ser utilizadas se, porventura, faltarem instalações adequadas para as necessidades do Juizado do Torcedor,

104. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Juizado do Torcedor combaterá violência nos estádios. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4004&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4004&argumento=Juizado%20do%20Torcedor). Acesso em: 20 out. 2008.

105. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Juizado do Torcedor entra em campo. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4046&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4046&argumento=Juizado%20do%20Torcedor). Acesso em: 22 out. 2008.

106. PERNAMBUCO, Resolução nº 196, de 22 de maio de 2006. Institui o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco. Diário Oficial do Estado de Pernambuco - Poder Judiciário Estadual. Recife, nº 96, 25 de mai. de 2006. p. 3-4, Seção – I.

ou na hipótese da entidade interessada não ceder nenhum espaço para o Juizado.<sup>107</sup>

Importantes instituições funcionam em conjunto com I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, prestando suporte a esse instrumento móvel do Poder Judiciário estadual, são estas instituições: a Ordem dos Advogados do Brasil; o Ministério Público; a Defensoria Pública; a Polícia Militar; a Polícia Civil; e a Secretaria de Defesa Social.<sup>108</sup>

Constatam-se alguns dados relevantes no âmbito cível do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, nos anos de 2006, 2007 e 2008, como se verifica a seguir:

Ano	Ações iniciadas	Acordos homologados	Encerramento antecipado	Remetidos para instrução	Processos em andamento
2006	3	1	2	-	-
2007	16	3	7	6	2
2008	6	2	-	-	4
<b>Total</b>	<b>25</b>	<b>6</b>	<b>9</b>	<b>6</b>	<b>6</b>

**Tabela nº 2:** dados relativos às ações cíveis que tramitam ou tramitaram no I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

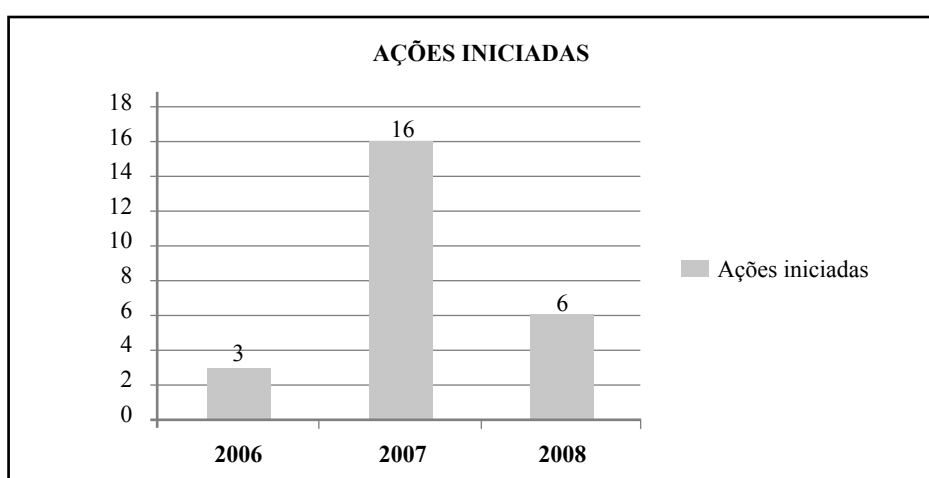
Na esfera cível, do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, o número de ações que existe é pequeno, em comparação com a quantidade que se observa no âmbito criminal, já que, na área que envolve matéria penal, o Juizado do Torcedor constata, nos anos de 2006, 2007 e 2008, observando-se, que em 2008, os dados foram computados até o dia 31 de outubro, respectivamente, vinte e uma; cento e setenta e seis; e oitenta e nove ações iniciadas, números estes, bastante superiores aos visualizados na esfera cível.<sup>109</sup> Essa situação acontece desde a criação do Juizado, e ocorre devido à característica de violência do próprio ambiente que cerca o meio esportivo no Brasil, sobretudo o futebol, e, também, devido à falta de informação e conhecimento dos direitos e garantias individuais e coletivas que atinge grande parcela da população.

107. PERNAMBUCO, Op. Cit., Resolução nº 196, de 22 de maio de 2006. p. 3-4, Seção – I.

108. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Juizado do Torcedor - Juízes conhecem experiência européia. Disponível em: [http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4784&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4784&argumento=Juizado%20do%20Torcedor). Acesso em: 20 out. 2008.

109. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

O meio futebolístico brasileiro, considerando-se desde os torcedores, até os jogadores, os dirigentes de clubes e federações, bem como os cronistas esportivos, caracteriza-se, quase sempre, por ser de extrema rivalidade, desrespeito aos direitos do adversário e impunidade. Isso faz com que o cidadão, em sua esmagadora parcela, só venha a buscar o auxílio do Juizado do Torcedor, em situações extremas, em que a lesão a qual este indivíduo sofreu tenha sido bastante grave, e na maioria desses casos, tais lesões, de natureza grave aos direitos dos cidadãos que freqüentam os estádios, são criminais e não cíveis.



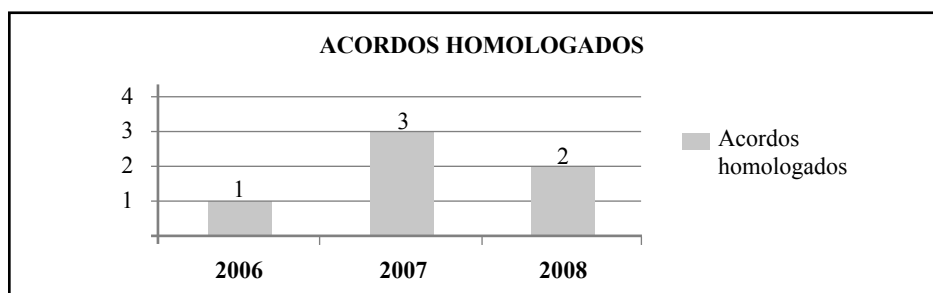
**Gráfico nº 3:** ações cíveis iniciadas no I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

Como denota-se no gráfico acima, houve um significativo crescimento, no ano de 2007, na procura pela resolução de conflitos da área cível no Juizado do Torcedor, comparando-se com o ano de 2006. Entretanto, no ano de 2008, considerando-se os dados relativos ao período que vai de 01 de janeiro de 2008 até 22 de outubro do mesmo ano, que foi a data de conclusão da pesquisa, constata-se que ocorreu um queda acentuada, com relação à procura da população pelo Juizado do Torcedor, para a busca da tutela jurisdicional para a resolução dos conflitos cíveis, que se originam nas praças esportivas da capital do Estado de Pernambuco.

Verifica-se que os acordos homologados em audiência, no que diz respeito à parte cível do Juizado Especial do Torcedor de Pernambuco, não representam um número grande de conciliações homologadas. Para se achar explicação para esses dados, em fatos concretos, pode-se constatar que uma grande parte das conciliações em audiências não acontece, devido à total falta de interesse das

partes em prosseguir com as ações. Essa falta de interesse demonstra-se pela ausência de vários demandantes em audiências de conciliação e instrução e julgamento e, também, pelos pedidos de extinção e desistência das lides, feitos da mesma forma pelos requerentes, em outras ações. Ou seja, o que se observa em tais fatos é que, os autores das ações, muitas vezes, não possuem mais interesse no prosseguimento dos processos, assim abdicam de continuarem requerendo as suas pretensões iniciais.



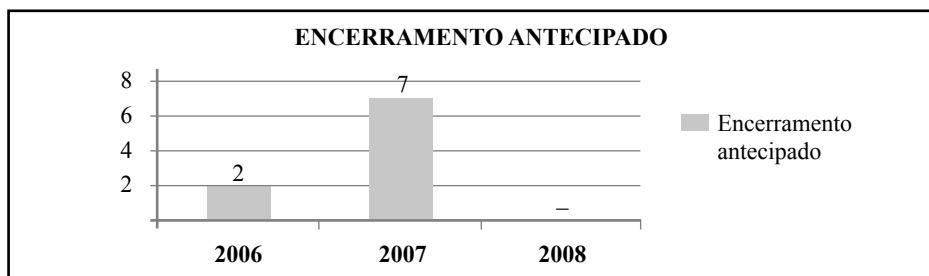
**Gráfico nº 4:** acordos cíveis homologados no I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

Visualisa-se no gráfico, que trata dos acordos cíveis homologados no Juizado do Torcedor de Pernambuco, que no ano de 2006 a quantidade de acordos com homologação deu-se em um percentual de 33,33%, com relação à quantidade total de processos daquele ano, enquanto que em 2007, o percentual alcançado sofreu uma queda, chegando a 18,75% do total, e, no ano de 2008, considerando-se até a data de 22 de outubro de 2008, o percentual foi de 33,33%, igualando-se assim, ao índice apresentado em 2006 e, conseqüentemente, melhorando-o, com relação ao que aconteceu no ano de 2007.

Os casos de encerramento antecipado acontecem nas ações cíveis, do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, quando ocorre: desistência da parte autora da demanda; transação ou acordo realizado entre as partes litigantes, os quais poderão ser judicial ou extrajudicial, e que, para passarem a ter validade deverão ser homologados pelo juiz de direito competente; extinção da lide, a qual será realizada pelo juízo de direito do Juizado do Torcedor de Pernambuco, nos casos em que a parte autora requerer, e nas situações em que as ações não possuem pressupostos e condições necessárias para continuarem tramitando no supracitado Juizado.<sup>110</sup>

110. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.



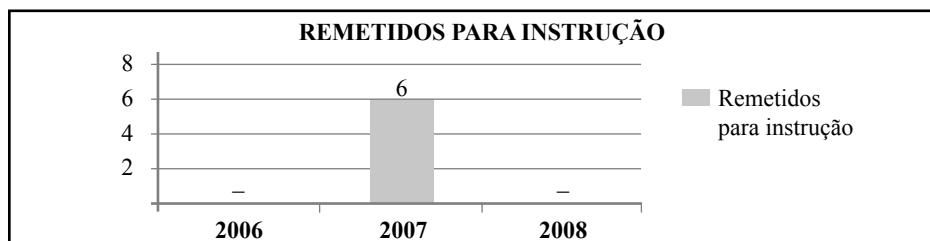
**Gráfico nº 5:** ações cíveis do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, nas quais ocorreu encerramento antecipado, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Secretaria I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

Observa-se, no gráfico supra, o qual trata das ações cíveis que tiveram encerramento antecipado no Juizado do Torcedor, que, no ano de 2006, 66,66% dos processos cíveis que tramitaram no Juizado foram extintos pelo juízo competente,<sup>111</sup> e, dessa forma, foram encerrados antecipadamente. Já no ano de 2007, 43,75% das ações cíveis que passaram pelo Juizado do Torcedor de Pernambuco foram encerradas antecipadamente, o que demonstra uma ligeira queda no número de processos que tiveram seu desfecho dessa maneira. Por fim, no ano de 2008, até o dia 22 de outubro, não houve nenhum processo cível encerrado antecipadamente. Isso se deve primordialmente à baixa quantidade de ações cíveis impetradas no citado ano - apenas seis processos - assim como, porque desse número de processos, até à data da pesquisa, quatro ainda estavam em andamento.

No I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, os processos de caráter cível que venham a ser remetidos para audiências de instrução e julgamento, são aqueles processos em que já ocorreram uma ou mais audiências de tentativa de conciliação, mas, entretanto, todas essas audiências não obtiveram êxito. Dessa maneira, não sendo possível a realização de acordo na audiência de conciliação, é marcada audiência de instrução e julgamento, para que seja julgado o mérito da questão e, a partir desse julgamento, possa ser apontado pelo julgador, qual parte é a vencedora da demanda, por ter um bom direito.

111. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

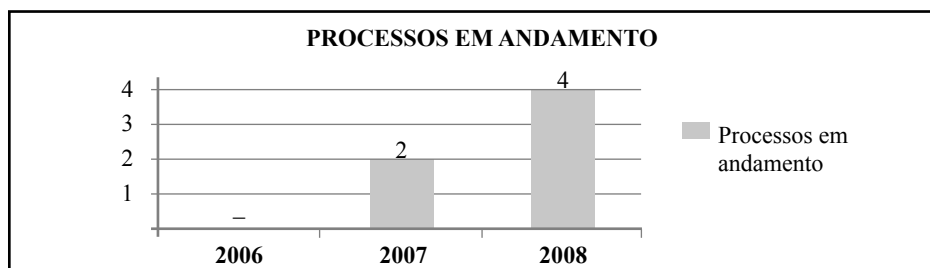


**Gráfico nº 6:** processos cíveis do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, os quais foram remetidos para instrução e julgamento, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

Pode-se observar no gráfico que especifica as ações cíveis que foram remetidas para instrução, no Juizado do Torcedor, que no ano de 2006, nenhum processo foi remetido para instrução e julgamento. Tal fato aconteceu devido à baixa procura pelo Juizado por parte da população, já que houve apenas três ações cíveis no referido ano, ocorrendo em uma delas conciliação e sendo as outras duas ações extintas.<sup>112</sup> Com relação ao ano de 2007, constata-se que houve seis processos remetidos para audiência de instrução e julgamento, ou seja, o equivalente a 37,50% das ações cíveis que tramitaram no Juizado no referido ano. Já no ano de 2008, da mesma forma como aconteceu em 2006 e, considerando-se os dados até a data de conclusão da pesquisa, que foi em 22 de outubro de 2008, não ocorreu nenhuma marcação de audiência de instrução e julgamento.

Os processos que se encontram em andamento no I Juizado do Torcedor de Pernambuco são aqueles que ainda estão em trâmite legal, ou seja, são as ações em que não houve sentença homologatória de acordo ou desistência, sentença de mérito, ou de extinção.



**Gráfico nº 7:** ações cíveis do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, as quais ainda se encontram em andamento, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

112. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.

Verifica-se no gráfico acima que, no ano de 2006, todos os processos cíveis que seguiam seus trâmites legais no I Juizado do Torcedor, já foram sentenciados e arquivados. Com relação ao ano de 2007, dois processos cíveis continuam em andamento, com audiências de instrução e julgamento ainda a serem marcadas, o que representa um percentual de 12,50%, em relação a todos as demandas do supracitado ano. Então, no ano de 2007, apesar dos citados processos terem sido remetidos para instrução e julgamento, as audiências ainda não aconteceram e, assim, as duas ações ainda não se encerraram. No ano de 2008, até 22 de outubro, tem-se registro de quatro ações cíveis ainda em andamento, o que representa 66,66%, do total de ações de competência cível iniciadas no Juizado do Torcedor no referido ano.

#### **4.3. Algumas experiências de Juizados Itinerantes sazonais no interior do Estado de Pernambuco**

Em algumas épocas do ano, com períodos de tempo delimitados, o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco promove a ida de Juizados Especiais Itinerantes temporários, até cidades localizadas no interior do estado.

Esta aproximação, realizada pelo Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, com comunidades que habitam cidades interioranas do estado, as quais muitas vezes não possuem órgãos jurisdicionais permanentes, que possam lhes fornecer a devida tutela jurisdicional, possui o intuito maior de solucionar conflitos com o máximo de celeridade e eficácia.

Tais visitas do Poder Judiciário pernambucano ao interior, visam também, promover a prestação de atendimento às necessidades de um grande número de cidadãos, que nunca antes haviam tido a oportunidade, de verem seus anseios atendidos pelo Judiciário. Muitos desses indivíduos, residem distante dos centros que fornecem os atendimentos jurisdicionais e, muitas vezes, devido à falta de condições financeiras, às dificuldades de transporte e de acesso às condições para poderem ingressar com uma ação, não conseguiram ainda ser atendidos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, os Juizados Itinerantes do Judiciário de Pernambuco, que vão até às cidades do interior do estado, detêm a incumbência, de serem os instrumentos que prestam o atendimento dentro das comunidades e, para as pessoas que jamais tiveram a chance de resolver suas questões controversas pela via judicial.<sup>113</sup>

113. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Os Juizados Especiais Itinerantes, que percorrem sazonalmente as cidades do interior do Estado de Pernambuco possuem como objetivos gerais, os de impulsionar o serviço de prestação jurisdicional, para que este seja mais rápido, objetivo, informal e eficaz. Além disso, esses mecanismos itinerantes temporários da Justiça, permitem que o indivíduo, que encontra dificuldades em obter um digno acesso à justiça, possa sem necessidade da assistência de um advogado, nos casos em que o valor da causa não superar quarenta salários mínimos, propor e contestar demandas em juízo.

A realização de visitas esporádicas às cidades do interior do estado, pelos Juizados Especiais Itinerantes de Pernambuco, demonstra a necessidade de disponibilizar aos jurisdicionados interioranos com dificuldades de recursos financeiros, um serviço de acesso à justiça periódico, que promova a resolução dos conflitos, por meio dos trabalhos dos juízes, dos conciliadores e dos servidores. Verifica-se, que as demandas que mais são vistas nos Juizados Especiais Itinerantes que percorrem o interior de Pernambuco, são: pedidos de indenizações; pedidos de cobrança; ações decorrentes de relações de consumo e demandas oriundas de prejuízos por acidentes de trânsito.<sup>114</sup>

No período de 24 de maio até 03 de junho de 2005, o Juizado Especial Itinerante do Poder Judiciário de Pernambuco, prestou serviços para a população da cidade de Pesqueira, nas áreas cível e criminal. Já no período que vai de, 23 de agosto até o dia 10 de setembro de 2005, o Juizado móvel prestou tutela jurisdicional aos habitantes da cidade de Carpina. Neste caso, o órgão itinerante teve apenas competência cível. Nos dias três e quatro de novembro, do ano de 2005, o Juizado Especial Itinerante do Tribunal de Justiça Pernambuco se deslocou até a cidade de Ipojuca. E, no período de 16 de outubro à 11 de novembro de 2006 foram realizados trabalhos da Justiça Itinerante, com competência cível e criminal, destinados à população do município de Belo Jardim.<sup>115</sup>

Assim, podemos verificar que os Juizados Itinerantes que percorreram as supracitadas cidades do interior do estado, nos referidos períodos obtiveram os dados constantes da tabela abaixo:

114. Ibidem.

115. Ibidem.

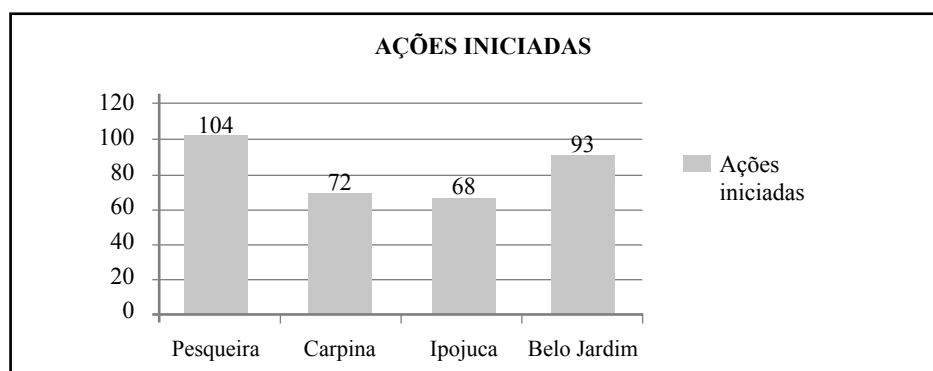


Cidades	Ações iniciadas	Acordos homologados	Encerramento antecipado	Remetidos para instrução
<b>Pesqueira</b>	104	66	35	3
<b>Carpina</b>	72	21	50	2
<b>Ipojuca</b>	68	43	25	-
<b>Belo jardim</b>	93	-	-	-
<b>Total</b>	<b>337</b>	<b>130</b>	<b>110</b>	<b>5</b>

**Tabela nº 3:** dados relativos às ações cíveis e criminais que tramitaram nos Juizados Especiais Itinerantes, instalados sazonalmente nas cidades de Pesqueira, Carpina, Ipojuca e Belo Jardim, nos anos de 2005 e 2006.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

A quantidade de ações iniciadas nos Juizados Especiais Itinerantes temporários mostra o quanto os habitantes das comunidades carentes, localizadas nas cidades do interior de Pernambuco, necessitam da tutela jurisdicional do Estado para resolverem seus conflitos. Assim, fica claro que tais comunidades anseiam por um Judiciário que atue permanentemente e não apenas sazonalmente.



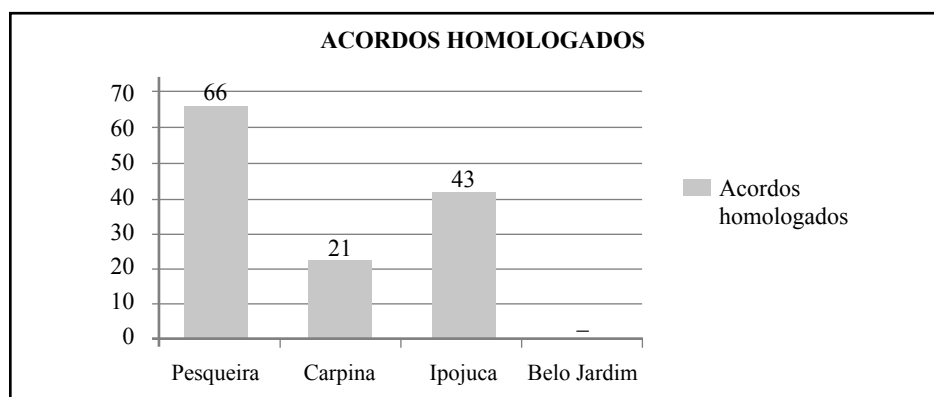
**Gráfico nº 8:** ações iniciadas nos Juizados Especiais Itinerantes, instalados sazonalmente nas cidades de Pesqueira, Carpina, Ipojuca e Belo Jardim, entre os anos de 2005 e 2006.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Analisando-se o gráfico acima, observa-se que na cidade de Pesqueira, de maio a junho de 2005, o Juizado Especial Itinerante alcançou a sua maior quantidade de demandas iniciadas, no período estudado no presente trabalho. Em Carpina, no período de 23 de agosto a 10 de setembro de 2005, houve uma menor quantidade de ações iniciadas, ficando assim, com a segunda menor marca dos dados analisados. Já em Ipojuca, houve o menor número de processos iniciados de todo o período pesquisado. Por fim, no município de Belo Jardim, observa-se

a segunda maior quantidade de ações iniciadas, considerando-se os dados e o período pesquisados.

O número de acordos homologados demonstra a eficácia do mecanismo móvel da Justiça, já que, a função principal dos Juizados Especiais Itinerantes é a de resolver os conflitos de maneira célere, objetiva, informal e eficaz.

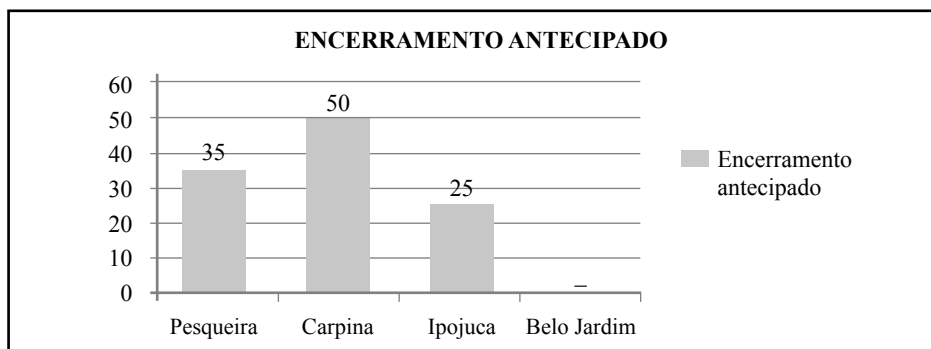


**Gráfico nº 9:** acordos homologados nos Juizados Especiais Itinerantes, instalados sazonalmente nas cidades de Pesqueira, Carpina, Ipojuca e Belo Jardim, entre os anos de 2005 e 2006.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

No gráfico supra, visualiza-se que, na cidade de Pesqueira, foi obtido o percentual de 63,46% de acordos homologados, levando-se em consideração o total de demandas iniciadas. Tal índice foi o maior demonstrado em todas as cidades pesquisadas. No município de Carpina, o Juizado Especial Itinerante sazonal, obteve o índice de 29,16% de conciliações, o que representa uma forte queda no percentual de acordos homologados, em relação ao que foi obtido em Pesqueira. No município de Ipojuca, foi alcançado pelo Juizado Itinerante temporário o percentual de 63,23% de demandas conciliadas, o que pode ser considerado um percentual de expressividade regular, para um mecanismo volante da Justiça, o qual procura na imensa maioria dos casos, solucionar as demandas por meio de acordos. É necessário se fazer a ressalva de que não foram disponibilizados os dados que dizem respeito às ações com encerramento antecipado, no município de Belo Jardim, no período pesquisado.

Deve-se afirmar que as ações, encerradas antecipadamente nos Juizados Especiais Itinerantes periódicos, que viajam até as cidades do interior de Pernambuco, são aquelas ações em que acontece transação ou acordo entre as partes, desistência da parte demandante, ou extinção da lide.

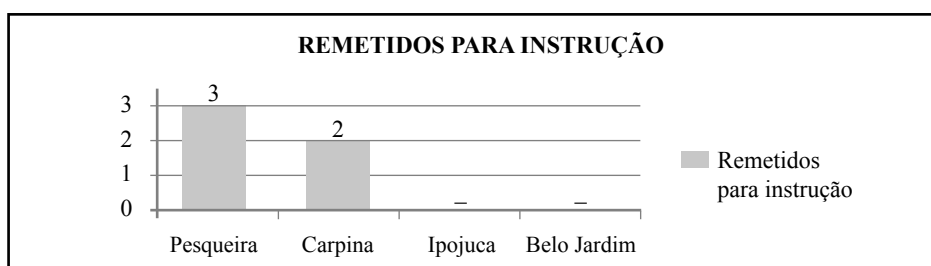


**Gráfico nº 10:** ações em que houve encerramento antecipado nos Juizados Especiais Itinerantes, instalados sazonalmente nas cidades de Pesqueira, Carpina, Ipojuca e Belo Jardim, entre os anos de 2005 e 2006.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Constata-se, a partir da análise do gráfico acima, que as lides que tiveram encerramento antecipado no Juizado Especial Itinerante, instalado na cidade de Pesqueira, representam o percentual de 33,65%, do total de ações iniciadas. No município de Carpina, este índice sobe para 69,44%, representando a maior percentagem de ações com encerramento antecipado, no período analisado. Já em Ipojuca, o índice de demandas com encerramento antecipado foi de 36,76%. Há de se ressaltar, que não foram disponibilizados os dados que dizem respeito às ações com encerramento antecipado, no município de Belo Jardim, no período pesquisado.

Observa-se que as ações que venham ser remetidas para audiências de instrução e julgamento, são as demandas em que já houve audiências de tentativa de conciliação, mas, nesses casos, tais audiências não tiveram sucesso. Assim, na instrução e julgamento, será analisado pelo juiz de direito competente o mérito da causa.



**Gráfico nº 11:** ações remetidas para instrução e julgamento nos Juizados Especiais Itinerantes, instalados sazonalmente nas cidades de Pesqueira, Carpina, Ipojuca e Belo Jardim, entre os anos de 2005 e 2006.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

A partir do gráfico supra, pode-se visualizar que poucas ações foram remetidas para audiência de instrução e julgamento, nos Juizados Itinerantes instalados de maneira temporária, em algumas cidades do interior do Estado de Pernambuco. Dessa forma, o percentual de demandas remetidas para instrução em Pesqueira, representou apenas 2,88%, do total de ações iniciadas naquele município. Já em Carpina, o índice foi de 2,77% de ações enviadas para instrução. Na cidade de Ipojuca, nenhuma ação foi enviada para instrução e julgamento no período pesquisado. É importante fazer a ressalva de que, não foram disponibilizados os dados que dizem respeito às ações com encerramento antecipado, no município de Belo Jardim, no período pesquisado.

Os Juizados Especiais Itinerantes sazonais, os quais se instalam periodicamente em cidades do interior do Estado de Pernambuco, foram inspirados em experiências já antes realizadas em outros Estados membros da Federação. É inegável o seu importante papel, na promoção do acesso à justiça digno para as pessoas excluídas da obtenção constante e de qualidade dos serviços do Judiciário.

A atuação dos Juizados Especiais Itinerantes sazonais propicia a resolução de diversos conflitos, que sem o trabalho desses mecanismos, talvez nunca fossem resolvidos. Além disso, esses órgãos volantes temporários da Justiça auxiliam a recuperar a dignidade dos indivíduos e resgatam a credibilidade do Poder Judiciário, pois a população observa na prática, que estão sendo alcançados todos os setores da sociedade.

Entretanto, é necessário que se instalem mecanismos Itinerantes permanentes da Justiça, também nas comarcas do interior, assim como acontece na capital, para que dessa maneira, os cidadãos carentes dos municípios interioranos possam ter acesso à tutela jurisdicional do Estado de maneira eficaz e digna, durante todo o tempo, e não apenas, em alguns períodos limitados.

#### **4.4. Comparativo dos dados relativos aos órgãos permanentes da Justiça Itinerante existentes na cidade do Recife, com os dados relativos aos órgãos permanentes da Justiça Itinerante existentes na Comarca de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul**

O presente item deste capítulo, visa promover a apresentação e discussão sobre os dados estatísticos colhidos, que tratam a respeito dos mecanismos itinerantes permanentes da Justiça, os quais atuam na cidade de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul. Além do objetivo acima exposto, este ponto do atual trabalho busca realizar o comparativo, destes supracitados dados estatísticos, com as informações e dados coletados sobre os órgãos permanentes da Justiça Itinerante,

que existem na cidade do Recife, os quais já tiveram seus números estatísticos e informações analisadas em item específico desta monografia.

Com a apresentação e análise de novos dados, bem como, com realização da analogia entre estas novas informações e as informações e dados estatísticos já existentes, pode-se chegar a visualização das diferenças, qualidades e defeitos, que existem entre os órgãos permanentes da Justiça itinerante, os quais atuam em Recife e Campo Grande. Também é possível, por meio dos referidos comparativos, entre os distintos instrumentos volantes da Justiça, fomentar discussões sobre os avanços e problemas verificados nos referidos instrumentos da Justiça.

E, por fim, a partir de tais comparações, podem-se buscar meios para alcançar melhorias nesses mecanismos móveis da Justiça, os quais funcionam em duas realidades distintas, procurando-se assim, aumentar as perspectivas da população com relação a uma prestação jurisdicional mais próxima de todas as camadas da sociedade, sobretudo as classes mais pobres.

#### ***4.4.1. Justiça Itinerante permanente na cidade de Campo Grande, Mato Grosso do Sul***

De acordo com dados disponibilizados pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul, existem dois mecanismos itinerantes da Justiça em atividade, na cidade de Campo Grande, são estes: a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, e a 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito de Campo Grande.

Observa-se que a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande/MS, possui a competência de realizar conciliações, processar e julgar demandas da esfera cível de menor complexidade. Tais causas cíveis devem ter o seu valor, em um patamar que não exceda quarenta salários mínimos. Esse órgão itinerante da Justiça, existente na Cidade de Campo Grande, também possui competência para tratar de querelas criminais de menor potencial ofensivo, assim como as demandas relativas a direito de família, estado e capacidade das pessoas e, por fim, demandas relativas a direito das sucessões.<sup>116</sup>

Constata-se ainda que, a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária possui duas unidades, sendo denominadas como: unidade I – UNAES,

116. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Magistratura – Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados\\_comarcas.php](http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados_comarcas.php). Acesso em: 17 out. 2008.

e unidade II – Banco do Brasil/UCDB. O roteiro móvel dessas duas unidades, as quais compõem a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante, de Campo Grande, fica disponibilizado pelo Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul, em sua página na internet, para a consulta da população. Dessa forma, as pessoas podem saber em qual bairro esse instrumento da Justiça Itinerante irá se estabelecer em determinado dia. O atendimento proporcionado, pela 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, é feito por intermédio de um ônibus, e no horário das 07:00 às 11:30 horas.<sup>117</sup>

A 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul, obteve os dados demonstrados na tabela a seguir:

Ano	Ações iniciadas	Acordos homologados	Não-acordo
2001	349	198	33
2002	4.295	2.787	277
2003	7.804	4.631	602
2004	10.503	7.837	369
2005	10.316	8.191	230
2006	11.512	9.699	229
2007	10.803	9.216	241
2008	2.366	1.986	42
<b>Total</b>	<b>57.948</b>	<b>44.545</b>	<b>2.023</b>

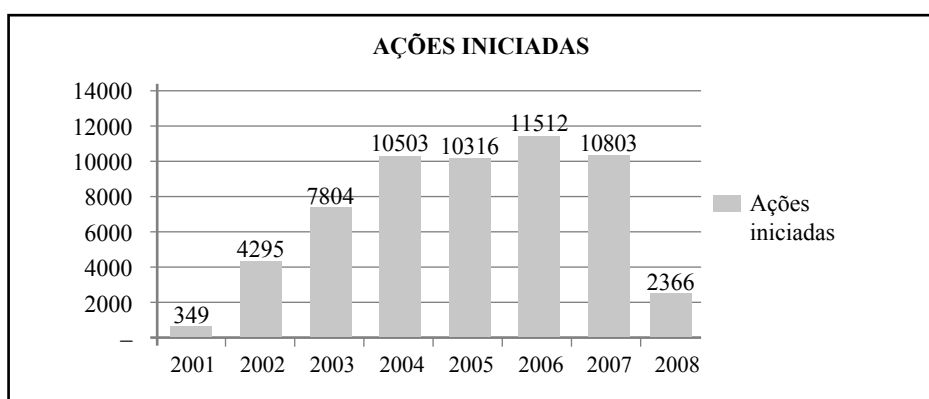
**Tabela nº 4:** dados relativos às ações que tramitam ou tramitaram na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica\\_itinerante.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica_itinerante.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

Verifica-se que a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, possui um número significativo de ações iniciadas desde o ano de sua criação que foi 2001. Da mesma forma que o número de ações iniciadas, esse órgão itinerante do Poder Judiciário sul-mato-grossense, obteve uma quantidade expressiva de acordos homologados, desde o seu início em 2001 até a data de 31 de março de 2008, que representa o último dia em que os dados foram totalizados. Com relação à quantidade de não-acordos, entre o período que vai de 01 de janeiro de 2001 até 31 de março de 2008, pode-se constatar que foi bastante baixa.

117. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Consultas – Justiça Itinerante. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/justica\\_itinerante.html](http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/justica_itinerante.html). Acesso em: 17 out. 2008.

A Justiça Itinerante, em qualquer localidade na qual seja instalada, possui o papel de proporcionar, para a população que não tem condições de ingressar com questões na Justiça comum, uma jurisdição célere e eficaz, de uma maneira desburocratizada e, buscando primordialmente a conciliação entre aqueles que litigam. Tais princípios, que norteiam a atuação dos mecanismos itinerantes da Justiça, procuram fazer com que os jurisdicionados possam resolver seus conflitos de maneira rápida, eficiente, e sem ônus financeiro para tais pessoas, as quais, em sua imensa maioria possuem uma renda baixa.

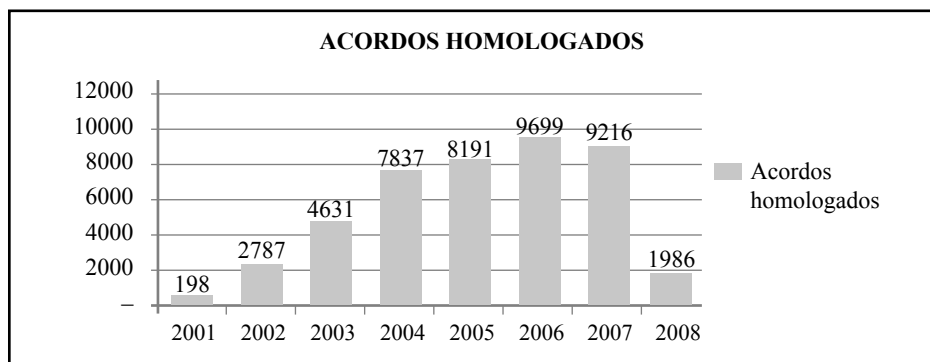


**Gráfico nº 12:** ações iniciadas na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica\\_itinerante.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica_itinerante.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

Como se verifica no gráfico acima, a quantidade de ações iniciadas na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, na cidade de Campo Grande/MS, teve um crescimento acelerado entre os anos de 2001 e 2002, e continuou crescendo, gradativamente, até 2004. No ano de 2005, observa-se uma ligeira queda na quantidade de ações iniciadas, com relação a 2004. Já em 2006, o número de ações iniciadas volta a subir, alcançando seu pico. Entretanto, este quantitativo cai um pouco em 2007 e, em 2008, sofre uma brusca diminuição, mas, deve-se frisar que a pesquisa se encerrou no dia 31 de março de 2008, ou seja, só foram computados três meses, o que explica essa abrupta diminuição.

O número de acordos homologados e computados, por um instrumento móvel da Justiça, representa o sucesso de tal mecanismo, pois, o papel fundamental da Justiça Itinerante é buscar solucionar todos os conflitos, ou se não, ao menos, uma boa parcela destes, da forma mais rápida e satisfatória para as partes envolvidas. E tal resolução de maneira célere e eficaz, nesse tipo de órgão do Judiciário, faz-se, na sua imensa maioria através do estímulo à realização de conciliações entre as partes.



**Gráfico nº 13:** acordos homologados na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica\\_itinerante.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica_itinerante.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

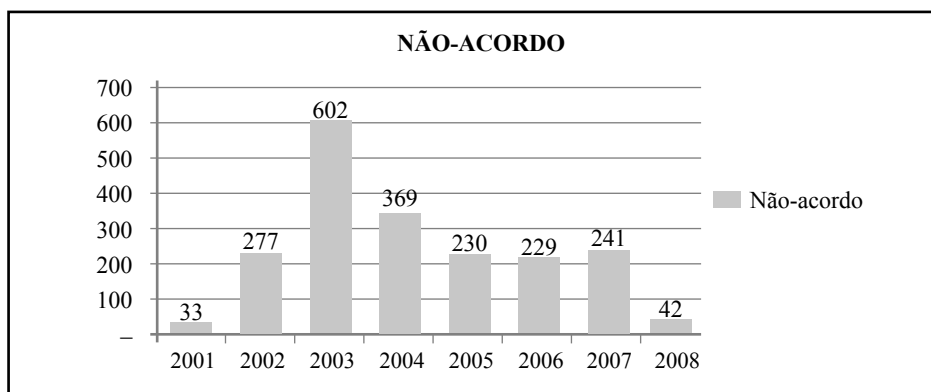
No gráfico supra, podemos constatar que, no ano de 2001, o percentual de acordos homologados foi de 56,73%, considerando-se o número de ações registradas no referido período. Em sequência, no ano de 2002, o percentual de acordos alcançados foi de 64,88%. Com relação ao ano de 2003, a percentagem de conciliações, levando-se em conta o número de ações iniciadas, foi de 59,34%, representando assim, uma queda em comparação com o ano anterior. Em 2004, o percentual apresentado subiu, e registrou 74,61% de acordos homologados, em relação as ações que tramitaram naquele ano. No ano de 2005, a percentagem voltou a subir, registrando a marca de 79,40% de ações conciliadas.

Analisando-se o ano de 2006, pode-se constatar a marca de 84,25% de acordos homologados, sobre as ações iniciadas no citado ano, o que representa um aumento, com relação à percentagem de conciliações, sobre o ano de 2005. a maior marca de conciliações no período analisado, que vai de 01 de janeiro de 2001 a 31 de março de 2008. No ano de 2007, a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da cidade de Campo Grande, alcançou o índice de 85,30% de acordos homologados, fato este que significa a maior marca de conciliações no período analisado, que vai de 01 de janeiro de 2001 à 31 de março de 2008. Já no ano de 2008, até o dia 31 de março, foi obtido o índice de 83,93% de conciliações, sobre o total de ações iniciadas no supracitado ano. Esse acontecimento, traduz uma pequena queda no percentual de acordos em relação ao ano de 2007.

A quantidade de audiências de tentativa de conciliação, as quais não obtiveram êxito em um Juizado Especial Itinerante, significa que as partes envolvidas na demanda não irão obter a solução para o conflito de maneira imediata, nem de



forma pacífica. O que acontecerá é que o processo será remetido para instrução e julgamento, e nessa fase será julgado o mérito da questão, o que de fato torna mais demorado o deslinde da causa.



**Gráfico nº 14:** ações em que não houve acordos na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica\\_itinerante.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica_itinerante.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

Constata-se no gráfico demonstrado acima, que os índices de ações sem acordo, na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, de Campo Grande, foram muito mais baixos do que os percentuais de acordos homologados nesse órgão da Justiça, no mesmo período. Para traduzir em números tal constatação, visualiza-se que, em 2001 o índice de processos sem acordo foi de 9,45%. No ano de 2002, o percentual de audiências sem êxito representou 6,44% do total de ações iniciadas no período. Em 2003, o índice de demandas em que não houve acordos foi de 7,71%, fato este, que mostra um pequeno aumento, em relação ao ano anterior, no número de audiências conciliatórias fracassadas. No ano de 2004, a percentagem de ações em que não houve conciliações entre as partes, foi de 3,51%, o que significa uma considerável queda na quantidade de demandas sem acordo, comparando-se com o ano de 2003.

Verificando-se o ano de 2005, nota-se novamente queda no percentual de audiências sem acordos, tomando-se como parâmetro o ano anterior, visto que, o índice demonstrado em 2005 foi de 2,22%. Em 2006, seguindo a tendência verificada nos anos de 2004 e 2005, houve novo índice em queda, acerca das demandas sem acordo, pois o percentual verificado foi de 1,98%. A respeito dos processos em que não houve conciliação entre as partes, no ano de 2007, constata-se que o percentual registrado foi de 2,23%, registrando-se assim, um diminuto aumento em relação aos dois anos anteriores. Com relação ao ano de 2008, no período de

01 de janeiro até 31 de março, constatou-se o índice de 1,77% de audiências sem acordo, o que significa o menor índice de audiências sem sucesso no instrumento móvel de justiça em análise, desde o ano de 2001.

O outro mecanismo itinerante da Justiça, existente na Comarca de Campo Grande, é a 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito de Campo Grande, a qual detém a competência para processar e julgar as demandas cíveis que sejam advindas de colisões de trânsito.<sup>118</sup> A Justiça de Trânsito de Campo Grande faz a cobertura de acidentes de trânsito de que não resultem vítimas, mas apenas danos patrimoniais. Para que seja acionado, este mecanismo móvel de trânsito, deve uma das partes envolvida na colisão, entrar em contato com o Juizado, por meio de telefone específico. O atendimento prestado pela 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da cidade de Campo Grande, é gratuito, e é realizado diariamente, no horário que vai das 07:00 às 22:00 horas, incluindo-se também, a cobertura dos fins de semana e feriados.<sup>119</sup>

Verifica-se que a 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul, alcançou os dados que constam na tabela a seguir:

<b>Ano</b>	<b>Ações iniciadas</b>
<b>2002</b>	1129
<b>2003</b>	2089
<b>2004</b>	2441
<b>2005</b>	3400
<b>2006</b>	4092
<b>2007</b>	4202
<b>Total</b>	<b>17353</b>

**Tabela nº 5:** dados relativos às ações iniciadas na 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande, Estado do Mato Grosso do Sul, nos anos de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

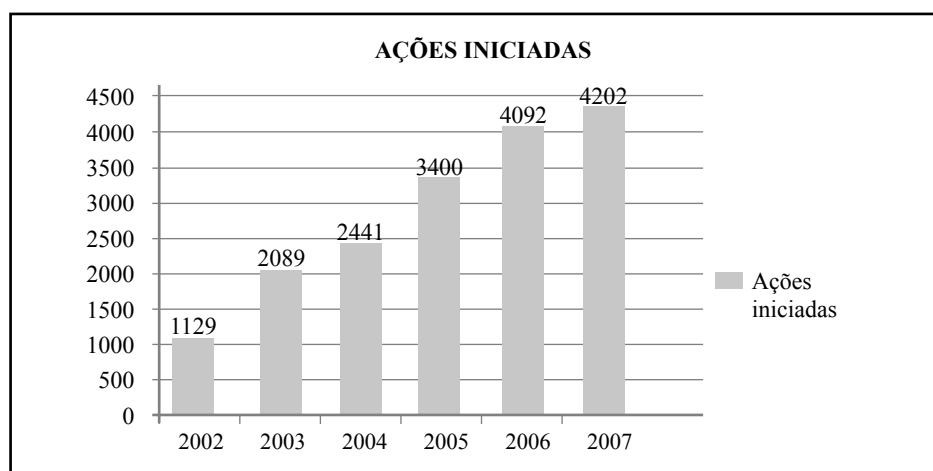
**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas\\_juizados.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas_juizados.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

Visualiza-se, a partir da tabela acima, que a 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, de Campo Grande, em Mato Grosso do Sul, alcançou uma expressiva quantidade de demandas iniciadas entres os anos de 2002 e 2007.

118. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Magistratura – Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados\\_comarcas.php](http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados_comarcas.php). Acesso em: 17 out. 2008.

119. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Consultas – Juizado de Trânsito. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/juizado\\_transito.html](http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/juizado_transito.html). Acesso em: 17 out. 2008.

As ações iniciadas no Juizado Especial de Trânsito, que atua na cidade de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul, mostram que a população local costuma procurar, de forma acentuada, os serviços desse mecanismo volante da Justiça, para com a prestação da tutela jurisdicional deste, passarem a obter soluções com relação aos conflitos que se originaram de acidentes de trânsito sem vítimas e nos quais tenha ocorrido apenas danos ao patrimônio dos envolvidos na colisão.



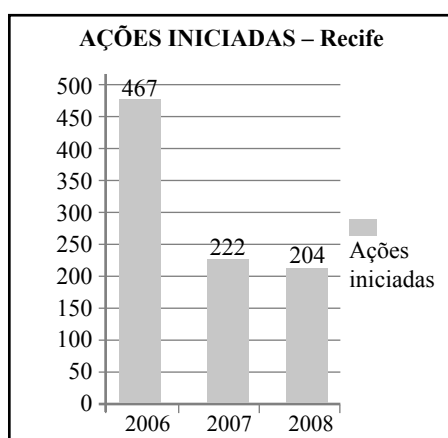
**Gráfico nº 15:** ações iniciadas na 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas\\_juizados.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas_juizados.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

Analisando-se o gráfico supra, pode-se verificar que houve um aumento gradativo, no número de ações iniciadas na 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007. O ano de 2003 obteve um significativo aumento, na quantidade de processos iniciados, em relação ao ano de 2002. Visualiza-se em 2004, novo aumento no número de ações iniciadas, com relação ao ano anterior, sendo que tal crescimento, desta vez, foi um pouco mais modesto. Já em 2005 houve o maior aumento de demandas iniciadas, de todo o período analisado, comparando-se com o ano anterior. No ano de 2006 ocorreu, mais uma vez, crescimento na quantidade de processos iniciados. Já no ano de 2007, em comparativo com o ano de 2006, houve o menor crescimento de ações iniciadas, em todo o período verificado no mecanismo pesquisado.

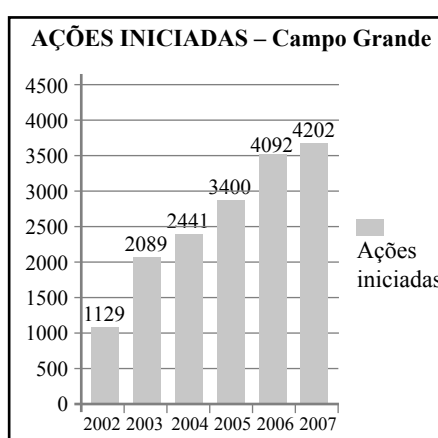
#### 4.4.2. Comparativo entre os dados relativos ao Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife e os dados relativos a 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande

Este item, da presente monografia, tem o intuito de realizar comparativos, entre os dados coletados do Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, e os números colhidos relativos à 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, localizada na cidade de Campo Grande, em Mato Grosso do Sul.



**Gráfico nº 16:** ações iniciadas no Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.



**Gráfico nº 17:** ações iniciadas na 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Disp. em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas\\_juizados.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas_juizados.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

O referido comparativo, entre estes dois mecanismos móveis da Justiça, é importante, pois, tratam-se de dois órgãos itinerantes de Poderes Judiciários estaduais, os quais possuem a competência para processar e julgar matérias idênticas, ou seja, acidentes de trânsito em que tenha havido apenas perdas patrimoniais, e nos quais não haja vítimas. Além do que, tais instrumentos volantes da Justiça, funcionam em duas cidades importantes, que são capitais de seus respectivos estados.

Primeiramente, é necessário ressaltar que o Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, começou a funcionar em 06 de outubro de 2005,<sup>120</sup> entretanto os

120. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife.

dados coletados são a partir de 01 de janeiro de 2006, tal fato se deve a que, na época de funcionamento do referido Juizado, o sistema do mesmo ainda não era informatizado e os dados que dizem respeito ao ano de 2005 não foram em sua totalidade registrados e disponibilizados.

Verifica-se também, que a 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, de Campo Grande, começou suas atividades no ano de 2002, ou seja, passou a prestar a tutela jurisdicional às pessoas que eventualmente buscassem este serviço, por terem se envolvido em acidentes de trânsito sem vítimas, três anos antes do que Juizado de Trânsito do Recife, que iniciou os seus trabalhos em outubro de 2005. Dessa forma, a população da cidade de Campo Grande começou a ter, à sua disposição, a cobertura desse tipo de serviço jurisdicional, feito pelo Juizado de Trânsito local, de forma muito anterior à população recifense, a qual até a data de 06 de outubro de 2005, não tinha a possibilidade de recorrer ao Juizado de Trânsito, para dirimir os conflitos oriundos de acidentes de trânsito, nos quais só houve danos em bens materiais.

Observa-se que, enquanto no Juizado de Trânsito do Recife, no ano de 2006, houve 467 ações iniciadas, no Juizado de Trânsito de Campo Grande, no mesmo ano, foram iniciadas 4092 demandas. Esta constatação demonstra que, na cidade de Campo Grande a procura pelos serviços do Juizado móvel de trânsito foi muito superior, do que a procura que aconteceu, com relação ao mecanismo itinerante de trânsito existente na capital pernambucana.

Em 2007, mais uma vez, o órgão itinerante de trânsito atuante na cidade de Campo Grande, tem os seus índices de ações iniciadas, em quantidade bastante superior, comparando-se com os números de demandas iniciadas, apresentados pelo Juizado de Trânsito do Recife.

Com relação ao ano de 2008, só foi possível a coleta dos dados que dizem respeito ao Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, já que, não foram disponibilizados os dados relativos à 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da cidade de Campo Grande, no supracitado ano, pelo Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul. Dessa maneira, fica impossibilitado o comparativo entre os dois mecanismos itinerantes no ano de 2008.

Com o comparativo entre os dados do Juizado de Trânsito do Recife e os números da 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito de Campo Grande, pode-se perceber que, a quantidade de ações iniciadas no mecanismo existente em Campo Grande foi muito superior ao quantitativo demonstrado no mecanismo itinerante do Recife. Tal constatação mostrou que a população de Campo Grande

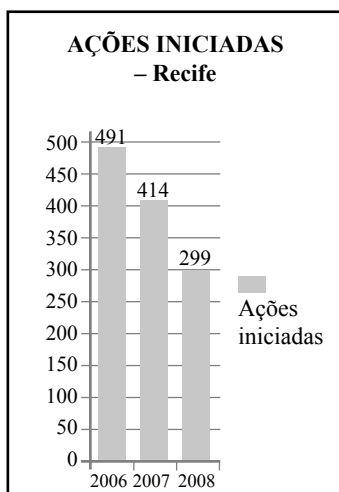
foi, durante os anos comparados, muito mais atuante com relação à procura pela resolução dos conflitos, originados de acidentes de trânsito sem vítimas, por intermédio do amparo jurisdicional do Juizado de Trânsito, do que foi a população da cidade do Recife.

Essa procura maior, demonstrada em números, da população local pelo Juizado de Trânsito de Campo Grande, fazendo-se o comparativo com a comprovada pequena procura da comunidade recifense pelo Juizado de Trânsito do Recife, demonstra também que a divulgação feita do instrumento itinerante de trânsito de Campo Grande é bem mais ampla e eficaz do que a que é realizada sobre o Juizado de Trânsito do Recife. Na cidade do Recife, poucas pessoas procuram os serviços do Juizado Especial Cível de Trânsito, por desconhecerem a sua existência e a sua forma de atuação.<sup>121</sup>

#### ***4.4.3. Comparativo dos dados da Justiça Itinerante permanente do Recife, com os dados da Justiça Itinerante permanente de Campo Grande, no Estado do Mato Grosso do Sul***

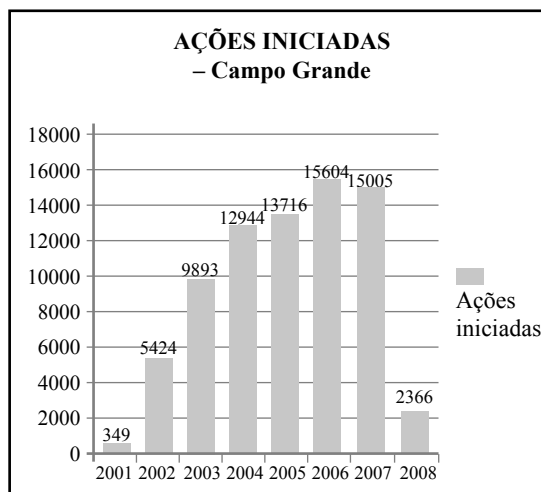
O comparativo entre os órgãos permanentes da Justiça Itinerante, que atuam na cidade do Recife e os instrumentos permanentes da Justiça Itinerante da cidade de Campo Grande, possui o intuito de revelar pontos importantes da atuação da Justiça volante nas duas cidades, assim como, de visualizar as diferenças, os aspectos que podem ser melhorados, bem como de que forma poderiam ser concretizadas tais melhorias.

121. LIMA, Ana Cristina. Justiça Móvel de Trânsito. *Jornal do Commercio*. Veículos. Recife, 06 de abr. 2008. p. 45-46.



**Gráfico nº 18:** ações iniciadas no Juizado Especial Civil de Trânsito do Recife, nos anos de 2006, 2007 e 2008, e no I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, na esfera cível e criminal, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, e pela Secretaria do I Juizado do Torcedor do Estado de Pernambuco.



**Gráfico nº 19:** ações iniciadas na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008, e na 9ª Vara do Juizado Especial – Justiça de Trânsito, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica\\_itinerante.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica_itinerante.pdf), e [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas\\_juizados.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/estatisticas_juizados.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

Assim, pode-se afirmar que o comparativo das demandas iniciadas nos instrumentos itinerantes permanentes do Recife, com os instrumentos itinerantes estáveis de Campo Grande, visa dar impulso à observação de características próprias de tais mecanismos, em cada uma das localidades. Além disso, busca analisar a forma como as diferentes populações são atendidas pelos Juizados Itinerantes, em cada cidade, bem como, procura verificar de que maneira os habitantes desses dois lugares mantêm sua relação, com os referidos instrumentos itinerantes da Justiça e, por fim, as causas e consequências desse relacionamento entre os Juizados Itinerantes e as populações do Recife e de Campo Grande.

A Justiça Itinerante permanente, na cidade de Campo Grande, teve os seus trabalhos iniciados no ano de 2001, com a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária de Campo Grande, enquanto que no Recife, as atividades itinerantes permanentes da Justiça só vieram a acontecer, a partir do dia 06 de

outubro de 2005,<sup>122</sup> com o início do funcionamento do Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife.

Isso demonstra, que os habitantes da cidade de Campo Grande, tiveram quatro anos a mais de cobertura dos serviços itinerantes da Justiça, do que a população da cidade do Recife. Ou seja, já entre os anos de 2001 e 2004, os moradores de Campo Grande podiam contar com a cobertura de mecanismos itinerantes do Judiciário, o que não acontecia com a população residente na capital pernambucana, que só veio a dispor de tais mecanismos, no final do ano de 2005.

Deve-se frisar ainda que, os mecanismos permanentes da Justiça Itinerante de Campo Grande, possuem competência para atuar em causas cíveis, criminais, e naquelas que envolvam direito das sucessões, de família e de estado e capacidade das pessoas.<sup>123</sup> Já com relação aos órgãos permanentes da Justiça volante do Recife, constata-se que esses possuem competência apenas para processar e julgar causas cíveis e criminais. Tais constatações permitem que se visualize uma discrepância muito grande no que diz respeito à cobertura que é prestada à população do Recife, pelos órgãos da Justiça Itinerante atuantes na cidade, com relação à cobertura que é dada aos habitantes de Campo Grande, pelos mecanismos itinerantes do Judiciário sul-mato-grossense, que atuam naquela capital.

Verificando-se os números relativos às ações iniciadas, nos órgãos itinerantes do Recife e de Campo Grande, constata-se uma grande diferença na quantidade de demandas iniciadas nas duas cidades. Nos mecanismos itinerantes de Campo Grande, o número de processos é muito superior ao número de demandas existentes nos instrumentos itinerantes do Recife. Tais números refletem a restrita abrangência que é proporcionada pelos Juizados Itinerantes do Recife, assim como, a pequena quantidade de Juizados móveis atuando na capital de Pernambuco. Além disso, esse comparativo torna evidente, que a grande quantidade de ações visualizadas nos órgãos itinerantes de Campo Grande, se deve, principalmente, à vasta competência de cobertura que os mesmos possuem, bem como, porque tais órgãos móveis se inserem nas

122. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. Dados fornecidos pela Secretaria do Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife.

123. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Magistratura – Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados\\_comarcas.php](http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados_comarcas.php). Acesso em: 17 out. 2008.



comunidades pobres, por meio de ônibus do Judiciário local,<sup>124</sup> diferentemente do que acontece no Recife.

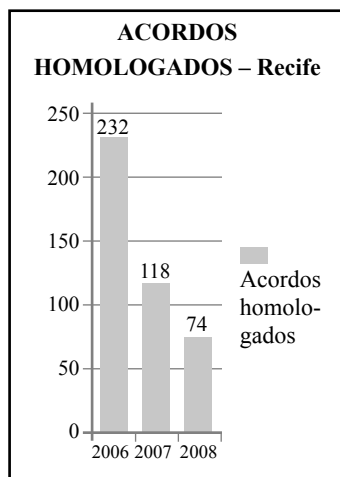
Outros pontos que ficam demonstrados, com a análise dos supracitados dados, são a falta de uma divulgação eficaz, com relação aos instrumentos da Justiça Itinerante do Recife<sup>125</sup> e, o aparente bom trabalho de divulgação feito sobre os mecanismos itinerantes do Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul, que atuam em Campo Grande.

O percentual de acordos homologados por um Juizado Especial Itinerante, traduz se esse órgão do Judiciário está conseguindo promover soluções céleres para os conflitos, os quais possui a competência para processar e julgar. É evidente que o número de conciliações vai depender da vontade das partes envolvidas e da natureza das ações. Entretanto, se os mecanismos móveis da Justiça alcançam bons índices de acordos homologados, fica visível que estão cumprindo com alguns dos seus objetivos principais, como o de solucionar conflitos de maneira rápida e de forma desburocratizada.

É necessário fazer-se a ressalva de que, nos dados a serem comparados, a seguir, estão sendo apenas levados em consideração os acordos homologados nas ações cíveis, que tramitaram ou ainda tramitam, nos órgãos permanentes da Justiça móvel do Recife. Assim, com relação ao I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, que possui competência cível e criminal, só serão analisados e comparados os dados que dizem respeito à parte cível, já que não foi possível a realização da coleta dos números de transações penais deste Juizado, face à falta de informatização dos dados estatísticos do referido mecanismo, como também, devido aos limites temporais para a conclusão do presente trabalho.

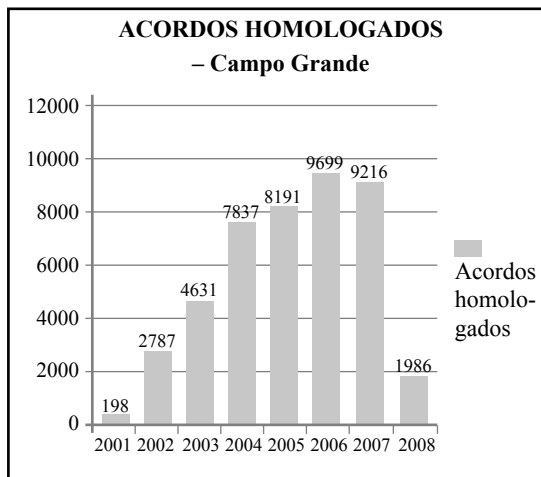
124. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Justiça Itinerante. Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/./projetos/unidade.html&cod=1>. Acesso em: 17 out. 2008.

125. LIMA, Ana Cristina. Justiça Móvel de Trânsito. *Jornal do Commercio*. Veículos. Recife, 06 de abr. 2008. p. 45-46.



**Gráfico nº 20:** acordos homologados no Juizado Especial Cível de Trânsito do Recife, e nas ações cíveis do I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, nos anos de 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pela Coordenadoria dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, e pela Secretaria do I Juizado do Torcedor do Estado de Pernambuco.



**Gráfico nº 21:** acordos homologados na 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária, da Comarca de Campo Grande, no Estado de Mato Grosso do Sul, nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008.

**Fonte:** elaboração dos autores, com base em dados fornecidos pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica\\_itinerante.pdf](http://www.tjms.jus.br/juizados/pdf/justica_itinerante.pdf). Acesso em: 17 out. 2008.

Fazendo-se a comparação, entre os gráficos acima, pode-se verificar que o número de acordos homologados pela Justiça Itinerante permanente do Recife foi muito inferior, ao quantitativo alcançado pelos Juizados itinerantes de Campo Grande.

Observa-se que no ano de 2006, o percentual de acordos homologados, no âmbito cível, pela Justiça Itinerante do Recife foi de 49,36%, enquanto que, no mesmo ano, a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante e Comunitária de Campo Grande, conseguiu o índice de 84,25% de homologação de acordos. Em 2007, a Justiça Itinerante permanente do Recife, em sua esfera cível, obteve o índice de 49,57% de conciliações, já em contrapartida, a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante de Campo Grande alcançou o percentual de 85,30% de acordos homologados. Por fim, no ano de 2008, a percentagem de conciliações obtidas na parte cível, pelos instrumentos móveis da Justiça, no Recife, foi de 35,23%, considerando-se até o dia 23 de outubro de 2008. Neste mesmo ano, em Campo Grande, o percentual alcançado pelos órgãos da Justiça Itinerante local, foi de 83,93%.

Essa grande diferença, no percentual, verificada de maneira proporcional, dos acordos homologados, entre os órgãos permanentes da Justiça Itinerante do Recife e de Campo Grande, demonstra uma maior tendência, da população da capital sul-matogrossense, em realizar conciliações para a resolução das demandas, nas quais estão envolvidos, em comparação com a população da capital pernambucana. Outra característica que ficou bastante evidente, foi a de que os instrumentos itinerantes da Justiça, atuantes em Campo Grande, foram mais eficazes, do que os mecanismos dessa natureza em atuação no Recife, no sentido de obterem soluções para os conflitos de maneira célere e pacífica, por meio de bons índices de homologação de acordos.

Assim, torna-se notória a constatação de que os números apresentados pela Justiça Itinerante permanente de Campo Grande, são bem superiores, tanto em quantidade de ações, quanto em índices de acordos homologados, do que os números demonstrados pela Justiça Itinerante permanente do Recife.

Tais índices e dados tão discrepantes, entre a Justiça volante permanente do Recife e de Campo Grande, devem-se muito, ao restrito número de Juizados Itinerantes *permanentes* em atuação no Recife, os quais são apenas dois; à competência restrita destes órgãos, que se limita a mera parcela das pretensões cíveis e criminais; e, por fim, ao insuficiente aparato que é dado pelo Estado para o desenvolvimento da Justiça móvel permanente na cidade. Em contraponto, a Justiça Itinerante permanente de Campo Grande, possui competência para processar e julgar matérias das áreas cível, criminal, relativas à direito de família, direito das sucessões e de estado e capacidade das pessoas, além de estarem, quase que diariamente, em contato com as comunidades carentes da cidade, por intermédio de visitas constantes.<sup>126</sup>

Por outro lado, visualiza-se que, na cidade do Recife, existe o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco, o qual possui competência para processar e julgar causas cíveis e criminais, que tenham sua origem nos eventos esportivos de grande porte, realizados na capital pernambucana, sobretudo nos jogos de futebol.<sup>127</sup> Verifica-se também, que na cidade de Campo Grande, não existe tal mecanismo específico para a cobertura jurisdicional do cidadão que frequenta estádios e arenas esportivas.

126. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Consultas – Justiça Itinerante. Disponível em: [http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/justica\\_itinerante.html](http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/justica_itinerante.html). Acesso em: 17 out. 2008.

127. PERNAMBUCO, Resolução nº 196, de 22 de maio de 2006. Institui o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco. Diário Oficial do Estado de Pernambuco - Poder Judiciário Estadual. Recife, nº 96, 25 de mai. de 2006. p. 3-4, Seção – I.

Através desta constatação, pode-se afirmar que o Poder Judiciário de Pernambuco adotou uma importante medida, ao instituir o Juizado Especial Itinerante do Torcedor, na Comarca do Recife, aumentando dessa forma, a garantia da segurança do cidadão que frequenta as arenas esportivas e os seus arredores. Além disso, constata-se que, em Campo Grande, não existe um mecanismo itinerante específico, que preste o serviço de cobertura jurisdicional, ao cidadão que frequenta eventos esportivos de grande porte, como é o caso das partidas de futebol. Assim, o Judiciário pernambucano está à frente do Judiciário sul-mato-grossense, no que diz respeito à prestação da cobertura da tutela jurisdicional, para a população que frequenta eventos esportivos na capital do Estado.

Fica claro que uma cidade como o Recife, com todas as suas disparidades sociais, seus altos índices de violência e de exclusão social, necessita de mais mecanismos itinerantes permanentes da Justiça, os quais atuem e prestem a tutela jurisdicional às causas relativas a todas as áreas do Direito e, não apenas, nos âmbitos cível e criminal.

Dessa forma, devem os legisladores do Estado de Pernambuco e os integrantes do Poder Judiciário local, ter uma maior atenção em relação às pessoas que necessitam da tutela jurisdicional do Estado para resolverem seus conflitos, mas não dispõem de condições financeiras até para, em muitos casos, pagarem a passagem do transporte público que as levará a um Juizado Especial comum, ou mesmo a um Fórum e, muitos menos, possuem tais condições para ingressarem na Justiça comum. E, assim, a opção mais viável para que indivíduos que vivem na linha da pobreza, ou abaixo desta, os quais representam grande parte da população recifense, tenham a possibilidade de dar entrada em uma ação no Judiciário, é por meio de um Juizado Especial Itinerante, o qual estará próximo à sua residência, e não lhe causará nenhum ônus financeiro, fazendo com que, verdadeiramente, essas pessoas possam ter o devido acesso à justiça.

## CONCLUSÕES

O acesso a um Judiciário digno e igualitário, para todos os componentes de uma sociedade, a qual se estabelece sob a égide de um regime democrático de direito, é uma meta ainda a ser alcançada pelo Poder Judiciário brasileiro. Verifica-se que o sistema jurídico, em qualquer localidade na qual esteja instalado, deve cumprir o papel de prestar suporte para que os indivíduos possam requerer seus direitos, ou solucionar seus conflitos sob o patrocínio do Estado.

O sistema jurídico ideal deve possuir a característica de ser acessível, de maneira igual, para todos os cidadãos e deve gerar conseqüências, individual e

coletivamente eqüitativas. A justiça social só será atingida, quando, ao mesmo tempo, também for obtido o acesso efetivo à proteção judicial dos direitos.

Há muito tempo se verifica no Brasil um quadro de exclusão de grande parcela da população, no que diz respeito ao direito de ingressar em juízo, com o intuito de dirimir um conflito. Os obstáculos para as pessoas de baixa renda que desejam solicitar os serviços do Poder Judiciário, em busca da tutela jurisdicional do Estado, com o intuito de solucionarem suas questões controversas, são muitos e perpassam desde a falta de recursos financeiros para custearem um advogado; para satisfazerem as custas processuais; chegando até mesmo, a falta de pecúnia para pagarem a passagem do transporte público, o qual eventualmente os levará até os fóruns ou tribunais, visando à participação em audiências, ou qualquer outro ato ou diligência relativa ao processo.

Os Juizados Especiais cíveis e criminais, instituídos no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Territórios, através da Lei nº 9.099/95, são mecanismos da Justiça, criados pelo legislador, com o intuito de buscar soluções, tanto para a crescente e exorbitante quantidade de demandas que abarrotam a Justiça comum no Brasil, como para resolver o problema da falta de amparo do Estado ao cidadão que possui um baixo poderio financeiro e, conseqüentemente, não tem condições de ingressar na Justiça comum para resolver seus conflitos.

Entretanto, com o passar de alguns anos da sua criação, foi constatado que, da forma como se encontravam os Juizados Especiais, também abarrotados de processos, e não mais conseguindo colocar em prática com presteza, os seus critérios criadores, que são os da: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que for possível, promover a conciliação ou transação entre as partes, estes não poderiam mais sozinhos procurar resolver as supracitadas questões. Era necessária a criação de outros instrumentos que pudessem auxiliá-lo nessas difíceis tarefas, e, primordialmente, tornarem o acesso ao Judiciário das pessoas economicamente desfavorecidas realmente possível, bem como, que tal ingresso se desse com qualidade.

Foi a partir dessas visualizações que surgiu, pioneiramente no Brasil, a Justiça Itinerante. Primeiramente o mecanismo itinerante da Justiça começou de forma experimental, em alguns Estados membros da Federação, por intermédio de atos administrativos baixados pelos presidentes dos Tribunais de Justiça, baseados no artigo 94, da Lei nº 9.099/95. Posteriormente, o instituto itinerante da Justiça foi previsto expressamente nos artigos 107, § 2º; 115, § 1º; e 125, § 7º, da Emenda Constitucional nº 45/04.

Em Pernambuco, no entanto, constata-se que o instituto da Justiça Itinerante funciona ainda de maneira tímida. Verifica-se que, no Estado, existem apenas dois mecanismos permanentes da Justiça móvel, todos estes localizados na capital. O interior do Estado, região bastante carente e na qual grande parte dos seus habitantes não possui a chance de dispor do Poder Judiciário para solucionar seus conflitos, só recebe a visita esporádica e, de forma rápida, dos Juizados Especiais Itinerantes sazonais, os quais são instituídos e designados pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, em algumas épocas do ano e sempre para cidades interioranas diferentes.

Dessa forma, os indivíduos residentes no interior pernambucano, possuem uma cobertura esporádica e fugaz do mecanismo itinerante da Justiça. Verificados tais pontos, constata-se que a cobertura prestada, sazonalmente, às cidades do interior do Estado de Pernambuco, pela Justiça volante, é falha. A explicação para tal constatação se fundamenta, na extrema necessidade que possui a maioria da população, que vive nos municípios interioranos, de uma cobertura permanente de órgãos do Judiciário, e não apenas temporária. Essa grande necessidade de instalação de órgãos itinerantes permanentes, ocorre devido ao vultoso número de pessoas economicamente desfavorecidas residentes nessa região, bem como, face à falta de fóruns e Juizados Especiais em muitas comarcas do interior de Pernambuco.

Então, verificadas tais questões sobre os Juizados Itinerantes, percebe-se que as cidades localizadas no interior de Pernambuco, merecem uma maior atenção, por parte do Poder Judiciário estadual, com a instalação de Juizados Itinerantes permanentes, assim como, de Câmaras regionais permanentes, para que possa haver a cobertura dos direitos individuais e coletivos, daqueles que residem nessas cidades interioranas, sobretudo os mais pobres. Com a instalação de Juizados Itinerantes fixos e Câmaras regionais permanentes, nas maiores cidades interioranas de Pernambuco, a coletividade local, e de cidades vizinhas, estaria tendo a cobertura do Judiciário estadual em todos os graus de jurisdição.

Já na cidade do Recife, mesmo havendo Juizados Itinerantes de caráter permanente, em funcionamento, observa-se que o número desses ainda é bastante reduzido, pois são dois, assim como as suas áreas de atuação, que se limita a parte cível e criminal. Recife é uma metrópole regional, possui uma grande população e também possui bastante desigualdade social e pobreza. Dessa maneira, a cidade tem como seus habitantes uma grande quantidade de pessoas economicamente desfavorecidas, as quais não possuem condições de ingressar com uma demanda na Justiça comum, e, com as pautas de audiência dos Juizados Especiais já totalmente abarrotadas, a população recifense necessita de soluções para a obtenção do efetivo acesso à justiça para todos.

Quando comparamos os órgãos da Justiça Itinerante atuantes no Recife, com os mecanismos da Justiça Itinerante que atuam em Campo Grande, conseguimos visualizar a real dimensão de como o instituto vem sendo esquecido pelo Poder Público pernambucano. Campo Grande não possui as mesmas dimensões populacionais que a cidade do Recife, não tem índices de desigualdade elevados, como os da capital pernambucana, nem se encontra em uma região com tantas dificuldades econômicas e financeiras como o Nordeste brasileiro. Mas, mesmo assim, os números apresentados pelos órgãos da Justiça Itinerante que funcionam na capital sul-mato-grossense, são muito mais significativos, do que os dados apresentados pelos órgãos da Justiça móvel em atuação no Recife.

Além de números mais relevantes, os mecanismos da Justiça Itinerante de Campo Grande possuem competência de atuação que englobam as esferas cíveis gerais, a criminal, bem como as relativas a direito das sucessões, as que dizem respeito a direito de família e as pertinentes a estado e capacidade das pessoas, ou seja, a Justiça Itinerante atuante em Campo Grande, ao ampliar sua competência para questões do dia a dia, cumpre os objetivos que motivaram a criação dos Juizados Itinerantes, dando suporte à população local, diferentemente do que vem ocorrendo no Recife.

Na justiça volante de Campo Grande, também existe um órgão cuja função é tratar de conflitos que se originem devido a colisões de trânsito, apenas com danos patrimoniais, da mesma forma como existe no Recife, sendo que o Juizado de Trânsito da capital sul-mato-grossense, também possui dados estatísticos notadamente mais expressivos, do que o mecanismo volante permanente de trânsito recifense.

Um ponto positivo na Justiça Itinerante do Recife, comparando-se com à Justiça móvel de Campo Grande, é dispor de um Juizado específico para tratar de conflitos que envolvam o torcedor que frequenta os estádios recifenses, o que não acontece na capital do Mato Grosso do Sul. Apesar de ter atuação restrita, este Juizado traz mais segurança ao cidadão que frequenta um ambiente conturbado, como é o caso das praças esportivas brasileiras.

Após a análise de todos os dados colhidos, denota-se que a situação de desvalorização da Justiça Itinerante no Estado de Pernambuco e, principalmente, na cidade do Recife, que apresenta alto índice de pobreza, deve ser mudada. Os componentes dos três Poderes, sobretudo os integrantes do Poder Judiciário, devem buscar instituir um maior número de Juizados Itinerantes, no âmbito da cidade do Recife, estes, com competências mais abrangentes e não apenas só com matérias específicas e limitadas, como é o caso dos mecanismos itinerantes que hoje operam na Comarca do Recife.

A capital pernambucana é uma cidade com alto percentual de miséria e desigualdade social, com boa parte de sua população sem ter direito a receber a tutela jurisdicional do Estado, por não possuir condições financeiras para tal. Dessa forma, é imprescindível, oferecer acesso à justiça digno para todos, resgatando a auto-estima do cidadão e recuperando a credibilidade do Poder Judiciário perante todas as camadas da sociedade.

Portanto, é imperioso que sejam estabelecidos na cidade do Recife, um maior número de Juizados Itinerantes, com competência de atuação em diversas esferas do direito e, que esses instrumentos se desloquem para dentro das comunidades carentes, das favelas, para junto das pessoas pobres que, na prática, não possuem o efetivo acesso à tutela jurisdicional do Estado. Então, a partir da criação de novos órgãos itinerantes do Judiciário na cidade, os quais possuam uma vasta competência de atuação, será prestada a tutela jurisdicional para tais indivíduos.

Assim, ao concretizar a efetiva aproximação entre os mecanismos itinerantes da Justiça e o cidadão carente que habita o Recife, o Estado estará buscando de maneira real cumprir a suas funções de fazer com que seja o Judiciário acessível a todos os cidadãos, pobres ou ricos e de tentar proporcionar igualdade de direitos e garantias para todas as pessoas.

Por fim, torna-se necessária também, a criação de instrumentos inovadores no Judiciário, bem como, a aprovação de novas reformas no sistema processual em vigor no país, que possuam o objetivo de auxiliar os Juizados Especiais e os Juizados Itinerantes na árdua missão de levar o acesso à justiça com qualidade para todas as camadas da população.

## REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura (Coord.). **Comentários à Reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2005. 337 p.
- ALMEIDA, Jorge Luiz De (Coord.). **A Reforma do Poder Judiciário: uma abordagem sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. Campinas. Ed. Millennium. 2006. 262 p.
- AZKOUL, Marco Antonio. **Justiça Itinerante**. São Paulo. Ed. Juarez de Oliveira. 2006. 175 p.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. Rio de Janeiro. Renovar. 2001. 285 p.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais - Uma Abordagem Crítica**. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008. 292 p.



- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris. 1988. 168 p.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça - Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública - Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2007. 275 p.
- CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba. Juruá, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **As Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo. Malheiros Editores. 2005. 815 p.
- \_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo. Malheiros Editores. 2008. 400 p.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2005. 111 p.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). **Dimensões do Acesso à Justiça**. Salvador. Ed. JusPodivm. 2008, 271 p.
- HORCAIO, Ivan. **Dicionário Jurídico Referenciado**. São Paulo. Primeira Impressão. 2008. 877 p.
- LIMA, Ana Cristina. Justiça Móvel de Trânsito. **Jornal do Comércio**. Veículos. Recife, 06 de abr. 2008. p. 45-46.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor. 2003. 351 p.
- MARQUES, Erik Macedo. **Acesso à Justiça: estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo**. 2006. 89 p. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-144857//>>. Acesso em: 12 set. 2008.
- PINI, Sueli Pereira. Programa “Justiça Preventiva”. In: V MOSTRA NACIONAL DE TRABALHOS DA QUALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. 2003, Macapá, AP. **Anais...** Macapá, 2003. 15 p. Disponível em: <[http://www.tj.se.gov.br/VIIImostrada-qualidade/trabalhos\\_antteriores/cd/Pdfs/Trabalho%2084.pdf](http://www.tj.se.gov.br/VIIImostrada-qualidade/trabalhos_antteriores/cd/Pdfs/Trabalho%2084.pdf)> Acesso em: 03/10/08.
- SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário Jurídico**. Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 9ª ed. Ed. Forense Universitária. 2004. 913 p.
- SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis Anotada: doutrina e jurisprudência dos 27 Estados da Federação**. São Paulo. 3ª ed. Ed. Saraiva. 2003. 258 p.
- SINHORETTO, Jacqueline. **Ir aonde o povo está: etnografia de uma reforma da Justiça**. 2006. 418 p. Tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas,

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-25052007-144857//>>. Acesso em: 13 set. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do Judiciário no Brasil pós-88: (des)estruturando a Justiça - Comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04.** São Paulo. Ed. Saraiva. 2005. 196 p.

TOURINHO, Fernando da Costa Neto; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: comentários à Lei 9.099/1995.** São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2006. 861 p.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. **Judiciário, Juizados Especiais Cíveis, Localização e Funcionamento.** Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/judiciario/juizados/jecivel\\_lfuncionamento.shtml](http://www.tjpe.jus.br/judiciario/juizados/jecivel_lfuncionamento.shtml)>. Acesso em: 17 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Juizado do Torcedor combaterá violência nos estádios.** Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4004&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4004&argumento=Juizado%20do%20Torcedor)>. Acesso em: 20 out. 2008

\_\_\_\_\_. **Juizado do Torcedor entra em campo.** Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4046&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4046&argumento=Juizado%20do%20Torcedor)>. Acesso em: 22 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Juizado do Torcedor - Juizes conhecem experiência européia.** Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/ver\\_noticia.asp?id=4784&argumento=Juizado%20do%20Torcedor](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=4784&argumento=Juizado%20do%20Torcedor)>. Acesso em: 20 out. 2008.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. **Consultas – Juizado de Trânsito.** Disponível em: <[http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/juizado\\_transito.html](http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/juizado_transito.html)>. Acesso em: 17 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Consultas – Justiça Itinerante.** Disponível em: <[http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/justica\\_itinerante.html](http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/justica_itinerante.html)>. Acesso em: 17 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Justiça Itinerante.** Disponível em: <http://www.tjms.jus.br/conteudo.php?pg=consultas/./projetos/unidade.html&cod=1>. Acesso em: 17 out. 2008.

\_\_\_\_\_. **Magistratura – Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais.** Disponível em: <[http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados\\_comarcas.php](http://www.tjms.jus.br/juizados/juizados_comarcas.php)>. Acesso em: 17 out. 2008.

## ANEXOS

### ANEXO 1 - Lei Complementar Nº 076, de 04 de julho de 2005

Dispõe sobre a criação do Juizado de Trânsito, e determina providências pertinentes.

### **O GOVERNADOR DO ESTADO DE PERNAMBUCO:**

Faço saber que a Assembléia Legislativa decretou e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

**Art. 1º** Fica instituído na Comarca da Capital o Juizado de Trânsito, como unidade judiciária especial móvel, sob supervisão e orientação da Coordenadoria dos Juizados Especiais.

§ 1º O Juizado irá dispor de veículos apropriados, adaptados para a prestação dos serviços cartorários e para a realização de audiências imediatamente após a ocorrência de acidentes entre veículos.

§ 2º As equipes das unidades móveis serão compostas de:

- I – 1 (um) Mediador;
- II – 1 (um) Oficial de Justiça/Avaliador;
- III – 1 (um) Assistente/Técnico Judiciário;
- IV – 1 (um) Policial Militar;
- V – 1 (um) Motorista.

**Art. 2º** Compete ao Juizado de Trânsito o atendimento dos conflitos decorrentes de acidentes entre veículos, onde haja, exclusivamente, danos materiais.

**Art. 3º** O Juizado de Trânsito não atuará nos casos de:

- I – Acidentes de trânsito com vítimas fatais ou com lesões graves;
- II – Acidentes cujo dano seja superior ao valor de alçada dos juizados especiais;
- III – Acidentes envolvendo veículos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados e dos Municípios.

**Art. 4º** A evasão de qualquer das partes não impedirá o atendimento pela unidade móvel do Juizado.

**Art. 5º** As unidades móveis atenderão a chamados de acidentes ocorridos de segunda a sexta-feira, no período de 07:00 às 19:00 horas, nas localidades especificadas pela Administração, observando-se as zonas de maior ocorrência de acidentes.

**Art. 6º** Ficam estabelecidos os seguintes procedimentos para o atendimento através das unidades móveis do Juizado:

- I - A equipe do Juizado se deslocará ao local em caso de acidente que resulte apenas danos materiais, sem óbito ou lesões de natureza grave;
- II - O Oficial de Justiça Avaliador avaliará os danos materiais provocados pela colisão dos veículos, especificando a situação encontrada e identificando as partes envolvidas;
- III - Será realizada audiência no local do acidente por Mediador, que tentará, através de acordo, a solução imediata do conflito;
- IV - Havendo acordo, será lavrado termo e coletadas as assinaturas dos acordantes;

V - O termo de acordo e a documentação a ele acostada serão remetidos pelo Mediador ao Juiz de Direito, no prazo de 24 horas, para a devida homologação;

VI - Não havendo acordo, serão coletadas de imediato as provas necessárias para a lavratura de um Termo de Reclamação devidamente assinado pela(s) parte(s) inconformada(s), e será marcada a audiência de instrução e julgamento, ficando as partes já intimadas;

VII - A documentação será remetida ao Juizado, no prazo de 24 horas, para a devida autuação, tombamento e designação da audiência de instrução e julgamento.

**Art. 7º** Fica criada a função de Mediador, que será atribuída a servidores Bacharéis em Direito, designados pela Presidência do Tribunal.

Parágrafo único. Aos servidores que desempenharem a função de Mediador será concedida a Função Gerencial Judiciária, Sigla FGJ-1.

**Art. 8º** As despesas decorrentes da aplicação desta Lei Complementar serão realizadas mediante dotação orçamentária própria.

**Art. 9º** Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 10.** Revogam-se as disposições em contrário.

Palácio do Campo das Princesas, em 04 de julho de 2005.

*JARBAS DE ANDRADE VASCONCELOS*  
Governador do Estado

## **ANEXO 2 – Resolução Nº 196/2006, de 22 de maio de 2006**

### **Ementa: institui o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco.**

A CORTE ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO, no uso de suas atribuições regimentais, e com fundamento no disposto no artigo 3º da Lei Estadual nº 11.279, 28 de novembro de 1995, e das Leis Federais nºs 9.099/95 e 10.671/2003,

#### **CONSIDERANDO**

I – ser dever institucional do Poder Judiciário procurar, nos limites das suas atribuições constitucionais, alternativas na política judiciária que combatam a violência urbana, em especial nos espaços públicos destinados as práticas desportivas e tornem a Justiça acessível a todos;

II – que o direito ao lazer proporcionado pelos espetáculos desportivos em geral e, especialmente, pelos jogos de futebol, merece, em nossa cultura, redobrada atenção dos poderes públicos, sobretudo no que atine à segurança e à comodidade das praças desportivas;

III – que a eficácia da lei federal denominada “Estatuto do Torcedor” somente será atingida com a criação de instrumentos e mecanismos jurídicos adequados à especificidade

da demanda, a qual, pela sua complexidade, implica na adoção de medidas que, inclusive, extrapolam os limites de competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais,

RESOLVE baixar a seguinte Resolução:

**Art. 1º** Instituir o I Juizado Especial do Torcedor do Estado de Pernambuco – JETEP, como unidade judiciária itinerante da Comarca da Capital.

Parágrafo único. O JETEP tem sede permanente nas dependências no térreo do Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley, onde funcionará no turno da tarde, sem prejuízo, eventualmente, de seu deslocamento para os locais de realização das atividades desportivas no âmbito de sua jurisdição.

**Art. 2º** Compete ao JETEP, processar e julgar as causas cíveis e criminais de menor complexidade e de menor potencial ofensivo, assim definidas na Lei nº 9.099/95, decorrentes dos conflitos surgidos durante as atividades desportivas de grande porte, assim consideradas pela Coordenadoria dos Juizados Especiais, ocorridos no início ou no término dos jogos, até o raio de 5 km do local de sua realização, nos termos da Lei Federal nº 10.671/2003.

**Art. 3º** O Juizado Especial do Torcedor funcionará em regime de plantão judiciário quando as atividades desportivas ocorrerem nos feriados, finais de semana ou, nos dias úteis, no horário noturno, a partir das 18 horas.

Parágrafo único. Durante o plantão, ao Juizado Especial do Torcedor compete também conhecer e decidir sobre o pedido de medidas cautelares e antecipatórias de natureza cível ou criminal, bem como as pertinentes ao Juízo da Infância e Juventude, desde que no âmbito de sua competência e jurisdição.

**Art. 4º** Fora de sua sede permanente, o Juizado Especial do Torcedor funcionará em instalações do próprio local do evento, cuja sessão será da responsabilidade da entidade interessada no seu funcionamento.

Parágrafo único. Na falta de instalações adequadas, ou não havendo cessão pela entidade interessada, o JETEP funcionará, próximo ao local do evento, em Unidade Móvel do Poder Judiciário equipada para esse fim.

**Art. 5º** O Tribunal de Justiça dotará JETEP da seguinte estrutura, por designação do seu Presidente:

I – Juiz togado que, além do exercício da jurisdição plena junto ao JETEP, atuará como o seu Coordenador;

II – Juiz leigo que atuará nos limites definidos pela Lei nº 9.099/95, como auxiliar do Juiz togado;

III – Secretário, conciliador ou mediador;

IV – Voluntários recrutados nos termos da Resolução nº 191/2006 do Tribunal de Justiça;

V – Juízes plantonistas, nos termos do artigo 3º, desta Resolução.

**Art. 6º** O Tribunal de Justiça poderá firmar convênios com entidades desportivas ou organizadoras das competições ou eventos dessa natureza, visando à efetivação desta Resolução.

**Art. 7º** A Coordenadoria dos Juizados Especiais, mediante portaria, disciplinará o disposto nesta Resolução.

**Art. 8º** Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

**Art. 9º** Revogam-se as disposições em contrário.

Sala das Sessões, 22 de maio de 2006.

*DES. FAUSTO VALENÇA DE FREITAS*  
Presidente do TJPE

(Aprovada, à unanimidade, na Sessão Ordinária da Corte Especial realizada no dia 22.05.2006)

## X

# PARCELAMENTO DO DÉBITO DO ART. 745-A DO CPC: NATUREZA JURÍDICA E AS POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS

*Beclaute Oliveira Silva*

Mestre em Direito (UFAL), Doutorando em Direito (UFPE).  
Membro do IBDP. Professor de Direito Processual da FDA/  
UFAL. Serventuário da Justiça Federal.

“Eu não espero pelo dia em que todos os homens concordem.

Apenas sei de diversas harmonias bonitas possíveis sem juízo final.

Alguma coisa está fora da ordem.

Fora da nova ordem mundial”.

– Caetano Veloso (Fora da Ordem)

**RESUMO:** Este artigo tem por objetivo analisar a repercussão do direito ao pagamento parcelado do débito instituído pelo art. 745-A do CPC no âmbito do direito material e do direito formal. Pretende-se demonstrar as diversas formas de sua utilização.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito ao pagamento parcelado do débito. Art. 745-A do CPC. Natureza jurídica. Segurança jurídica. Efetividade. Aplicação do instituto.

**ABSTRACT:** This paper has as objective to analyze the repercussion from the right to the parceled out payment of the debit instituted by the art. 745-A of the CPC in the extent of the material law and of the formal law. It intends to demonstrate the several forms of its use.

**KEYWORDS:** Right to the parceled out payment of the debit. Art. 745-A of the CPC. Juridical nature. Juridical safety. Effectiveness. Application of the institute.

**SUMÁRIO:** Introdução – 1. Natureza jurídica – 2. Repercussão no direito material – 3. Aplicabilidade no tempo da regra que inseriu o direito ao parcelamento – 4. Aplicabilidade ante ao título executivo judicial – 5. Sanção pelo descumprimento – 6. Exercício da pretensão ao parcelamento – 7. Parcelamento parcial da dívida – 8. Parcelamento e a fazenda pública – 9. Ato decisório sobre o parcelamento e as suas consequências – 10. Conclusão – 11. Referências.

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.382/2006 inseriu no vigente Código de Processo Civil, através do art. 745-A<sup>1</sup>, uma nova modalidade para o cumprimento das obrigações creditícias, sob a forma de parcelamento, denominada, por parte da doutrina, moratória legal.

O instituto foi pensado como mais uma maneira de se efetivar a rápida prestação jurisdicional executiva.

Com relação a essa nova categoria, uma questão central se levanta e ela irá ser o fio condutor desta exposição. Ei-la: qual a natureza jurídica do parcelamento do art. 745-A do CPC?

A resposta à questão terá o condão de indicar possíveis soluções a alguns problemas gerados pelo instituto na busca pela efetividade da prestação jurisdicional.

Neste trabalho, nas pegadas do normativismo kelseniano, procurar-se-á firmar a distinção entre direito material e direito formal, pois nessas categorias reside a resposta para o problema aqui levantado.

Após a fixação das premissas, será analisado em que quadra do direito se insere o aludido instituto.

No item subsequente, abordar-se-á a repercussão do parcelamento tipificado no art. 745-A do CPC no âmbito do direito material. Depois, será verificado como fica o problema da aplicação da lei no tempo para, então, analisar se é possível fazer uso do instituto nas execuções por título executivo judicial, já que fora introduzido no capítulo destinado a regular os embargos à execução por título executivo extrajudicial.

Outro aspecto que será abordado consiste nas formas que o devedor pode vir a exercer o seu direito ao parcelamento. Ato contínuo, ainda que de forma concisa, será analisada a possibilidade de aplicação da aludida moratória em demandas

---

1. Art. 745-A. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exeqüente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Sendo a proposta deferida pelo juiz, o exeqüente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).



envolvendo a fazenda pública, além da questão referente ao parcelamento parcial do débito.

Por fim, se examinará o ato decisório que defere ou não o parcelamento e suas consequências.

Eis o *iter* que será seguido. O primeiro passo, a natureza jurídica. Ela passará a ser descortinada no próximo item.

## 1. NATUREZA JURÍDICA

### 1.1. Direito material e direito formal

O direito material e o direito processual se enlaçam e, muitas vezes, fica difícil estipular quando um termina e começa o outro, principalmente com a crescente produção legislativa que tem enaltecido o sincretismo.

A distinção, entretanto, tem relevância por duas razões. A primeira, pela forma como interfere na esfera jurídica do sujeito de direito. A segunda, pela repercussão na aplicação no tempo das normas que a veiculam.

Como é cediço, o direito subjetivado é uma categoria intranormativa. É uma eficácia da relação jurídica, logo se encontra no conseqüente da norma.

A distinção entre as duas classes é fixada pela função da norma jurídica. Aqui aparecem duas situações: as normas que veiculam regras de direito formal – as normas de estrutura ou de competência – e as normas que veiculam regras de direito material – as normas de conduta.

Conforme explicação de Norberto Bobbio, as normas de conduta prescrevem o modo como os indivíduos devem se comportar, enquanto as segundas, malgrado, em última análise, prescrevam uma conduta, ou seja, “o modo pelo qual se devem produzir as regras”<sup>2</sup>, têm o condão de inovar o sistema jurídico.

Em outras palavras, a norma de estrutura prescreverá as condições para que outras normas sejam elaboradas, modificadas ou extintas.

As condições são enumeradas por Alf Ross da seguinte forma: autoridade competente; procedimento; regras que delimitam a matéria com que a autoridade competente pode, mediante o procedimento, criar, modificar e extinguir leis.<sup>3</sup>

2. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1ª reimp. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990, p. 33/34.
3. ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Trad. Genaro Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997, p. 43.

As normas de direito processual propriamente ditas são normas de estrutura.

No que se refere à norma de conduta, esta irá estabelecer como a conduta em sua inferência intersubjetiva será juridicamente modalizada sob a forma proibida, permitida e obrigada. Assim, elas interferem diretamente nas relações intersubjetivas, atribuindo poderes a um dos sujeitos. Eis a lição de Lourival Vilanova:

Na relação jurídico-material, o direito subjetivo do titular ativo advém do poder ou faculdade (à parte os direitos à conduta própria) sobre conduta de outrem, cuja exigibilidade coativa é posta à disposição do titular: advém de norma material e de fato produtor de efeitos, fato e efeitos individualizados pela concreção aqui-e-agora.<sup>4</sup>

Feitas as distinções, passa-se à análise do disposto no art. 745-A do CPC.

## 1.2. Lugar do art. 745-A do CPC

Topologicamente o dispositivo acima mencionado foi inserido no Código de Processo Civil, que tem por função regular como será produzido novo instrumento normativo, no caso, sob forma de decisão jurídica. Isso não quer dizer que não exista dispositivo de direito material no aludido diploma. Quando isso ocorre, há as chamadas regras heterotópicas.

No caso, a aludida regra tem por função auxiliar a mais rápida efetivação da prestação jurisdicional executiva. Como salienta Daniel Amorim A. Neves, “o exíguo prazo de seis meses proporciona forma de satisfação mais eficaz que as demais medidas executivas”.<sup>5</sup> Entretanto, malgrado se entenda que esta possa ser uma consequência possível do dispositivo, não se pode tomá-la com o fim de caracterizar sua natureza jurídica. Explica-se.

As regras de direito formal insculpidas no CPC não conferem às partes pretensões aptas a interferir na esfera do direito material de outrem, mas na produção judicial do direito. Eis a função da petição inicial, da resposta, da produção de prova, dos recursos etc.

A adjudicação, a alienação por iniciativa do credor e a alienação em hasta pública são atos que visam à satisfação do crédito mediante a expropriação de bens previamente penhorados. Trata-se de atos que visam concluir o ato expropriativo. Muito embora haja a alienação por iniciativa do credor (art. 685-C do CPC), o alienante atua enquanto função estatal delegada. Atua para realizar a jurisdição,

4. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 136.

5. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009, p. 889.

logo é direito formal.

Quando o exercício de uma faculdade tem por finalidade interferir em um ou mais aspectos do próprio direito material, essas categorias, apesar de poderem ser tratadas pelo CPC, são categorias de direito material, como o caso da compensação, exceção do contrato não cumprido, prescrição, decadência etc. Muito embora haja interferência no processo, ela é oblíqua, já que atinge aspectos do próprio objeto litigioso, seu conteúdo. Diz respeito ao mérito, que na visão de Alfredo Buzaid, na exposição de motivo ao vigente CPC, é a lide.<sup>6</sup>

A análise do dispositivo em comento leva à conclusão de que se trata de uma nova forma de quitação da obrigação. Não se trata de ato executivo, mas exercício de um direito material apto a influenciar na forma da prestação jurisdicional. Mais. O seu exercício independe da aquiescência do outro sujeito da relação, sendo caracterizado como um direito potestativo, na precisa lição de Fredie Didier, que se transcreve: “consoante já visto, o art. 745-A confere ao executado, preenchidos certos pressupostos, o direito potestativo ao parcelamento da dívida na execução fundada em título executivo extrajudicial.”<sup>7</sup> Há quem defenda ser possível o uso da faculdade inclusive para os títulos executivos judiciais, como é o caso de Cassio Scarpinella Bueno.<sup>8</sup> A aludida possibilidade será, adiante, objeto de análise.

O exercício da pretensão do devedor tem o condão de interferir na lide executiva – pretensão insatisfeita, no léxico carneluttiano –,<sup>9</sup> alterando o modo de sua satisfação.

Desde que haja cumprido os requisitos legais, nem o credor nem o magistrado podem obstar o seu exercício.<sup>10</sup>

Essa assertiva tem a oposição de Marcelo Abelha, que alega não estar o credor obrigado a aceitar.<sup>11</sup> Rechaça-se a aludida construção hermenêutica, pois transfor-

6. BUZAID, Alfredo. Exposição de motivos do Código de Processo Civil. *In Código de Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 4.
7. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. Vol. 5. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 387. No mesmo sentido, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre a última Reforma da Execução de Títulos Extrajudiciais. *Revista Forense*. Vol. 398, ano 104, julho/agosto de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 198.
8. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 551-552.
9. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Vol. I. Trad. Hitomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2004, p. 288.
10. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. *Op. cit.* p. 546/547; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op. cit.* p. 889.
11. ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 564.

maria o aludido dispositivo em proposta de acordo tipicamente qualificada. Ora, não seria necessário um novo dispositivo legal para permitir algo já assente no processo, a transação. Não é mais do mesmo. É inovação! Confere-se um poder jurídico ao devedor de parcelar o débito na forma ali estipulada, independentemente da vontade do credor.

Tem-se desta forma que o aludido dispositivo introduziu no sistema jurídico uma nova regra de direito material cujo titular é o devedor em uma relação jurídica creditícia. Fica evidente que se trata de uma nova forma de o devedor livrar-se do débito, inordinação, na linguagem cossiana.<sup>12</sup>

Com isso fica evidente que o disposto no aludido dispositivo é regra de direito material inserta em um diploma de direito processual. Sendo regra de direito material, deve seguir as premissas estipuladas para o aludido direito, máxime com relação à aplicação, como se verá.

## 2. REPERCUSSÃO NO DIREITO MATERIAL

Vige no direito civil pátrio a regra do art. 314 do CCB, que assim dispõe: “ainda que a obrigação tenha por objeto prestação divisível, não pode o credor ser obrigado a receber, nem o devedor a pagar, por partes, se assim não se ajustou.” Isso mudou. Agora pode!

A regra do Código Civil acima transcrita impõe a forma como deve ser cumprida a obrigação. Com o advento do art. 745-A do CPC, uma nova possibilidade passou a se impor ao conferir ao sujeito passivo da obrigação uma nova forma de satisfazer o débito de forma espontânea.

A inovação do CPC teve o condão de estipular uma exceção ao dispositivo do Código Civil. Agora, é possível ao devedor alterar a forma de quitar a obrigação, desde que siga os ditames do art. 745-A do CPC. Os requisitos podem ser assim explicitados:

- a) reconhecimento do crédito exequendo;
- b) exercitável até o fim do prazo para embargos;
- c) depósito de 30% (trinta por cento) do débito (incluindo honorários e custas processuais, se for o caso);

12. COSSIO, Carlos. *La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Buenos Aires: Losada, 1944, p. 209.

- d) parcelamento do restante em até seis prestações mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Põe-se sob condição (se for o caso) a questão dos honorários advocatícios e das custas processuais, pois para quem admite o uso do dispositivo em dívida decorrente de título executivo judicial, pode ocorrer que haja execução sem honorários e sem custas judiciais, como se dá nos juizados especiais.

Não se colocou aqui a questão das sanções pelo inadimplemento de parcelas (art. 745-A, §2º, do CPC), pois se trata de matéria de conotação processual, como se explicitará.

A nova forma de adimplemento da obrigação atinge frontalmente o plano da eficácia dos fatos jurídicos que venham a gerar créditos quirografários ou com garantia real, uma vez que o dispositivo não fez distinção.

Saliente-se que os elementos estruturais da relação jurídica (vínculo jurídico, pelos menos dois sujeitos distintos – intersubjetividade –, direito implicando dever, objeto) permanecem incólumes. A pretensão e a obrigação são também eficácias da relação jurídica, mas não são essenciais, pois pode existir relação jurídica sem que as aludidas eficácias apareçam, como é caso da dívida não vencida.

No caso, altera-se o modo como a prestação será satisfeita de forma espontânea pelo sujeito passivo. Além disso, impõe uma restrição ao exercício da pretensão. Agora o credor cobra a dívida por inteiro, e o devedor pode quitá-la integralmente ou parcelá-la, nos moldes do art. 745-A do CPC.

Vê-se com isso que de uma só vez o dispositivo modifica a forma de prestação (objeto da obrigação) e a pretensão do credor e, de certa forma, o próprio direito subjetivo, já que a pretensão é a sua fase exigível.

Normativamente o direito material inserto no art. 745-A do CPC pode ser assim disposto:

- Antecedente: dado o fato de o devedor, reconhecendo o crédito em face do seu credor, antes de findo o prazo para embargos<sup>13</sup>, depositar pelo menos trinta por cento do débito, incluindo as despesas com honorários e custas processuais (se for o caso);

13. Deve-se salientar que a expressão “antes de findo o prazo para os embargos” não se circunscreve apenas à execução.

- Consequente: deve-ser o direito de o devedor parcelar o remanescente do débito em até seis prestações mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% ao mês.

Muito embora mantenha uma relação de referibilidade com a relação jurídica creditícia, já que possui por função alterar a sua eficácia, percebe-se, pelo desenho normativo acima explicitado, que se trata de um direito material autônomo. Sua função, assim, é estipular, mediante ato unilateral do devedor, uma nova forma de satisfação espontânea do débito, interferindo na pretensão do credor e no modo de satisfação do crédito.

Além disso, o exercício da faculdade pode ser efetivado até o fim do prazo para embargos ou da impugnação ao cumprimento da sentença. Não é imperativo para o seu exercício a existência de citação ou de intimação. Como se verá, o seu exercício inclusive independe do início da fase executiva.

Uma questão que se impõe aqui é: sendo regra de direito material, pode ocorrer aplicação imediata em processos pendentes, como decorrência do art. 1.211 do CPC? Essa questão será abordada no próximo item.

### **3. APLICABILIDADE NO TEMPO DA REGRA QUE INSERIU O DIREITO AO PARCELAMENTO**

Apesar de o dispositivo ser louvado como uma das formas de garantir a efetividade,<sup>14</sup> ela não pode estar desvinculada da segurança jurídica, um dos pilares fundamentais do Estado de Direito, tanto que a Constituição vigente a coloca como uma das garantias fundamentais ao insculpi-la no *caput* do seu art. 5º e ao desdobrá-la na garantia ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

Dentre outras funções, a aludida garantia pretende evitar que situações já consolidadas sejam alteradas, mesmo que por boas intenções. Uma vez firmada a relação jurídica, os partícipes sabem previamente como a respectiva conduta fora deonticamente moldada. Para garantir a estabilidade das relações, sem macular a cláusula da segurança, seria necessária a anuência das partes, celebrando negócio jurídico novo apto a alterar o anterior, possibilitando o parcelamento.

14. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. Vol. 3. *Op. cit.* p. 546; ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 470; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 427.

No caso, a lei confere um direito potestativo apto a alterar unilateralmente aspectos da relação jurídica constituída sob outras estruturas normativas de direito material. Assim, não se criou uma nova forma procedimental, que autorizaria a incidência imediata, mas se conferiu ao devedor um direito apto a interferir no desenvolvimento eficaz da relação jurídica creditícia.

Admitir-se a aplicação imediata do art. 745-A do CPC para direitos subjetivos constituídos antes da vigência da lei que o instituiu implicaria flagrante ofensa à Constituição, salvo se o credor concordasse com a proposta. Nesse caso, ter-se-ia uma alteração voluntária negocial da obrigação.

Seria interessante, assim, fazer uma interpretação conforme a Constituição do dispositivo, determinando sua aplicação apenas para os direitos creditícios constituídos após a vigência do aludido dispositivo.

Isto é relevante como matéria de impugnação para o credor, principalmente se possuir meios executivos aptos a solver rapidamente o crédito.

#### 4. APLICABILIDADE ANTE O TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

Dois correntes se levantam nesta perspectiva. A primeira entende ser extensível o parcelamento à execução por título executivo judicial.<sup>15</sup> A segunda defende não ser extensível.<sup>16</sup>

Os argumentos lançados pelos defensores da interpretação extensiva tomam por base o disposto no art. 475-R do CPC que manda aplicar subsidiariamente no cumprimento de sentença, no que couberem, as regras do processo de execução.

O argumento restritivo parte da premissa de que a permissão ao parcelamento, na fase de cumprimento de sentença, implicaria um pesado ônus ao credor que percorreu a via-crúcis do processo de conhecimento para certificar o seu direito. Ela teria, na fase de cumprimento, efeito procrastinatório, enquanto na execução por título executivo extrajudicial, que se dá no início, patrocinaria a celeridade. Além disso, poderia macular a coisa julgada.<sup>17</sup>

Em resumo, as duas teses.

15. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. *Op. cit.* p. 546/547; ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. *Op. cit.*, p. 564/565.

16. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. *Op. cit.*, p. 427/428; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. *Op. cit.* p. 890.

17. DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Vol. 5. *Op. cit.*, p. 388.

A aplicação do dispositivo na execução por título judicial aqui é defendida, mas por outro argumento. Como já se delineou, o direito ao parcelamento do art. 745-A do CPC é um direito potestativo do devedor. Ele, enquanto categoria de direito material, pode ser exercido como modo de satisfação do crédito. Independe se o título é judicial ou extrajudicial. Por ser regra de direito material referente à lide executiva – pretensão insatisfeita – pode ser exercitada tanto na execução por título judicial como extrajudicial.

A aplicação da aludida moratória na fase de cumprimento de sentença não macula a coisa julgada, já que esta se dirige ao elemento declarativo da sentença,<sup>18</sup> enquanto a moratória se dirige à eficácia executiva do título judicial.

Superada essa objeção, passa-se à próxima.

A discussão não pode ter por centro a celeridade, malgrado seja relevante. Ela não é condição para o exercício do direito ao parcelamento. É possível que o parcelamento na execução por título executivo extrajudicial ou judicial seja até mais demorado, como no caso de o devedor ser uma instituição financeira sólida. Entretanto, isso não impede o seu uso. Assim, não é a celeridade que condiciona ou não o exercício do direito ao parcelamento. As condições para sua veiculação estão insculpidas no art. 745-A do CPC.

Por essas razões, dada a natureza material do direito ao parcelamento, entende-se plenamente plausível o seu uso na fase do cumprimento da sentença, antes da fruição do prazo para a impugnação.

18. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475), p. 154; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 3ª ed., revista e aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995, p. 104-106. Com base em outras premissas, mas chegando à mesma conclusão, Eurico Tullio Liebman, que se transcreve: “4- Ainda é necessário esclarecer melhor o que se entende por imutabilidade (ou incontestabilidade) dos efeitos da sentença. Não significa, naturalmente, que fatos sucessivos não possam modificar a situação de as relações entre as partes. Ao contrário, significa que, com referência à situação existente ao tempo em que a sentença foi prolatada, os efeitos por ele produzidos são e permanecem tais como nela estabelecidos, sem que se possa novamente discuti-los, em juízo ou fora dele, até que fatos novos intervenham criando situação diversa, que tome lugar daquela que foi objeto da sentença. Isso porque, **nem mesmo a força do julgado pode obviamente impedir que fatos novos produzam conseqüências que lhes são próprias**. Assim, em primeiro lugar, as partes podem, depois da sentença, exercer atos que modifiquem suas relações: o devedor pode pagar seu débito, extinguindo a obrigação declarada na sentença e tornando impossível a execução forçada fundada na sentença condenatória; as duas partes podem, mesmo depois da sentença, entrar em acordo e acertar suas relações de modo diverso do declarado pelo juiz, e assim por diante. **Mas o que não poderiam fazer, é pretender um novo juízo sobre o que validamente decidido por intermédio de uma sentença que representa a disciplina concreta da relação jurídica controvertida**, tal como resulta do efetivo funcionamento dos mecanismos previstos e regulados pelo ordenamento jurídico.” (Destacou-se). Cf. LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros ensaios sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 286-287.



Se a proposta foi efetivada antes do prazo do art. 475-J do CPC, a multa de dez por cento não ingressará na consolidação do crédito para fins de parcelamento. Depois, ela deverá ser computada, já que o parcelamento é do crédito exequendo.

## 5. SANÇÃO PELO DESCUMPRIMENTO

O descumprimento do avençado pelo devedor no exercício do direito ao parcelamento, nos termos do art. 745-A, §2º, do CPC, gera as seguintes consequências:

- a) vencimento das prestações subsequentes;
- b) prosseguimento do processo;
- c) multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas;
- d) vedação à oposição de embargos.

Normativamente, ela pode ser assim descrita:

- Antecedente: dado o fato de o devedor não adimplir qualquer das prestações (ilícito);
- Consequente: deve-ser o vencimento das prestações ainda não pagas, prosseguimento do processo anteriormente suspenso, multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e a vedação de oposição de embargos.

A aludida norma, percebe-se, tem cunho nitidamente processual, pois diz respeito à forma estatal de realização do direito e não a um direito exercido pelo credor ante o devedor. Tem caráter sancionatório, denominada por Lourival Vilanova de norma secundária e, por consequência, norma processual.<sup>19</sup>

A norma que fixa o parcelamento e a que pune o seu descumprimento, malgrado de naturezas distintas, são umbilicalmente unidas em uma síntese reduzida da simbiose uniformizadora do ordenamento jurídico. Aqui, mais uma vez, a precisa lição de Lourival Vilanova:

Norma primária (oriunda de normas civis, comerciais, administrativas) e norma secundária (oriunda de norma de direito processual objetivo) compõe a bimetridade da norma jurídica: a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária, sem a primária, reduz-se a instrumento, meio, sem fim material<sup>20</sup>.

19. LOURIVAL, Vilanova. **Causalidade e Relação no Direito**. *Op. cit.* p. 124.

20. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. . *Op. cit.* p. 124.

Fica evidente que no art. 745-A do CPC há regras de direito material e regras de direito processual.

Com relação à norma sancionatória, alguns pontos merecem ser esclarecidos. O primeiro diz respeito ao prosseguimento do processo. No caso, o uso da faculdade do parcelamento, uma vez deferido, implica a suspensão dos atos executivos. Se já ocorreu a penhora ou outro ato executivo, este não será desfeito, pois suspensão não implica desfazimento.<sup>21</sup> De onde parou, deve o processo prosseguir.

Outra questão diz respeito à base de cálculo da multa de 10% (dez por cento). Ela não poderá incidir sobre os juros de 1% (um por cento), já que se trata de parcela destacada das prestações de natureza remuneratória. O *caput* do artigo 745-A do CPC, *in fine*, estipula: (...) “até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês”. Muito embora a correção monetária apareça destacada, como ela não é acréscimo, mas tem por função garantir o não perecimento do valor devido, deve servir também como base de cálculo.

A vedação à oposição de embargos é uma sanção por ato ilícito processual.<sup>22</sup>

Há outras teses a respeito, que se rechaçam. Ei-las. Autores, como é o caso de Fredie Didier, defendem que a aludida vedação se “relaciona ao princípio que proíbe o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e, portanto, está relacionada à proteção da boa-fé objetiva e da confiança”.<sup>23</sup> Acrescenta-se ainda que a proibição à veiculação de embargos ou de impugnação ao cumprimento de sentença (ação autônoma incidental) decorre de preclusão.<sup>24</sup>

As teses acima lançadas têm alguns problemas. Com relação à adoção da tese que proíbe o comportamento contraditório, uma questão se levanta. Uma vez veiculada a proposta, o devedor reconhece o crédito do exequente (art. 745-A do CPC). Se o magistrado indeferir o pedido de parcelamento, pois o devedor não preencheu um dos requisitos, ficaria ele impossibilitado de embargar. Estar-se-ia imputando um ônus ao executado que a lei não pôs, já que ela proíbe a oposição

21. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. *Op. cit.* p. 892.

22. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. *Op. cit.* p. 893.

23. DIDIER JÚNIOR, Fredie; Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada**. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 548. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre a última Reforma da Execução de Títulos Extrajudiciais. *Op. cit.* 199.

24. DIDIER JÚNIOR, Fredie; Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada**. Vol. 2. *Op. cit.* p. 892; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. *Op. cit.* p. 551.

de embargos no caso de não pagamento de qualquer das prestações. Prevalecendo a aludida tese, quem vier a propor o parcelamento já estaria abrindo mão dos embargos, deferindo ou não o magistrado o parcelamento.

Para atender ao estipulado pelo CPC, este reconhecimento deve ser visto como um reconhecimento condicionado ao deferimento do parcelamento, sob pena de inviabilizar a utilização do instituto.

A tese da preclusão não é acatada neste trabalho, pois esta é endoprocessual e nele deve produzir os seus efeitos, não possuindo o condão de influenciar outras demandas. Assim, o exercício do direito de ação, que antecede ao processo, não pode ser obstado pela preclusão que ocorre em outro processo.

Por essas razões entende-se que a mencionada vedação é apenas uma sanção por ato ilícito processual.

De forma correta, vem defendendo a doutrina que a sanção processual de proibição aos embargos não se aplicaria aos embargos de segunda fase, previsto pelo art. 746 do CPC.<sup>25</sup> Além disso, deve-se deixar claro que a vedação aos embargos deve dizer respeito à matéria referente ao direito de crédito, os chamados embargos de mérito. Se por acaso o executado desejar impugnar uma penhora incorreta ou uma avaliação errônea, nos termos do art. 745, II, do CPC, pode valer-se dos embargos.<sup>26</sup>

Interessante situação é levantada por Pedro Henrique Nogueira, aos sustentar, de forma precisa, a possibilidade de o devedor, malgrado haver inadimplido o parcelamento, poder arguir em embargos de mérito questões ocorridas após o deferimento do parcelamento, como a compensação ou novação. Tal argumento serve para a impugnação ao cumprimento de sentença.<sup>27</sup>

## 6. EXERCÍCIO DA PRETENSÃO AO PARCELAMENTO

O artigo sob análise conferiu, como já visto, um direito ao devedor da relação creditícia.

Este direito pode ser exercido na fase de execução, antes de findo o prazo para os embargos, como também na fase de cumprimento da sentença, antes do prazo

25. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. *Op. cit.* p. 550; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. *Op. cit.*, p. 429.

26. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. *Op. cit.* p. 893.

27. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre a última Reforma da Execução de Títulos Extrajudiciais. *Revista Forense*. Vol. 398, ano 104, julho/agosto de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 200/201.

para a impugnação. Ao exercer a mencionada faculdade, há uma modificação na forma de quitação do débito.

Tal pretensão, entretanto, não se restringe à fase executiva, já que por ser um direito do devedor, este pode exercer tal pretensão como defesa, em ação de cobrança, ou em demanda, visando exercer a antiga “execução do devedor”, ou como pretensão ao parcelamento no cumprimento da sentença. O aludido direito, como já assentado, é exercitável até o fim do prazo para eventual embargos ou impugnação ao cumprimento de sentença.

Passa-se a verificar as três hipóteses:

### **6.1. Como defesa**

Nesta hipótese, o devedor ao ser demandado, em ação de cobrança, enquanto durar a fase de conhecimento, pode reconhecer a procedência do pedido postulando de imediato o pagamento parcelado do montante do débito, nos moldes do art. 745-A do CPC.

Aqui deverá o magistrado resolver o mérito, determinando a liberação dos 30% (tinta por cento) previamente depositados, e passar, ato contínuo, à efetivação da decisão exequenda. Este reconhecimento poderia ser total ou parcial (art. 273, § 6º do CPC).

Esta prática, além de facilitar a celeridade processual, decorre da natureza jurídica do instituto. Negar esta possibilidade, além de macular a ordem jurídica, por impedir o exercício de um direito, implicaria um desserviço à celeridade. Ora, sendo-lhe vedado o exercício desta modalidade de defesa, nada impediria o seu uso na fase de cumprimento da sentença.

No procedimento monitorio, pode a parte fazer valer tal pretensão mediante os embargos monitorios.

Aplicam-se ao inadimplemento as sanções do art. 745-A, §2º, do CPC.

### **6.2. Como ação autônoma**

O direito ao parcelamento é autônomo e pode ser exercido pelo devedor em juízo desde que haja resistência do credor em receber a quitação do débito em parcelas, nos moldes do art. 745-A do CPC.

Isso se dá porque a eventual resistência ultimada pelo credor ao pagamento parcelado constitui afronta a direito substancial.

Trata-se de uma nova forma de consignação em pagamento, já que alguns requisitos são os estipulados no art. 745-A do CPC. Entretanto, respeitando-se as peculiaridades, pode-se fazer uso do procedimento especial previsto nos arts. 890 a 900, todos do CPC.

Cabe ao consignado opor a defesa nos moldes do art. 896 do CPC, como também arguir a inaplicabilidade do instituto, pois o crédito surgiu antes do advento da lei ou do desrespeito de algumas das condições para o exercício do direito. Com relação ao argumento de que o depósito não foi integral (art. 896, IV, do CPC) este deve ser lido sob a ótica do parcelamento estatuído no art. 745-A do CPC.

### **6.3. Pretensão ao parcelamento na fase de cumprimento da sentença**

O devedor, no prazo estipulado no art. 475-J do CPC, pode propor o parcelamento do art. 745-A do CPC. O aludido pleito também pode ser veiculado após a incidência da multa de 10% (dez por cento), desde que antes do decurso do prazo para a impugnação.

Acrescente-se que a aplicação da multa do art. 475-J do CPC não elide a multa do art. 745-A, §2º, do CPC, já que possuem fundamentos diversos.

Havendo descumprimento do pagamento das parcelas, teremos duas situações:

- a) o parcelamento se deu antes da multa do art. 475-J do CPC: neste caso, as parcelas remanescentes serão consolidadas e aplicada a multa do art. 745-A, §2º, do CPC. Como houve suspensão dos atos executivos, o prazo volta a fluir a contar da intimação do despacho que determinou o pagamento do saldo remanescente e da multa do art. 745-A, §2º, do CPC. Se o pagamento não se efetivar no prazo remanescente, haverá a incidência da multa do art. 475-J do CPC e, após a garantia do juízo, não poderá o devedor objetar, em sede de impugnação, alegação referente ao direito de crédito do exequente, tendo em vista a incidência da sanção do art. 745-A, §2º, do CPC.
- b) o parcelamento se deu após a multa do art. 475-J do CPC: neste caso, a multa do art. 475-J do CPC compõe o débito exequendo. A multa do art. 745-A, §2º, do CPC tomará o saldo remanescente como base de cálculo, incluindo, é claro, parcela da multa do art. 475-J do CPC. Após a garantia do juízo, o devedor não poderá impugnar o direito ao crédito do exequente, em face da incidência da sanção do art. 745-A, §2º, do CPC.

## 7. PARCELAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA

Outra questão relevante se dá quando o executado reconhece ser devedor de parte do débito exequendo, mas não concorda com o restante da cobrança.

Por se tratar de um direito potestativo do executado, ele pode sim fazer uso da prerrogativa, como bem deixou assentado Cassio Scarpinella Bueno. No caso, pode o devedor pedir o parcelamento e ajuizar os respectivos embargos.<sup>28</sup>

Da mesma forma, pode a parte fazer uso do reconhecimento parcial em defesa no processo de conhecimento ou nos embargos monitórios.

Na via de ação tal pretensão parcial pode ser efetivada. No entanto, com relação ao débito remanescente, poderá incorrer em mora, caso utilize a via da ação de consignação em pagamento. Uma saída para este caso seria ajuizar demanda questionando a existência do débito e, ato contínuo, exercer o direito ao parcelamento nos mesmos autos, quanto à dívida que reconheceu, cumulando-se os pedidos. Portanto, deverá fazer uso do procedimento ordinário.

## 8. PARCELAMENTO E A FAZENDA PÚBLICA

Nada impede que o devedor possa fazer valer o seu direito ante a fazenda pública quando esta for credora.

O inverso – fazenda pública devedora – não pode ser efetivado, pois o modo de o ente público quitar seu débito tem acento constitucional. É o precatório.

Outra situação interessante que se levanta é quanto à possibilidade de se fazer uso de tal pretensão perante o crédito tributário. Aqui há uma restrição. A obrigação e o crédito tributário devem ser regulados por lei complementar (art. 146, III, b, da CF/88). Como o parcelamento diz respeito ao crédito, apenas mediante lei complementar seria possível a regulação. Não é o caso do art. 745-A do CPC.

Assim, não se pode fazer uso do aludido dispositivo ante o crédito tributário. Nesse sentido, transcreve-se o seguinte julgado:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO PREVISTO NO ART. 745-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

I - Agravo de instrumento interposto contra a decisão que indeferiu pedido de parcelamento do débito na forma prevista no art. 745-A, do Código de Processo Civil.

28. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Op. Cit., p. 551.

II - O artigo 745-A, do Código de Processo Civil, acrescentado pela Lei n. 11.382/06, facultou ao Executado, no prazo para os embargos, e após a comprovação de depósito de 30% (trinta por cento) do valor da dívida, a formulação de requerimento para pagar o restante do débito em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

III - A inovação introduzida pelo art. 745-A, do referido diploma legal, não se aplica aos créditos tributários.

IV - Agravo de instrumento improvido.

(Relatora: Des. Fed. Regina Costa. TRF da 3ª Região. 6ª Turma. AI 309325 (200703000862051 UF: SP). (DJF3 de 17.11.2008).

## 9. ATO DECISÓRIO SOBRE O PARCELAMENTO E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

O direito ao parcelamento, deduzido em juízo, deve ser analisado pelo magistrado. O devedor deve postular efetivando o depósito prévio no valor de pelo menos 30% (trinta por cento), além de planilha discriminada indicando a forma com que pretende parcelar o saldo remanescente em até seis prestações, acrescidas de correção monetária e juros mensais de 1% (um por cento).

Deduzida tal pretensão, estando presentes os requisitos, deve o magistrado deferir o parcelamento. Não se trata aqui de ato discricionário, mas plenamente vinculado.<sup>29</sup> Até porque constitui exercício de direito potestativo do devedor, tendo a decisão nítida função declarativa. Cabe ao magistrado declarar se houve ou não o preenchimento das condições legais. Estando presentes os requisitos, o deferimento se impõe.

A doutrina, por outro lado, vem defendendo a exigência do contraditório prévio para o deferimento ou não do aludido pleito.<sup>30</sup>

O contraditório prévio se mostra extremamente problemático, já que o mero depósito de trinta por cento do valor do débito com a proposta de parcelamento não tem o condão de suspender o prazo para os embargos ou os atos executivos.

29. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. *Op. cit.*, p. 549; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. *Op. cit.*, p. 428; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. *Op. cit.*, p. 889; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre a última Reforma da Execução de Títulos Extrajudiciais. *Op. cit.* 198.

30. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. *Op. cit.*, p. 549; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. *Op. cit.*, p. 428; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. *Op. cit.*, p. 892; ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. *Op. cit.*, p. 565. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre a última Reforma da Execução de Títulos Extrajudiciais. *Op. cit.*, p. 198.

Como prescreve o art. 745-A, §1º, do CPC, é o deferimento que suspende os atos executivos. No caso, o prazo para embargos permanece fluindo. Ou seja, dada a realidade forense, uma vez deduzido o pedido, este será submetido ao contraditório e só após isso o magistrado irá analisar se é o caso de deferimento ou não do parcelamento. Neste intervalo o prazo para os embargos já se esgotou. Fica o devedor como Dâmocles, com a espada sobre sua cabeça, pendurada por um fio de cavalo. Noutros termos, o instituto, assim, seria inútil.

No caso, o contraditório deve ser prestigiado, mas diferido, devendo o magistrado proferir decisão *inaudita altera parte*. Havendo deferimento, que será por decisão interlocutória, abre-se para o credor a oportunidade de veicular agravo de instrumento ou até mesmo pedido de reconsideração. Neste momento, o magistrado pode exercer o juízo de retratação.

Cassada a decisão interlocutória que autoriza o parcelamento, volta a fluir, da intimação do referido ato, o prazo para embargar, além de cessar a suspensão dos atos executivos, podendo o executado valer-se dos embargos de mérito.

Ademais, o deferimento de parcelamento não causará prejuízo ao exequente, já que este tem como consequência a suspensão dos atos executivos e não o seu desfazimento, como já visto. Com isso fica resguardado o interesse do credor, além de não se macular a cláusula constitucional do contraditório.

A impugnação do credor terá de se ater ao preenchimento das condições legais para o exercício do direito potestativo ao parcelamento ou à não aplicação do dispositivo, tendo em vista que a relação creditícia é anterior à vigência da lei que instituiu a aludida moratória legal.

O indeferimento do pedido desafia também recurso de agravo de instrumento, mas, em regra, ele não terá o condão de suspender os prazos, devendo o devedor estar atento ao efeito que fora emprestado ao recurso pelo órgão recursal.

Este problema não ocorre na hipótese do uso do direito ao parcelamento como modalidade de defesa em processo de conhecimento ou sob a forma de consignação em pagamento ou ação autônoma.

## 10. CONCLUSÃO

A busca pela efetividade da prestação jurisdicional tem sido a causa de profundas alterações na legislação processual e fomentado ardoroso debate na doutrina pátria.



Como visto no presente estudo, o art. 745-A do CPC não foge à regra. Nele convivem enlaçadas normas de direito material e normas de direito processual. O fim é o mesmo: a efetividade.

Entretanto, a efetividade não pode ser buscada a qualquer custo, sob pena de tornar-se arbitrária, logo, contrária ao Estado de Direito. É na segurança jurídica que a efetividade realiza o Estado de Direito.

Com base nessas premissas, lançam-se as seguintes notas conclusivas:

- a. O direito ao parcelamento é categoria do direito material e a sua aplicação, em nome da segurança jurídica, deve respeitar à regra *tempus regit actum* e não à regra de aplicação imediata em processos pendentes (art. 1.211 do CPC), já que não se trata, como visto, de regra processual.
- b. O art. 745-A do CPC criou um direito potestativo do autor contra o réu, que tem o condão de alterar a forma como a prestação creditícia deve ser adimplida. Uma vez cumpridos os requisitos, o magistrado deve deferir o pleito.
- c. A aludida moratória legal pode ser veiculada no caso de reconhecimento parcial do débito. Neste caso, pode o devedor veicular, concomitantemente ao parcelamento, os respectivos embargos.
- d. Por ser direito potestativo do devedor, este pode veicular tal pretensão em sede de ação autônoma e em sede de defesa, desde que antes do ocaso do prazo para os embargos. Além disso, pode ser veiculada em sede de cumprimento de sentença.
- e. A fazenda pública não pode fazer uso do instituto por conta do regime de precatório, mas o aludido direito pode ser veiculado contra ela, salvo na hipótese do débito tributário, pois a lei que instituiu o mencionado parcelamento não possui *status* de lei complementar.
- f. O deferimento do pedido de parcelamento *inaudita altera parte* não fere o contraditório, já que este pode ser diferido. Ademais, o deferimento ao parcelamento não gera prejuízo ao exequente, pois este apenas suspende os atos executivos, sem desfazê-los.
- g. Enquanto não deferido o pedido de parcelamento, o reconhecimento do crédito ultimado pelo exequente se dá sob condição. Havendo indeferimento do pleito, o devedor pode propor embargos de mérito sem que com isso se possa alegar que houve comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

- h. O descumprimento do parcelamento gera sanções processuais, como a proibição de se veicular embargos ou impugnação de mérito, salvo se a irresignação do devedor tiver por lastro situação posterior ao parcelamento, como novação e compensação.
- i. A decisão que defere ou nega o parcelamento não é discricionária, mas vinculada, de cunho eminentemente declaratório, podendo ser desafiada por recurso de agravo de instrumento.
- j. Havendo cassação da decisão que deferiu o parcelamento, os atos executivos voltam a produzir efeitos. O prazo para embargo, que pode ser de mérito, volta a fluir a contar da intimação do ato que cassou a decisão.

## 11. REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. **Manual de Execução Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- BOBBIO, Noberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1ª reimp. Brasília: Polis e Editora Universidade de Brasília, 1990.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BUZAID, Alfredo. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil. *In Código de Processo Civil e Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Vol. I. Trad. Hitomar Martins Oliveira. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz Livraria e Editora, 2004.
- COSSIO, Carlos. **La Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad**. Buenos Aires: Losada, 1944.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. Vol. 5. Salvador: JusPodivm, 2009.
- \_\_\_\_\_. Paula Sarno; Oliveira, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, Decisão Judicial, Cumprimento e Liquidação da Sentença e Coisa Julgada**. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2007.
- LIEBMAN, Eurico Tullio. **Eficácia e Autoridade da Sentença e outros ensaios sobre a Coisa Julgada**. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Método, 2009.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre a última Reforma da Execução de Títulos Extrajudiciais. **Revista Forense**. Vol. 398, ano 104, julho/agosto de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475).
- ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**. Trad. Genaro Carrió. 2ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 1997.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 3ª ed., revista e aumentada. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. II. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.



# XI

## DA COMUNICAÇÃO SOCIAL À CIBERCOMUNICAÇÃO JURÍDICA: CIBERESPAÇO, COMÉRCIO E CONTRATO ELETRÔNICO <sup>1</sup>

*Ricardo Menna Barreto*

Graduando do 10º semestre do Curso de Direito da UNISINOS/RS; Bolsista de Iniciação Científica CNPq/PIBIC; Membro do Grupo de Pesquisa Teoria do Direito – CNPq. E-mail: ricardomb@terra.com.br.

**RESUMO:** Este ensaio busca observar o comércio eletrônico, o ciberespaço e o contrato eletrônico a partir da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann. Sistemas sociais são compostos por comunicações, que são elementos característicos deste tipo de sistemas. Não obstante, partindo da noção de cibernsistemas, pode-se falar em “cibercomunicação” (Stockinger). Destarte, o contrato eletrônico será observado como cibercomunicação jurídica. O contrato é uma forma privilegiada de comunicação, permitindo o acoplamento estrutural entre sistemas sociais e cibernsistemas. Nesta dinâmica virtual, o sistema social, o sistema jurídico e o ciberespaço se erigem numa relação de interdependência mútua. Observar o contrato sistemicamente pode indicar diferentes possibilidades para a tomada de decisões no campo da dogmática contratual..

**PALAVRAS CHAVES:** Contratos – Comércio Eletrônico – Teoria dos Sistemas – Comunicação – Direito.

**ABSTRACT:** This essay seeks to observe the e-commerce, cyberspace and the contract electronics from the Theory of Social Systems of Niklas Luhmann. Social systems are composed of communications, which are characteristic features of such systems. However, based on the concept of cibernsistem, you can talk about “cibercommunication” (Stockinger). Thus, the electronic contract will be observed as legal cibercommunication. The contract is a form of privileged communication, allowing the structural coupling between social systems and cibernsistemas. This dynamic virtual, the social system, the legal system and cyberspace are building a relationship of mutual interdependence. Observe the contract system may give different possibilities for making decisions in the field of contractual dogmatic.

**KEYWORDS:** Contracts – E-commerce – Theory of Systems – Communication – Law

<sup>1</sup> \* Este artigo é resultado de uma pesquisa que vem sendo desenvolvida há quatro anos no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS-RS, sob orientação do Professor Doutor Leonel Severo Rocha (EHES-Paris, 1989), estando inserido no Projeto de Pesquisa Direito Reflexivo e Policontextualidade que conta com o apoio do CNPq. Esta pesquisa procura observar, em uma perspectiva sistêmico-complexa, a dogmática jurídica civilista/consumerista, em especial os aspectos vinculados ao contrato e ao comércio eletrônico. Registramos nossos agradecimentos ao CNPq pelo apoio.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 1. Internet, ciberespaço e comunicação – 2. Comércio eletrônico – 3. Contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica – Considerações finais – Bibliografia

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo observar sistemicamente o *contrato eletrônico*. Possibilitada pelo ciberespaço, a contratação eletrônica surge como uma das características mais marcantes do comércio eletrônico (*e-commerce*), retratando bem a realidade contemporânea do Direito, a saber, uma realidade comunicativa cada vez mais dominada pelo virtual.

Entendemos que esta figura contratual híbrida ainda encontra-se carente de uma observação diferenciada por parte dos juristas. Assim, na perspectiva deste trabalho, observaremos o contrato eletrônico a partir de uma (nova) categoria que denominamos “*cibercomunicação jurídica*”.

Note-se que a comunicação é um elemento característico de sistemas sociais (LUHMANN, 1998). Não obstante, partindo da noção de *cibersistemas*, pode-se falar em uma comunicação no ciberespaço, isto é, em uma “*cibercomunicação*” (STOCKINGER, 2001). O contrato eletrônico, nessa perspectiva, é uma forma diferenciada de comunicação, pois graças a ele sistemas virtuais podem acoplar-se ao processo de reprodução dos elementos compositores do sistema social, especificamente do sistema jurídico.

Partiremos inicialmente da análise dos aspectos que envolvem a Internet, o ciberespaço e a comunicação (1). A Internet possibilitou a virtualização do mundo em que vivemos, alargando a capacidade comunicativa da sociedade, criando um correlato virtual que se traduziu pela noção de ciberespaço. Este ciberespaço se caracteriza pelo universo das redes digitais, podendo ser considerado uma nova fronteira econômica e cultural, constituindo, ainda, um campo vasto, aberto, parcialmente indeterminado (LÉVY, 2007, p. 104), que necessita ser incorporado pela doutrina jurídica brasileira sob uma perspectiva diferenciada. A comunicação, por sua vez, é vista, a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, como um elemento característico de sistemas sociais. No entanto, a partir das contribuições de Gottfried Stockinger, essa noção de comunicação sofre algumas alterações substanciais. Tais alterações nos levarão direto àquilo que Stockinger denominou cibercomunicação.

Por conseguinte, teceremos algumas observações acerca do comércio eletrônico (2). O comércio eletrônico possui uma dinâmica que se caracteriza, principalmente, por comunicar além das fronteiras físicas. Hodiernamente é possível,

em praticamente qualquer país, comprar produtos via Internet. Daí optarmos por uma breve (porém necessária) análise dos aspectos legais deste tipo de comércio. Destacaremos neste ponto algumas iniciativas legais da Colômbia; por conseguinte, alguns aspectos da Diretiva 2000/31/CE (União Européia) e, derradeiramente, a Lei Modelo da UNCITRAL. Esta última se destaca por ser atualmente a iniciativa normativa mais ampla e de maior flexibilidade no que tange aos aspectos do comércio eletrônico

Derradeiramente observaremos o contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica (3). Tendo analisado na primeira parte deste ensaio aspectos atinentes à comunicação social, veremos nesta terceira parte como, a partir de uma noção de cibercomunicação, o contrato eletrônico pode ser explicado. Nessa perspectiva, o contrato eletrônico é visto como acoplamento estrutural, possibilitando a interação entre *sistemas sociais e cibersistemas*, sendo, portanto, uma figura híbrida.

O contrato eletrônico é fruto de uma realidade cada vez mais dominada pelo virtual. Observá-lo modernamente, a partir da união das idéias de Luhmann e de Stockinger, pode indicar diferentes possibilidades na construção de alternativas para a tomada de decisões no campo da dogmática contratual.

## 1. INTERNET, CIBERESPAÇO E COMUNICAÇÃO

Após o surgimento da Internet e do ciberespaço, o computador fez com que as relações sociais se revestissem com configurações de notável complexidade. Nesse sentido, entendemos que o Direito não conseguiu acompanhar a evolução social no campo das tecnologias da informação, em especial no tocante aos novos meios de comunicação, como a Internet.

Por *Internet* entendemos aqui, conjuntamente com Dimaggio, “the electronic network of network that links people and information through computers and other digital devices allowing person-to-person communication and information retrieval” (DIMAGGIO, 2001, p. 307) <sup>2</sup>. Note-se que a década de 90 foi decisiva para a popularização do uso da Internet, pois sua utilização massiva se iniciou exatamente naqueles anos. Conforme Dizard, a rede vinha dobrando em tamanho a cada ano daquela década: só em 1995, por exemplo, a Web chegou a oferecer mais de “três milhões de páginas multimídia de informação e entretenimento, a maior parte gratuitamente” (DIZARD, 1998, p. 24).

2. (a rede eletrônica de redes que liga as pessoas e a informação através de computadores e outros dispositivos digitais permitindo pessoa - a - pessoa a comunicação e o retorno de informação) Tradução livre.

Hoje podemos afirmar que a Internet “virtualizou” o mundo, duplicando-o, ou seja, criando para ele um correlato imaterial, virtual, para tudo que há “fisicamente” em sociedade. Houve, com isso, uma amplificação da capacidade comunicativa da sociedade, gerando um espaço privilegiado de comunicação, que se denominou *ciberespaço*.

*Ciberespaço*, segundo Lévy, é “o espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores” (LÉVY, 1999, p. 92). A principal consequência deste espaço virtual é o irrefreável fluxo comunicacional gerado pela crescente entrada de informações que ocorre diariamente na Internet. Com isto o virtual se inseriu em todos os campos da vida em sociedade; conforme Quéau, “cela s’accompagne d’une modification radicale de notre regard sur le monde, de notre manière d’envisager les problèmes et de les résoudre” (QUÉAU, 1999, p. 371) <sup>3</sup>.

O ciberespaço pode ser considerado não só um meio otimizador da comunicação, mas sim como uma forma de aumentar (ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, reduz) a complexidade social. Neste espaço virtual a complexidade é sempre crescente, devido ao fato que “anyone can set up a web page, anyone can use (for minimal cost) electronic mail, and anyone can access information that may or may not be appropriated to all users” (GROSSBERG, WARTELLA e WHITNEY, 1998, p. 381)<sup>4</sup>. Cria-se, deste modo, uma estrutura que pode ser comparada a um verdadeiro *sistema neurológico mundial*, “una gigantesca rede de emissores y receptores, que interactúan mediante agentes ‘neurotransmisores’ electrónicos – que permite al ser humano comunicarse en tiempo y espacio real, a semejanza do cérebro humano” (STEFFAN, 1997, p.162).

Daí podermos afirmar, sem receio de cairmos em exageros, que o ciberespaço é hoje um correlato virtual para praticamente tudo que se encontra ancorado no *mundo físico*, pois a partir dele, inserem-se nesse mundo comunicativo: bancos, lojas, organizações, pontos/locais de encontro, etc. Por isso Lévy afirma que “le cyberspace nous permet d’observer de manière de plus en plus directe à peu près tout ce que nous voulons voir, et cette tendance est évidemment appelée à s’accélérer dans l’avenir” (LÉVY, 2002, p. 40)<sup>5</sup>. Ora, boa parte do comércio encontra-se

3. (isso se acompanha de uma modificação radical de nosso olhar sobre o mundo, de nossa maneira de encarar os problemas e de resolvê-los) Tradução livre.
4. (qualquer um pode criar uma página web, qualquer pessoa pode usar (por um custo mínimo) o correio eletrônico e qualquer pessoa pode acessar informações que podem ou não serem apropriadas por todos os usuários) Tradução livre.
5. (o ciberespaço nos permite observar de maneira mais e mais direta para praticamente qualquer coisa que queremos ver, e esta tendência está evidentemente determinada a acelerar no futuro) Tradução livre.



hoje aportado em estruturas virtuais, facilitando em diversos aspectos a circulação de produtos os mais diversos. Produzem-se a partir daí operações que repercutem tanto a nível social como ciberespacial. E nesta dinâmica entre o virtual e o material/físico a sociedade se erige interdependente e comunicativamente. Do ponto de vista sistêmico, fala-se de uma sociedade composta de comunicações, onde toda comunicação é uma operação interna à própria sociedade. Logo, surge a pergunta: poderia existir comunicação fora da sociedade?

Cabe destacar que, para Luhmann, a comunicação é o elemento básico da sociedade. Conforme este autor, a comunicação é uma síntese entre informação, ato de comunicação e compreensão (LUHMANN, 2001, p. 17). Nesse sentido,

si la sociedad está constituida por la totalidad de todas las comunicaciones, el resto del mundo está condenado a permanecer sin palabra. Se retira al silencio; aunque ni siquiera éste es un concepto adecuado porque sólo puede permanecer en silencio quien puede comunicar (LUHMANN, 2007, p. 119).

A comunicação, portanto, é um elemento característico de sistemas sociais. Estes se erigem e se articulam comunicativamente, e somente desta maneira. Ora, a sociedade “é o sistema abrangente de todas as comunicações, que se reproduz autopoieticamente, na medida em que produz, na rede de conexão recursiva de comunicações, sempre novas (e sempre outras) comunicações” (LUHMANN, 1997, p. 83).

No entanto, a partir das contribuições de Gottfried Stockinger, essa idéia de comunicação sofre algumas alterações substanciais. Ou seja, há uma (nova) diferenciação que pode (e precisa) ser feita, a saber, entre *sistemas sociais* e *cibersistemas* (STOCKINGER, 2001). Na lógica da diferenciação sistema/ambiente empregada por Luhmann, significa afirmar que ambos (sistemas sociais e cibersistemas) são operativamente fechados, constituindo-se reciprocamente ambiente um do outro. Para ser mais preciso, Stockinger fala em “*ciberambiente*” toda vez que um *cibersistema* constituir ambiente de um sistema social. O ciberespaço, na perspectiva deste autor, pode ser conceituado como “ambiente de mídia que é formatado para receber determinados sistemas virtuais acionados por software” (STOCKINGER, 2003, p. 127). Sob essa ótica, a comunicação permanece, tal qual Luhmann, *impessoal*, ou seja, não se fala de sujeitos/indivíduos, pois “já não é o usuário que estabelece os limites e o horizonte da comunicação. É um sistema operacional eletrônico, em relação ao qual os usuários formam apenas o seu ambiente” (STOCKINGER, 2001, p. 5).

Deste modo, sistemas sociais passam a criar uma relação de interação comunicativa com cibersistemas, criando-se uma relação de dependência, sendo que esta “dependência mútua também se reproduz e passa, assim, a fazer parte de cada

sistema, através de interpenetração e acoplamento estrutural” (STOCKINGER, 2003, p. 127). É justamente em relação ao acoplamento destes distintos tipos de sistemas de que trata este artigo.

Partindo da proposta de Stockinger de observar sistemas virtuais como *ciber-sistemas*, pode-se falar igualmente em uma comunicação no ciberespaço, isto é, em uma “*cibercomunicação*”. Significa afirmar que sistemas sociais utilizam para sua autopoiesis elementos e relações comunicativas operadas por ciberistemas, que passarão a ser parte integrante das ações e comunicações sociais. Entretanto, “a cibercomunicação multiplica e aumenta os desvios – as interpretações – de tal forma que se distanciam do significado original e criam áreas de sentido com seus significados próprios” (STOCKINGER, 2003, p. 131). Isso gera uma dificuldade ao sistema jurídico (visto como subsistema social) de observar este mundo virtual mesmo quando este já se encontra acoplado àquele (daí a “cegueira dos operadores do Direito” no tocante a estes temas tecnológicos).

Neste trabalho partiremos do entendimento que tal acoplamento dá-se por meio do contrato eletrônico. É este que, por sua vez, possibilita a estruturação do comércio eletrônico. Assim sendo, antes de observarmos este tipo de contratação, adentraremos brevemente nos aspectos que envolvem o comércio eletrônico.

## 2. COMÉRCIO ELETRÔNICO

O comércio eletrônico (*e-commerce*) pode ser considerado um avanço em termos de abertura do mercado, uma vez que rompeu com limitações de espaço e tempo. Para Tellini, comércio eletrônico “seria toda a atividade que compreende intercâmbio eletrônico de dados. Vista sob esta ótica, a noção de comércio eletrônico compreende todos os contratos celebrados por meio eletrônico” (TELLINI, 2006, p. 46). Finkelstein, por sua vez, define comércio eletrônico como uma modalidade de compra à distância, consistente na aquisição de bens e/ou serviços, através de equipamentos eletrônicos (FINKELSTEIN, 2004, p. 53).

Terminologia largamente utilizada pela doutrina estrangeira, que se incorporou à nacional<sup>6</sup> para caracterizar este tipo de relação jurídica comercial, são as expressões B2B e B2C. B2B significa *Business to Business*, isto é, refere-se especialmente

6. Nesse sentido, ver, por todos: MARQUES, Cláudia L. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

aos contratos celebrados entre empresas. Já B2C (*Business to Consumer*), refere-se àqueles contratos celebrados entre fornecedores e consumidores.

Como vimos no ponto anterior, o ciberespaço propiciou a criação de um correlato virtual para praticamente toda atividade comercial que ocorre no mundo físico. Exemplificativamente, lojas antes só físicas se encontram igualmente na forma virtual. Entendemos que a vivência nestes dois mundos eleva demasiadamente a complexidade e a contingência social, criando riscos e abrindo a necessidade de estabelecermos relações de confiança<sup>7</sup>. O aumento desenfreado das possibilidades de compras virtuais é um dos principais responsáveis pelo incremento do risco no comércio eletrônico, além de que, conforme Yao-Hua Tan, “Electronic Commerce environment is obviously an environment with risk, simply because commerce in general involves risk” (TAN e THOEN, 2000).

Não obstante, “this medium offers an unprecedented opportunity to increase the number of voices in the marketplace” (GROSSBERG, WARTELLA e WHITNEY, 1998, p. 381)<sup>8</sup>. Ora, criou-se, a partir do advento da Internet, uma facilidade de compra e um alcance ao público consumidor como nunca antes se teve na história. Produtos os mais diversos são hoje encontrados à venda no comércio eletrônico. Só para citar alguns, CDs, DVDs, Livros e Revistas encontram-se entre os produtos mais vendidos no comércio on-line brasileiro<sup>9</sup>.

Uma característica marcante deste tipo de comércio é a facilitação da circulação de informações atinentes à sua própria estruturação virtual. Tais informações circulam livremente no ciberespaço tendo por finalidade otimizar a atividade comercial, gerando, por exemplo, o perfil dos consumidores. Conforme Rodotà, o

elaborando le informazioni ottenute in occasione della fornitura dei servizi, possono creare informazione nuova (profili di consumo individuale o familiare, analisi di preferenze) che interessa altri soggetti, ai quali può essere venduta (RODOTÀ, 1995, p. 47)<sup>10</sup>.

7. O tema da confiança no comércio eletrônico a partir da matriz teórica pragmático-sistêmica já foi desenvolvido anteriormente em: MENNA BARRETO, Ricardo e ROCHA, Leonel Severo. Confiança nos Contratos Eletrônicos: uma Observação Sistêmica. In: Revista Jurídica Cesumar. Maringá (PR): vol. 7, n., 2, jul./dez. 2007.
8. (este meio oferece uma oportunidade sem precedentes para aumentar o número de vozes no mercado) Tradução livre.
9. Informação disponível em: [www.e-commerce.org.br](http://www.e-commerce.org.br). Acesso em: 20 de ago. de 2008.
10. (o desenvolvimento da informação obtida durante a prestação de serviços, pode criar novas informações (perfis de consumo individual ou familiar, a análise das preferências) que afeta outras entidades, os quais podem ser vendidos).

Nesse mesmo sentido, não é mera coincidência recebermos e-mails (spams<sup>11</sup>) divulgando produtos pelos quais nos interessamos, dias depois de os procurarmos/pesquisarmos na Internet. A navegação por certos sites faz com que fiquem registrados dados pessoais os mais diversos (traduzindo o perfil do consumidor).  
Para Sibilia

cada vez más, la identificación del consumidor pasa por su perfil: una serie de datos sobre su condición socioeconómica, sus hábitos y preferencias de consumo. Todas estas informaciones se acumulan mediante formularios de encuestas y se procesan digitalmente; luego se almacenan en bases de datos con acceso a través de redes, para ser consultadas, vendidas, compradas y utilizadas por las empresas en sus estrategias de marketing. De ese modo, el propio consumidor pasa a ser un producto en venta (SIBILIA, 2005, p. 34-35).

A virtualização, logo, é um fenômeno que atingiu em diversos pontos a atividade comercial. Isso até o ponto em que, conforme Lévy, “no comércio do futuro, a maior parte dos produtos serão concebidos e comprados pelos consumidores antes de serem efetivamente fabricados ou montados” (LÉVY, 2001, p. 57).

Vale destacar, ainda, que a dinâmica deste tipo de comércio é, principalmente, a de comunicar além das fronteiras físicas. Atualmente é possível em praticamente qualquer país, se comprar produtos via Internet. Isso fez com que alguns países passassem a pensar o comércio virtual de forma diferenciada.

Para exemplificar, podemos trazer inicialmente o exemplo colombiano. A Colômbia, nos últimos anos, vem se estruturando gradativamente para acompanhar os avanços da era digital, tendo criado regulamentação (Lei n. 527 de 1999) para o Comércio Eletrônico (VILLAMIZAR, 2001, p. 55-114). Esta lei<sup>12</sup> regulamenta o acesso e uso de mensagens de dados, do comércio eletrônico e das firmas digitais, entre outros aspectos concernentes ao mundo virtual. A propósito, em seu artigo 2º, esta lei define comércio eletrônico como aquele comércio que

Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes

11. Spams são mensagens não solicitadas, contendo, na maioria das vezes, teor publicitário. Desvelando o sentido etimológico desta palavra, Steven Pinker afirma que Spam não é, “como acreditam alguns, uma sigla para ‘Short, Pointless and Annoying Messages’ (mensagens curtas, inúteis e irritantes). A palavra está, sim, relacionada ao nome do tipo de embutido vendido pela Hormel desde 1937, uma fusão de ‘Spiced Ham’ (presunto picante)”. Um esquete do programa de televisão Flying Circus, do Grupo Monty Phytton (onde, em um café, “uma garçonete” (um integrante do grupo) atende um casal repetindo diversas vezes a palavra spam), inspirou hackers do final da década de 1980, que passaram a usá-la como verbo para inundar grupos de discussão com mensagens idênticas. In: PINKER, Steven. Do que é Feito o Pensamento: a língua como janelinha para a natureza humana. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 30-31.

12. Para vê-la na íntegra, remeto ao site: [http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0527\\_99.HTM](http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/L0527_99.HTM).

de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras.

Há quem sustente (CARVAJAL) que esta lei segue muito de perto a Lei Modelo da UNCITRAL. Carvajal, colocando as críticas que esta lei tem admitido, ainda completa afirmando que

es claro que la nueva ley de comercio electrónico no es tecnológicamente neutra porque adopta como esquema de seguridad la Infraestructura de Clave Pública (Public Key Infrastructure). Esta tecnología está basada en la existencia de entidades certificadoras, legalmente facultadas para generar firmas digitales, sobre la base de un par de claves, una de conocimiento público y otra secreta (CARVAJAL).

Por outro lado, ainda no que tange as iniciativas legais acerca do comércio eletrônico, é oportuno mencionar a Diretiva n. 2000/31/CE<sup>13</sup> do Parlamento Europeu e do Conselho, de oito de junho de 2000, referente aos aspectos jurídicos dos serviços da sociedade da informação, notadamente o comércio eletrônico. A União Europeia, percebendo a necessidade de regulação dos mais diversos aspectos da denominada “Sociedade da Informação”, criou a referida Diretiva. Conforme a Diretiva em questão

(2) o desenvolvimento do comércio electrónico na sociedade da informação faculta oportunidades importantes de emprego na Comunidade, particularmente nas pequenas e médias empresas, e irá estimular o crescimento económico e o investimento na inovação por parte das empresas europeias e pode igualmente reforçar a competitividade da indústria europeia, contanto que a internet seja acessível a todos.

O principal objetivo desta diretiva é contribuir para o correto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre Estados-Membros, conforme reza seu artigo 1º (1). Em seu artigo 2º, a diretiva delinea uma série de importantes conceitos, tais como: serviços da sociedade de informação, prestador de serviços, consumidor, comunicação comercial, etc., de modo a elucidar quaisquer problemas hermenêuticos que venham a surgir.

13. Texto legal disponível integralmente no site da Comunidade Europeia, em diversas línguas, inclusive em português: [www.europa.eu.int](http://www.europa.eu.int).

Outro ponto que cabe mencionar da Diretiva 2000/31/CE, é o que estabelece os contratos celebrados por meio eletrônico (Seção 3), que aqui muito nos interessa. Em seu artigo 9º (1), a diretiva coloca que os Estados-Membros deverão assegurar que os seus sistemas legais permitam a celebração de contratos por meios eletrônicos. Isso impõe a necessidade de que o regime jurídico aplicável ao processo contratual “não crie obstáculos à utilização de contratos celebrados por meios eletrônicos, resultando na privação de efeitos legais ou de validade desses contratos, pelo fato de serem celebrados por meios eletrônicos”. Não obstante, existem exceções, pois conforme o artigo 9º (2) existem contratos que, caso os Estados-Membros assim determinem, não se aplicará o 9º (1), entre eles os contratos que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis, contratos de caução, etc.

Ainda, outro ponto igualmente importante desta Diretiva é que, ao regular as atividades da sociedade de informação, ela não tratou de regras sobre competência judicial internacional – observe-se o artigo 1(4) – deixando, assim, os Estados-Membros livres para regular sobre o tema (TELLINI, 2006, p. 132).

Por derradeiro, observemos a Lei Modelo da UNCITRAL<sup>14</sup> (United Commission on International Trade Law) de 1996, sobre o Comércio Eletrônico. Esta Lei foi uma forma de buscar-se certa uniformidade no tocante a este tipo de comércio. Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que, pelo menos em termos normativos, a referida Lei Modelo é uma das grandes iniciativas que se teve nos últimos tempos – ressalva-se, uma iniciativa da ONU.

Ou seja, estamos diante de uma das principais referências sobre o tema, servindo de base para diversos regramentos que versam sobre o comércio eletrônico. Vários países serviram-se e vem se servindo da Lei Modelo da UNCITRAL para estruturarem suas normas internas acerca deste tipo de comércio. Daí já se depreende a importância desta lei. Contudo, destaque-se que esta Lei Modelo serve apenas de modelo (desculpem-nos a redundância) para países associados às Nações Unidas, sendo, portanto, uma sugestão para que os países associados elaborem leis tendo por base este modelo (FINKELSTEIN, 2004, p. 90).

É provável que, atualmente, a iniciativa normativa mais clara e de maior flexibilidade no que tange o comércio eletrônico seja a Lei Modelo da UNCITRAL. Seu caráter aberto permite a inclusão de novas formas virtuais de contratar que eventualmente ocorram, e que podem gerar, por sua vez, novos modos de contratação num futuro próximo, diferentemente dos que conhecemos no momento presente.

14. Web site: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

Tento visto aspectos gerais do comércio eletrônico, podemos passar para o ponto seguinte. Nele delinearemos um conceito sistêmico de contrato eletrônico, mais adequado com a realidade virtual que se impõe ao sistema jurídico atualmente.

### 3. CONTRATO ELETRÔNICO COMO CIBERCOMUNICAÇÃO JURÍDICA

O surgimento do ciberespaço e do comércio eletrônico, fez com que as relações obrigacionais surgissem, por meio do contrato, revestidas com complexas configurações, uma vez que este instituto teve suas estruturas modificadas no tocante à sua forma tradicional. Em outras palavras, o contrato apresenta-se distintamente quanto à sua forma física: encontra-se desmaterializado, *virtual*, resultante da utilização que se faz do computador atualmente para todas as etapas da contratação.

Aliás, esse cenário cibernético que se descortina, ante o olhar horripilado dos juristas mais tradicionais, não é nenhuma novidade, uma vez que há quase quatro décadas já se vislumbrava a possibilidade de o computador tornar-se parte efetiva da vida dos operadores do Direito. Nesse sentido, Tenório afirmou que “o computador interessa ao Direito. A cibernética não é assunto que pode ser ignorado. O Brasil precisa usar do que de mais moderno existe, para atravessar a barreira de seu crescimento” (TENÓRIO, 1970, p. 91). Não há, portanto, nada de muito novo; o computador se inserir na vida dos juristas já era uma realidade que se cristalizava há praticamente 40 anos atrás.

O contrato eletrônico é, no entanto, uma realidade relativamente recente. Sua utilização se acentuou no Brasil especialmente no final da década de 90 e no início dos anos 2000. Pois bem, para observarmos o contrato eletrônico, faremos breves apontamentos sobre uma noção mais dogmática de contrato, construída recentemente pela doutrina brasileira. Só depois ponderaremos os aspectos sistêmicos do mesmo, visando, assim, chegar à noção de *cibercomunicação jurídica*, peça-chave deste trabalho.

Note-se, primeiramente, que o contrato eletrônico é fruto de uma realidade cada vez mais dominada pelo virtual, operada notadamente pelo computador. Este tipo de contratação tem por principal característica o emprego de um meio eletrônico para sua celebração, daí a expressão (FINKELSTEIN, 2004, p. 187). Frise-se que falamos aqui de contratos eletrônicos em sentido amplo. Uma subespécie deste tipo de contrato, muito comum atualmente, seria o *Contract Performed Online*<sup>15</sup>.

15. O qual, por motivos de espaço, não abordaremos neste trabalho.

Assim, um contrato eletrônico entre duas partes comunicantes, cuja execução da obrigação contratada se dê totalmente online e cujo objeto seja uma prestação de serviço eletrônica, será considerado eletrônico direto, vale dizer, um *Contract Performed Online* (CPO) (TELLINI, 2006, p. 57).

Ante essa nova configuração contratual, a dogmática jurídica civilista/consumerista ainda não previu normativamente aquilo que se denominou *contrato eletrônico*. Não obstante, este tipo de contrato já tem merecido uma (ainda tímida) atenção por parte da doutrina.

Newton de Lucca faz uma distinção, diferenciando contratos informáticos de telemáticos. O contrato eletrônico como entendemos neste trabalho, seria aquilo que este autor denomina *contratos telemáticos*, ou seja, aqueles “contratos que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração” (DE LUCCA, 2003, p. 93). Buscando explicar esta nova modalidade de contratação, Lorenzetti afirma que “uma vez constatado que o meio digital é utilizado para celebrar, cumprir ou executar um acordo, estaremos diante de um ‘contrato eletrônico’” (LORENZETTI, 2004, p. 287). Wielewicki, por sua vez, entende que os contratos eletrônicos podem ser definidos como “instrumentos obrigacionais de veiculação digital. São todas as espécies de signos eletrônicos transmitidos pela Internet que permitem a determinação de deveres e obrigações jurídicos” (WIELEWICKI, 2001, p. 198).

As observações destes autores convergem ao demonstrar claramente que o contrato, após o advento do computador, vem se despidendo gradualmente da tradicional forma física com a qual é conhecido. As expectativas que as partes possuem agora são depositadas em um instrumento *virtual* (digital), por partes virtuais (!) propiciando, desse modo, construções jurídicas bem mais flexíveis.

Apreciados esses apontamentos doutrinários, podemos começar a observar sistemicamente o contrato. O contrato, luhmannianamente falando, pode ser definido, em um primeiro momento, como uma expectativa normativa<sup>16</sup> que as partes

16. Importante destacar que, para Niklas Luhmann, por expectativa entende-se o aspecto temporal do sentido na comunicação, e não apenas o estado atual de consciência de um indivíduo determinado. LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 182. Luhmann prevê, deste modo, duas possibilidades contrárias de reação a desapontamentos. Fala-se da diferenciação que este sociólogo faz entre expectativas cognitivas / normativas. Tal diferenciação, não é definida em termos semânticos ou pragmáticos, senão em termos funcionais. Em outras palavras, pode-se dizer que ela trabalha a antecipação tendo em vista a solução de um determinado problema. No que tange às expectativas cognitivas, há certa flexibilidade, existindo a possibilidade de alteração da expectativa. Ou mesmo, “ao nível cognitivo são experimentadas e tratadas expectativas que, no caso de desapontamentos, são adaptadas à realidade” LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 56. No caso das expectativas normativas, ante o desapontamento, estas se sustentam. A frustração é algo até previsto, pois (sempre) existe a possibilidade de frustração; mas não se abandona a expectativa diante dela.



possuem, ou seja, em frente a situações conflituosas complexas e contingentes, ele se mantém, traduzindo as vontades dos pólos contratantes. O contrato, como instituição, contribui “para a elevação do grau de abstração, da elasticidade, da capacidade de adaptação e da possibilidade de diferenciação de expectativas comportamentais institucionalizadas” (LUHMANN, 1983, p. 90). É, nesse sentido, uma forma efetiva de evitarem-se previsões normativas para todo tipo de construções jurídicas que podem vir a surgir, sendo assim uma forma de traduzir normativa e flexivelmente expectativas comportamentais.

Por outro lado, podemos observar o contrato como acoplamento estrutural, entendendo o Direito e a Economia como sistemas autopoieticos, isto é, como sistemas operativamente fechados, operando a partir de seus códigos (binários) próprios e de abertura cognitiva a irritações provenientes do ambiente. O contrato, nessa ótica, é, simultaneamente, uma operação jurídica e econômica. Sob esse aspecto, o contrato tem efeitos distintos não apenas nesses sistemas, mas igualmente em qualquer sistema parcial que se tome como ponto de observação (ROCHA e DUTRA, 2005, p. 296). Porém, ainda precisamos elucidar a seguinte questão: o que é acoplamento estrutural?

Acoplamento estrutural é uma forma de explicar como é possível a comunicação entre diferentes sistemas. Conforme Luhmann, “el acoplamiento estructural es una forma, una forma constituida de dos lados; con otras palabras: una distinción” (LUHMANN, 2002, p. 508). O contrato, nessa perspectiva, é uma forma privilegiada de acoplamento estrutural, acoplando os sistemas do Direito e da Economia, que o reconstruem em seu interior como operações próprias do sistema. Considerado sob essa ótica, o contrato existe em ambos os sistemas.

O que se pretende demonstrar, no entanto, é que o contrato, nomeadamente o contrato eletrônico, *acopla igualmente sistemas sociais e ciberistemas*, sendo, portanto, uma figura híbrida. Como vimos acima, o contrato eletrônico é mediado por computadores, sendo estes, finalmente, os possibilitadores do avanço destas tecnologias. Daí a importância de destacar, mesmo que brevemente, o computador na perspectiva da Teoria dos Sistemas de Luhmann.

Para Luhmann,

hoy día se usan computadoras cuyas operaciones no son accesibles ni a la conciencia ni a la comunicación; es decir, no son accesibles ni en la simultaneidad de tiempo ni en la reconstrucción. A pesar de ser máquinas producidas y programadas, tales computadoras trabajan de tal modo que para la conciencia y la comunicación resultan intransparentes. Son máquinas (...) invisibles (LUHMANN, 2007, p. 86).

O que Luhmann quer dizer é que os computadores são máquinas que não possuem autonomia, ou seja, “vida própria”. São máquinas construídas e operadas por seres humanos. Do mesmo modo, suas operações internas não podem ser consideradas como comunicação, no sentido sistêmico luhmanniano do termo. Não obstante, Luhmann ainda entende que o computador seja capaz de proporcionar outras formas de acoplamento estrutural diferentemente das que já conhecemos (LUHMANN, 2007, p. 87). Pois esta é justamente a pista para cruzarmos o umbral que envolve o aspecto comunicacional da contratação eletrônica, e começarmos a adentrar no conceito de contrato eletrônico como cibercomunicação jurídica.

Como mencionamos anteriormente, a partir da proposta de Gottfried Stockinger, a noção de comunicação sofre algumas modificações. Não obstante, os pressupostos teóricos luhmannianos se adaptam sobremaneira à comunicação através do ciberespaço (STOCKINGER, 2001, p. 2); partindo de tais pressupostos, observamos que sistemas sociais e cbersistemas são tidos como operativamente fechados, constituindo-se reciprocamente ambiente um do outro. Por operativamente fechados, definem-se os sistemas que, para sua produção, se remetem à rede de suas próprias operações e neste sentido se reproduzem a si mesmos (LUHMANN, 2002, p. 98-100). Tratam-se, portanto, de sistemas autopoieticos<sup>17</sup>.

Estamos diante de um quadro onde sistemas sociais (entre eles o Direito) passam a usar, para sua autopoiese, elementos e relações comunicativas (por exemplo, *e-mails*) operadas por cbersistemas, os quais passam, a partir de então, a ser parte integrante das ações e comunicações sociais (STOCKINGER, 2003, p. 127). O contrato eletrônico é justamente um desses elementos comunicativos, ou, mais que isso: é uma figura híbrida, ao mesmo tempo social e virtual, operando não só em sistemas sociais, mas igualmente em sistemas virtuais. É justamente por isso que “a velocidade da mudança social aumenta na medida em que o ciberespaço interage com o processo de comunicação social” (STOCKINGER, 2003, p. 136).

O contrato eletrônico é, em verdade, uma forma diferenciada de comunicação. Nomeamos este tipo de contrato de *cibercomunicação jurídica*. Ele possibilita que sistemas virtuais possam acoplar-se ao processo de reprodução dos elementos constitutivos do sistema social, especificamente do sistema jurídico. Nesse sentido, este contrato é entendido como acoplamento estrutural.

17. Destaca-se que Niklas Luhmann foi fortemente influenciado pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela (MATURANA, H.; VARELA, F. *El Árbol del Conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires: Lumen, 2003.). Partindo dos contributos destes dois autores, Luhmann lança as bases de sua Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos em: LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1984.

Ora, se por um lado, o contrato acopla o sistema jurídico e o sistema econômico, por outro, ele igualmente acopla estes sistemas a cbersistemas. A complexa interação que daí advém gera irritações em ambos os sistemas. Tais irritações, por vezes, acabam por se traduzir (no caso do sistema do Direito) em problemas frente aos quais a dogmática jurídica (ainda) não encontrou solução. Não obstante, para Luhmann todo sistema necessariamente se adapta a seu ambiente, pois se não fosse desta maneira não poderia existir. “Dentro do espaço de possibilidades disponíveis realiza suas operações em condições de absoluta autonomia. O ambiente pode afetar o sistema somente quando produz irritações. A irritação é uma forma de percepção do próprio sistema” (LUHMANN, 2002, p. 510-511).

Não obstante, mesmo diante da dificuldade do sistema do Direito de traduzir estas irritações, observa-se que conjunta e reciprocamente há uma evolução de sistemas sociais e cbersistemas. O comércio e, conseqüentemente, o contrato eletrônico, retratam com acerto uma incorporação dessa realidade virtual pelo sistema social. Deste modo, “o acoplamento estrutural entre sistemas sociais e cbersistemas, formatados como cberambientes para uso social, passa a ser constitutiva para a gênese de ambos. Ele fortalece as relações entre os seus elementos” (STOCKINGER, 2003, p. 127).

A Internet, nesse quadro sócio-virtual, possui papel de destaque. Entendemos que é a grande rede quem possibilita estas construções jurídico-sociais (virtuais), amplificando enormemente a capacidade comunicativa da sociedade. Ainda, conjuntamente com Stockinger, podemos observar que

a internet ou rede não apenas amplifica a formação de campos de comunicação social enquanto “instrumentos”: ela é capaz de fazer emergir construções culturais e sociais inéditas, que se transformam praticamente em sujeito, ganha “vida” própria, uma vida virtual equipada com inteligência artificial (STOCKINGER, 2001, p. 4-5).

Exatamente por isso não procede a tão famosa crítica (já clichê) de que a Internet criou um isolamento entre as pessoas<sup>18</sup>, pois graças a ela houve um alargamento da capacidade comunicativa da sociedade, repercutindo em todos os âmbitos do social, inclusive aproximando indivíduos de diferentes partes do globo.

Podemos, finalmente, observar que houve um aumento da complexidade social devido a este quadro virtual que se incorporou à sociedade. Criou-se aquilo que podemos denominar de *complexidade cberespacial*, entendida esta como o

18. Sobre o impacto da Internet na interação entre os indivíduos, ver especialmente, DIMAGGIO, Paul et al. Social Implications of the Internet. Op. cit., p. 314 e ss.

correlato virtual de infinitas possibilidades criado pelo ciberespaço para tudo o que existe em sociedade. Deste modo, nesta dinâmica entre o virtual e o material a sociedade (sistema social), os subsistemas sociais (nomeadamente o Direito) e o ciberespaço se erigem comunicativamente numa relação de interdependência mútua, em um processo constante de redução e aumento de complexidade.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato eletrônico, ainda carente de uma observação diferenciada por parte do Direito, foi observado neste trabalho como “*cibercomunicação jurídica*”. Entendemos este contrato como uma forma privilegiada, que acopla não somente sistemas sociais (por exemplo, Direito e Economia), mas igualmente sistemas sociais com cibernsistemas. O contrato eletrônico é, nesse sentido, uma figura híbrida.

Percebemos que nesta dinâmica entre o virtual e o material a sociedade (vista como sistema social), os subsistemas sociais (nomeadamente o Direito) e o ciberespaço se erigem comunicativamente, *numa relação de interdependência mútua*. Esta dependência se reproduz, passando, assim, a fazer parte de cada sistema, isso por meio de interpenetração e acoplamento estrutural.

Destaca-se que o contrato eletrônico visto como cibercomunicação jurídica é uma forma de acoplamento estrutural, uma vez que a partir dele sistemas virtuais podem acoplar-se ao processo de reprodução dos elementos que compõe o sistema social, especificamente do sistema jurídico.

Procurou-se, portanto, no presente ensaio, observar o contrato eletrônico em consonância com as configurações de uma sociedade que podemos denominar complexa. A perspectiva esboçada neste trabalho é apenas uma, das tantas formas possíveis, de indicar possibilidades de construção de alternativas para a tomada de decisões no campo da dogmática contratual.

### BIBLIOGRAFIA

BROWN, G. Spencer. *Laws of Form*. New York: E. P. Dutton, 1979.

CARVAJAL, Mauricio. Ley de Comercio Electrónico in Colombia (Ley 527 de 1999). *AR: Revista de Derecho Informático*. Disponível em: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=406>. Acesso em: 23 de ago de 2008.

DE LUCCA, Newton. *Aspectos Jurídicos da Contratação Informática e Telemática*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIMAGGIO, Paul et al. Social Implications of the Internet. In: *Annual Review of Sociology*, vol 27, (2001). Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2678624>. Acesso em: 21/07/2008.

- DIZARD, Wilson P. *A Nova Mídia: a comunicação de massa na era da informação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- FINKELSTEIN, Maria E. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- GROSSBERG, Lawrence; WARTELLA, Ellen; WHITNEY, D. Charles. *MediaMaking. Mass Media in a Popular Culture*. Thousand Oaks/California: SAGE Publications, 1998.
- LÉVY, Pierre. *A Inteligência Coletiva. Por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo: Edições Loyola, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Cyberdemocratie*. Paris: Éditions Odile Jacob, Janvier, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia World. O Mercado, O Ciberespaço, a Consciência*. Coleção Epistemologia e Sociedade. Lisboa: Piaget, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da Comunicação*. Lisboa: Vega, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Complejidad y Modernidad: de la Unidad a la Diferencia*. Edición e traducción de Josetxo Beriain y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998a.
- \_\_\_\_\_. *El Derecho de la Sociedad*, Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- \_\_\_\_\_. *La Sociedad de la Sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Ed. Herder/Universidad Iberoamericana, 2007.
- \_\_\_\_\_. O conceito de sociedade. In: *Novos Desenvolvimentos na Teoria dos Sistemas*. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta e SAMIOS, Eva Machado Barbosa. *Niklas Luhmann: a Nova Teoria dos Sistemas*. Porto Alegre: UFRGS, Ed. da Universidade, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Sistemas Sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998b.
- \_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Soziale Systeme. Grundrisse einer Allgemeinen Theorie*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1984.
- MARQUES, Cláudia L. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *El Árbol del Conocimiento: las bases biológicas del entendimiento humano*. Buenos Aires: Lumen, 2003.

- MENNA BARRETO, Ricardo e ROCHA, Leonel Severo. Confiança nos Contratos Eletrônicos: uma Observação Sistêmica. In: *Revista Jurídica Cesumar*. Maringá (PR): vol. 7, n., 2, jul./dez. 2007.
- PINKER, Steven. *Do que é Feito o Pensamento: a língua como janela para a natureza humana*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- QUÉAU, Philippe. Cyberculture et info-éthique. Relier les Connaissances: le défi du XXI siècle. Journées thématiques conçues et animées par Edgar Morin. Paris: Éditions du Seuil, 1999.
- ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jéferson L. D. Notas Introdutórias à Concepção Sistêmica de Contrato. In: ROCHA, L. S., STRECK, Lenio Luis; MORAIS, Jose L. Bolzan. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado*. Porto Alegre; São Leopoldo: Livraria do Advogado Ed.; UNISINOS, 2005.
- RODOTÀ, Stefano. *Tecnologie e Diritti*. Bologna: Il Mulino, 1995.
- SIBILIA, Paula. *El Hombre Postorgánico: cuerpo, subjetividad y tecnologías digitales*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- STEFFAN, Heinz Dieterich. Globalización, Educación y Democracia. In: CHOMSKY, N; STEFFAN, H. D. *La Aldea Global*. Taffala: Txalaparta, 1997.
- STOCKINGER, G (2001). *A Interação entre Cibersistemas e Sistemas Sociais*. Disponível em: [www.bocc.ubi.pt](http://www.bocc.ubi.pt).
- \_\_\_\_\_. (2003). *Para uma Teoria Sociológica da Comunicação*. Texto disponível em: [www.bocc.ubi.pt](http://www.bocc.ubi.pt).
- TAN, Yao-Hua; THOEN, Walter. *Formal Aspects of a Generic Model of Trust for Electronic Commerce*. In: Proceedings of the 33rd Hawaii International Conference on System Sciences – 2000.
- TELLINI, Denise Estrella. *Regime de Direito Internacional Privado na Responsabilidade dos Provedores de Internet: (Content Services Providers e Intermediary Service Providers) pela qualidade dos serviços executados online*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.
- TENÓRIO, Igor. *Direito e Cibernética*. Brasília: Coordenada Editora de Brasília, 1970.
- VILLAMIZAR, Francisco Reis. *Comércio Eletrônico – Recentes Avanços Jurídicos na Colômbia*. In: *Comércio Eletrônico*. Organizadores: Ronaldo Lemos da Silva Junior, Ivo Waisberg. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WIELEWICK, L. Contratos e Internet - Contornos de uma breve análise. In: *Comércio Eletrônico*. Organizadores: Ronaldo L. da Silva Jr., Ivo Waisberg. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

## XII

# A FORÇA EMANCIPATÓRIA DA LITERATURA: ENTRE O UNIVERSO DA NARRATIVA E O DA VERDADE

*Roberto Bueno*

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

**RESUMO:** O artigo parte da premissa de que os dogmatismos encontraram seu ocaso em um mundo que aprecia as liberdades e que visa, através dos mecanismos da cultura, da opinião pública e de diferentes tipos de direito, proteger essas liberdades tanto quanto promover amplas condições sobre as quais os cidadãos possam optar pela realização dos planos de vida mais congruentes consigo próprios. Desta forma, a estrutura científica assentada em sistemas fechados proposta às ciências humanas tende a socavar, antes do que fazer vicejar, a todos quantos procurem os valores acima mencionados. Nossa proposta é de que o soerguimento do indivíduo em tempos de massificação pode encontrar alternativa na vivificação das narrativas literárias antes do que nas estruturas filosófico-científicas que habitam diversas áreas do saber.

**PALAVRAS CHAVES:** Literatura, direito, emancipação, narrativa, Rorty, verdade.

**ABSTRACT:** This article supposes that the dogmatism found their decline in the world we are living now. This is a world which appreciate freedom and are seeking through cultures mechanism, public opinion and unlike species of law, to protect freedom. At the same time these societies are trying to promote wide conditions to the citizenship to choose between many kinds of ways of life which shows them congruent with their own values. In this way, the scientific structure based in closed system proposed to human sciences doesn't help but undermine every citizens which are looking for these values mentioned. Our purpose is that the individuals raise in times of massification could find another choice in encourage the free narratives but not in the scientific-philosophical structures which had occupy many grounds of knowledge.

**KEYWORDS:** Literature, law, emancipation, narrative, Rorty, true.

**SUMÁRIO:** 1. Literatura e filosofia: pontuando limitações – 2. Verdade e literatura: entre a razão e a poética – 3. Ciência, individualismo e tolerância: Rorty e o rosto humano do liberalismo – 4. Espaço e tempo: as possibilidades do sujeito histórico através da poesia – 5. As vicissitudes da liberdade: entre os desígnios da razão e as alternativas da literatura. Aproximações literárias ao processo emancipatório – 6. O relativismo e suas circunstâncias: o caso James – 7. Ação humana e literatura: A cabana do pai Tomás a significativa força persuasória da narrativa de Stowe – Referências bibliográficas.

## 1. LITERATURA E FILOSOFIA: PONTUANDO LIMITAÇÕES

O trabalho que proponho desenvolver nessas linhas está destinado a um público fundamentalmente preocupado com as questões atinentes às relações entre filosofia, política, literatura e o direito. Como ficará bastante claro, este é um texto concebido e direcionado a um público que se aproxima aos objetos da filosofia através das lentes da política, da literatura e do direito sem, contudo, fazê-lo com a *expertise* do filósofo profissional mas, antes com a mente do curioso.

Este capítulo pretende pontuar debates que se têm proposto em torno ao conceito de verdade e sua aplicação ao direito e à política assim como sua perspectiva de abordagem desde a literatura, isto sim, de forma não metódico-sistemática e anti-dogmática. Não raramente ao falarmos de verdade nessas searas movemo-nos intuitivamente pelo campo de uma certeza que, a dar por certa nossas melhores percepções sobre os avanços científicos na área das ciências sociais, efetivamente, não podemos continuar a sustentá-las. Diria que isto se sustenta inobstante tantas e bem propostas tenham sido as pontuações a este respeito de, por exemplo, Popper (2003, 1975) e Kuhn (1990).

Algumas dessas questões levantadas nos capítulos e parágrafos antecedentes voltaram a povoar minha mente no momento em que tomei conhecimento do falecimento de Rorty (1931-2007).<sup>1</sup> Rorty já não pronuncia o verbo mas as contribuições e o debate sobre suas propostas não apenas não cessaram como se tornaram de maior alcance e profundidade. O tempo e suas infáveis circunstâncias o calaram, mas seu legado é matéria-prima para muitos dos melhores, mais intensos e calorosos debates dos quais nossas sociedades tanto se ressentem. Rorty foi um dos maiores expoentes da denominada “filosofia neopragmática” ou “pós-analítica”,<sup>2</sup> e segundo os termos em que a propôs, creio que o diálogo com nossa sociedade aberta democrática poderá revelar-se frutífero.

Uma de suas imagens mais chamativas para este desiderato é a de que a concepção de verdade é “algo que se construye en vez de algo que se halla” (RORTY, 1991, p. 23). Deveras, ao contrapormos idéia como essas à literatura machadiana, tal como a presente nas letras de *Dom Casmurro*, podemos deparar-nos com uma imagem bastante sugestiva. Todas essas melhores e mais promissoras

1. Rorty faleceu no dia 8 de junho de 2007, em Palo Alto, na Califórnia (EUA), decorrente de câncer no pâncreas.
2. Rorty sempre se demonstrou bastante cuidadoso em apresentar-se como fiel pertencente a qualquer dessas assim como de quaisquer outras correntes filosóficas. Seja como for, vários dos especialistas que lhe dedicam tempo não hesitam em posicioná-lo entre todos que bordeiam ou, mesmo, “incluem a filosofia analítica contemporânea.” (SOUZA, 2005, p. 14).



imagens advêm das incertezas e da provisoriedade dos diálogos comunicativos que estabelecemos a partir dos quais construímos narrativas. Encontramos na obra de Machado de Assis uma referência preciosa a este respeito. Como se sabe, o argumento central dessa obra machadiana é a inventiva situação de amor pleno, em princípio correspondido mas, ao final, maculado pela dúvida da traição na percepção do ciumento Bentinho. Tal suspeita foi capaz de corroer o espírito de um homem formado na retidão dos princípios morais de um ex-seminarista cristão para transformá-lo na acidez, amargura e vingatividade em pessoa. Teremos oportunidade de voltar ao assunto em futuras seções desse trabalho.

Entre as pontuações iniciais ao leitor deste ensaio cabe mencionar que o conceito de liberalismo manejado por este escrito possui similar significado aquele que lhe é emprestado pelo pensamento filosófico político norte-americano. Trata-se, portanto, de uma concepção de liberalismo que não tem por escopo o aprofundamento do viés desigualitário das sociedades, senão que (pre)ocupa-se com sua limitação a níveis politicamente legítimos, moralmente toleráveis e economicamente tão producentes quanto eficazes. Encontra-se, portanto, próximo ao pensamento do partido democrata norte-americano, ou seja, daquilo que entre nós, no pensamento europeu e latino classificaríamos como social-democracia.

A rigor, portanto, o significado do vocábulo que viemos empregando no parágrafo anterior não tem a dimensão e a expressividade que lhe é atribuído, por exemplo, entre nós, no Brasil. Não se trata de aproximar-nos ao seu “verdadeiro” significado mas, isto sim, de delimitar o que entenderemos como liberal. Nossa proposta é aceitar que em nosso jargão filosófico-político o vocábulo liberal é entendido como designador de toda uma tradição de pensamento ligada, historicamente, ao *laissez-faire*, à desregulamentação da economia e todos os seus desenvolvimentos teóricos que desembocam no que comumente intitulado neoliberalismo.

Quanto à proposta desse ensaio, assumimos como a colaborar para um, a esta altura, já alentado debate sobre as certezas que habitam a penumbra das salas de debate, acadêmico-jurídicos, *strictu sensu* e, não menos, a soberba que recheia a personalidade de seus atores. Neste sentido, recordamos certa referência histórica dos hábitos romanos. Como observava meu madrilenho professor Del Águila, se dizia que na Roma antiga

Os césares ou generais que celebravam um triunfo levavam atrás deles um escravo que sujeitava solícito a coroa de lauréis e que, em meio às aclamações da multidão pelo seu feito, lhe murmurava “recorda que não és nada mais que humano, que és limitado, que não podes tudo”. (1994, p. 17).

Entre nós e a sapiência prudente dos romanos há uma diferença, e parece ser que reside apenas em que já não nos precavemos de alertar a ninguém, e a soberba ganha espaço nas novas aparições à multidão, a saber, às mídias. O escravo romano servia como a consciência racional frente à pura sensação da vaidade movida pela aclamação popular. O silêncio, este, não teria tal efeito sobre a vaidade, aliás, como dizia em seu momento Guimarães Rosa quando nada acontece, há um milagre que não estamos vendo, enfim, o nada também pode ser um fenômeno bastante impactante. No silêncio a vaidade não se projeta geometricamente como quando a aclamação pública lhe soa aos ouvidos, mas ainda assim há, como diz Guimarães Rosa, um milagre, mas o que ocorre é que não o vemos. Talvez também aqui fizesse falta alguém que, à semelhança do escravo, nos murmurasse e contasse do que efetivamente se trata.

Na órbita da política não nos deparamos hodiernamente com valetes tão úteis como aqueles que, subhumanamente prestavam seus serviços aos generais romanos. Em nosso tempo proliferam apenas assessores, mas esses já não sussurram advertências da transitoriedade ou humanidade de seus chefes e comandantes mas, antes, reforçam tanto seu caráter subalterno como o ego a quem servem. Os assessores apenas buscam a vida longa do contrato precário que lhes sustenta as vaidades da vida.

Algumas perguntas que dimanam dessas posturas são sobre se há, efetivamente, alguma verdade possível nisto? Ainda, se pode uma sociedade aberta democrática construir-se sob a égide de um discurso dominado pela soberba e pela inabalável crença nas potencialidades do saber humano.

## **2. VERDADE E LITERATURA: ENTRE A RAZÃO E A POÉTICA**

O que dizer do estado atual do conceito de verdade operativo em um mundo cujas relações encontram-se marcadas por intransigências de todo tipo? Dentre essas relações ressaltam as de fundo religioso que, ao fim e ao cabo, informam todas as escolhas morais, pois são essas escolhas que, no limiar, conformam, limitam a constituição do mundo jurídico tanto quanto alimentam conflitos bélicos e outros não tão letais. Aqui, contudo, emerge a questão do grau de legitimidade com que as escolhas morais, assentadas em determinadas concepções religiosas e de verdade realmente podem (ou devem) emprestar fundamento a um ordenamento (social, político e jurídico) que se pretenda estruturar democraticamente.

Não obstante, o conteúdo substancioso da contribuição rortyana, e como sinal de congruência, tampouco é de supor que em sua filosofia encontremos respostas definitivas aos problemas propostos. Ao contrário, a riqueza de sua filosofia

é expor-nos à liberdade do eminentemente aberto e componível, quanto tanto, dialogicamente. A verdade, diz, não é algo que se encontra mas, antes, “es algo que se hace [...] que *los lenguajes* son hechos, y no hallados, y que la verdad es una propiedad de entidades lingüísticas de proposiciones” (RORTY, 1991, p. 27). Enfim, a partir de sua perspectiva pragmática as noções de coisa em si ou verdade objetiva não são aceitáveis.

Talvez pudéssemos dar início à abordagem deste tema parafraseando Derrida que ao discutir a mais-valia em Marx perguntava: “How do you recognize a ghost?” à questão suscitada respondia que “by the fact that it does not recognize itself in the mirror” (DERRIDA, 1994, p. 156). Trazendo-o ao nosso tema diríamos que à verdade reconhecemos através de sua capacidade descritiva daquilo que hodiernamente percebemos, desde um ponto de vista socialmente compartilhado, como verdade. Este compartilhamento social é o espelho em que o fantasma afirma-se em sua situação tanto quanto sugerimos, a verdade, por seu turno, uma vez frente ao espelho demonstra-se operativa, então, verdade será, caso contrário, obviamente não. A fantasmagoria do fantasma dá-se por sua ausência/irreflexão imagética quanto a veracidade da verdade por sua aplicabilidade e/ou convergência com o socialmente compartilhado.

De sua parte, e de forma taxativa, Rorty nos diz que a verdade é algo que não existe, e que temos de rechaçar a filosofia que alguma forma de afirmá-la valendo-se, eventualmente, da contraposição entre aparência e realidade (cf. 2000, p. 11). Esta perspectiva aprofunda a possibilidade e de desanuviar as tensões que envolvem o irreal, aproximando-nos ao intrinsecamente real. Contudo, não podemos sequer ter aproximada idéia do que seja a coisa em si e que, por conseguinte, seria imperativo que nos distanciemos de projetos filosóficos que tenham em seu horizonte uma tal pretensão. A realidade em si, é inapreensível, e a proposta presente nestas linhas é a de que “abandone[mos] la distinción apariencia-realidad en favor de una distinción entre maneras de hablar menos útiles y más útiles” (RORTY, 2000, p. 11). Não faz sentido pesquisar a distinção entre aparência e realidade, o que tem conseqüência lógica é proceder a uma constante e incansável aproximação de uma resposta ao discernimento do real daquilo que é mera aparência. Efetivamente, não podemos determinar qual a essência das coisas porque não estamos, em qualquer aspecto que consideremos dotados para tanto.

Esta é a categoria capaz de ilustrar o caminho para a permanente reconstrução do futuro e dos valores que nele devam ser tornados presentes. Contudo, é indiscutível que Rorty todavia tenha muito a nos dizer, embora nada disto seja definitivo, como ele próprio sugere e, em sua derivação jurídica, muito embora tenha escrito breve artigo a respeito de teoria jurídica (ver RORTY, 1991).

No entanto, sua filosofia mantém trânsito temático aberto com o pensamento filosófico de Perelman e de outros jusfilósofos como Alexy e Dworkin.<sup>3</sup>

Por outro lado, e parafraseando, mas invertendo o sentido do Wittgenstein de suas últimas linhas do *Tractatus*, o que não podemos é calar nossos interlocutores, pois temos pela frente este futuro a construir coletivamente a partir das individualidades eu componham. Portanto, wittgensteinianamente, nossos interlocutores devem desfrutar de amplo espaço para explorar os limites da significação. O limite que possamos impor-lhe não se distanciará muito daquele que imponha risco à vida de seu interlocutor ou da coletividade a qual tem por auditório.<sup>4</sup> Neste sentido cabe-nos recordar trecho elucidativo do corajoso Pasternak. O autor nos narra um diálogo ficcionalmente ocorrido em um provável trem durante os anos duros das lutas revolucionárias sucessoras ao czarismo russo, que se dava nos seguintes termos:

- Aonde vai? O salvo-conduto! [pergunta o guarda]
- Sou médico, venho de Moscou. Estou viajando com minha família neste trem. Aqui está o meu documento.
- Grande coisa o seu documento! Não sou bobo para tentar ler papéis no escuro. Veja só que neblina! E não é preciso de documentos para se perceber que é um doutor. Em médicos como você, estamos atirando com armas de calibre 12. Deveria matar logo você, mas é cedo ainda. Volte já, enquanto está inteiro.
- “Estão me tomando por outra pessoa”, pensou o doutor. Não fazia sentido entrar em discussão com o guarda. Melhor, de fato, afastar-se antes que fosse tarde. O doutor virou-se para o lado oposto. [...]. (PASTERNAK, 2008, p. 341).

Quais os limites de significação do guarda? Poderíamos questionar se até mesmo o doutor Jivago não teria ponderado antes de decidir dar por encerrado o assunto. Não cabe dúvida de que o encaminhamento do diálogo por parte do guarda calou o seu interlocutor, o médico, tão estreita a significação que concedeu aos termos e ao contexto do debate. No que concerne a Wittgenstein, podemos dizer tratar-se de apóstolo do eventual do silêncio, precisamente quando já não há o que dizer ou quando nada do que resta dizer parece ser possível ser expresso. Interpretamos que esta leitura não foi demasiado distinta da postura adotada pelo doutor (Jivago) de Pasternak. A rigor, após a primeira manifestação do guarda já

3. Com Dworkin, Rorty chegou a manter disputa quando escreveu que não vislumbrava maior diferença entre pensadores como Dworkin, Mangabeira Unger e o próprio Posner. Ele os enquadrava entre os pragmatistas, sendo que apenas o último se reconhecia como tal. A resposta de Dworkin não tardou e de forma clara rechaçou a posição de Rorty (ver 1991, p. 359).
4. Esta é uma questão que aparece aqui apenas como a ponta de um iceberg. Discuti-la em seus meandros nos levaria à oposição entre uma geopolítica que hoje opõe republicanos neoconservadores a democratas, ambos sustentados em tradições que remetem tanto a Hobbes, Strauss como a Kant, respectivamente, ressaltando que esta não pretende ser uma lista fechada das matrizes teóricas do neoconservadorismo.

quase não havia mais espaço para dizer o que fosse. A limitação dos significados possíveis estava posta e o autoritarismo que imporia a validade do discurso do *eu* sobre o do *outro* (doutor Jivago) estava claro. Na medida em que as palavras foram se sucedendo, o espaço dialógico apenas confirmava a estreiteza com que fora proposto em seus primórdios, tornando-se, praticamente, quase monólogo do militar. Por fim, realmente, não havia o que dizer, fosse o que fosse, exceto assentir e recuar ou, menos prudente, colocar sua vinda em risco. Verdadeiramente, não restava o que dizer, não havia diálogo possível com a sem-razão militar do guarda.

A proposta de Rorty aposta contrariamente a deste tipo de sem-razão militar. Como diz o autor, ainda muito cedo, mais precisamente aos doze anos de idade, já sabia determinar que o sentido da vida era determinar seus esforços pela luta contra a injustiça social (cf. RORTY, 1998a, p. 31), mas qual injustiça? A sua leitura de injustiça, àquela altura, se coadunava com a de Normann Thomas e Leon Trostsky, a saber, “a liberação dos débeis da opressão dos fortes” (RORTY, 1998, p. 32), paradigmas logo superados por outros mais consistentes e duradouros como John Dewey (1859-1952) e Walt Withman<sup>5</sup> (1819-1892),<sup>6</sup> comprometidos genuinamente com a causa da justiça tanto quanto com a liberdade e a (*auto*) construção individual, momento no qual parece recordar Wittgenstein quando dizia que em materiais filosóficos muitos problemas simplesmente não careciam de ser abordados (cf. RORTY, 2008).

Talvez nisso tudo que foi dito fosse possível buscar algum vestígio das grandes lutas em torno à verdade na seara da política, talvez nisso realmente resida o *alfa* e o *ômega* de todas as disputas políticas e de todas as filosofias que, de uma ou outra forma, lhes sustentam os embates. Contudo, a verdade não é tão simples assim e, quiçá devamos dizer, não é nem mesmo algo, algo ao que se possa chegar, nem mesmo atravessando as mais complexas dificuldades.

Stossel, por exemplo, fez boa aproximação do perfil de Rorty por oportunidade de entrevista com o filósofo. Diz ele que o autor “[...] calls for a more engaged Left dedicated to narrowing the wage gap, alleviating poverty, reducing social injustice, and pursuing other historically Progressive causes [...]” (STOSSEL, 2008, p. 01). Exsurge aqui mais uma dessas injustiças do mais forte, seguramente,

5. Walt Withman é um clássico da literatura norte-americana. A primeira edição de Folhas de Relva aqui trabalhada é a primeira, datada de 1855, e foi concebida e publicada no período fundacional da consciência e da cultura norte-americanas.

6. Esses são personagens que ocuparão lugar central em um de seus últimos livros de Rorty, *Achieving Our Country*, (1999).

seria proteger o doutor Jivago de seu brusco interlocutor militar. De ser assim, seguramente já podemos interpretar que Rorty não pertence senão a uma esquerda que não centrou suas mais profundas raízes em território nacional. Por aqui, ao que parece, vivemos na ante-sala da maturidade da esquerda política governante.

A esquerda rortyana considera que as respostas de Marx não dão conta dos complexos problemas contemporâneos que transcendem o econômico. Rorty faz aberta crítica aos pressupostos marxistas aos quais não vê em boa posição para abordar a política:

[...] you couldn't get much out of Marx or anybody else in the way of knowing how to make political decisions for America. It seems to me that Marx has been replaced by Foucault these days, [...] seems to me just as false as the thirties idea that if you read a lot of Marx, Engels, and Lenin then you would be in a good position to think about politics [...]. (RORTY, 2008, p. 55).

A trilha apontada pelo tirocínio filosófico rortyano persegue o diálogo como forma de um fazer histórico de constante reconstrução das subjetividades de cada um de seus atores, a qual se projeta definidoramente sobre a realidade concreta experienciada coletivamente. Ele parte da perspectiva filosófica nietzschiana de que a verdade não é algo de que se necessita conhecer o ser, senão, isto sim, de que os indivíduos possam ter ou reputar algo verdadeiro (cf. MACHADO, 2002, p. 75). Neste sentido, qualquer tentativa de densificar a teoria da sociedade aberta democrática (TSAD) não poderia menosprezar a importância de sua contribuição, de seu frutífero pensamento cujo aporte é significativo e objeto de algumas das linhas que seguem. Seu ponto de partida e trilha é a de uma sólida esquerda que a TSAD não chega a compartilhar. Contudo, há muito em Rorty com o que se pode realmente aprender, a começar por sua lição às esquerdas de que não devem “[...] thinks about the future and doesn't care much about our past sins [...]” (2008, p. 37). Não manter com o passado uma relação de excessiva preocupação significa, para Rorty, a possibilidade de ruptura com um certo viés conservador do republicanismo.

Segundo Rorty, o grande foco da perspectiva republicana é focalizar atenções sobre o tempo pretérito, o qual deve governar o presente e o futuro através de suas lições religiosas e morais expressas em diferentes contextos políticos, algo que remete à homens da estirpe de De Maistre, De Bonald, Edmund Burke e Leo Strauss. O texto literário de Falkner<sup>7</sup> foi bastante ilustrativo a este respeito ao questionar seus concidadãos do Mississippi dizendo que aquele era um lugar onde o passado nunca terminava de morrer. Os mortos, através da tradição e de toda a projeção

7. William Falkner nasceu em Albany, no Mississippi, em 1897, e veio a falecer no dia 6 de julho de 1962.

de sua cultura e valores, continuavam a controlar a vida e as estruturas sociais e políticas. Desde logo, esta é uma perspectiva que esquece a lição de Sábado de que o presente modifica o passado (cf. 2006, p. 110) e o ato de desconhecer essa realidade nos incita à práticas desconectadas do real.

Mas quando nos deparamos com que o pretérito é mesmo a instância que guia e conduz tempo presente bem como o futuro de forma inexorável, a questão que isto suscita é como alguém poderia reconstruir-se conforme suas peculiares circunstâncias e perspectivas vitais, sensoriais, históricas, intelectuais e morais? Seguramente, nenhum dos autores listados no parágrafo acima, exceto o próprio Falkner, teria alguma preocupação com esse processo de contínua reconstrução da esfera da vida, senão todo o contrário. De Maistre e De Bonald assim como Burke foram campeões da defesa dos valores contrarrevolucionários franceses, movimento social e político que inspirou e representou toda uma mudança de paradigmas na cultura ocidental.

O enfrentamento entre o velho e o novo, entre a tradição e a inovação em diversos aspectos, entre o estabelecido e o propositor de novos paradigmas é um assunto sobre o qual este ensaio voltará repetidas vezes desde diversos pontos de vista, e o científico em diálogo com o humanista, presente já na seção seguinte, é um deles.

### **3. CIÊNCIA, INDIVIDUALISMO E TOLERÂNCIA: RORTY E O ROSTO HUMANO DO LIBERALISMO**

A ciência, o humanismo, o individualismo e a tolerância presentes no título desta seção mantém uma relação de proximidade fundamental para a análise dos fundamentos da filosofia política que perpassa a sociedade aberta democrática mas, não menos, para compreender a aportação rortyana a esta concepção.

Inicialmente retomo com brevidade as questões propostas na parte introdutória desse ensaio para afirmar que é mister reconhecer meu desconhecimento sobre se, mesmo em algum momento, Rorty propôs, efetivamente, quaisquer das duas questões que foram elaboradas naquele espaço. Isto sim, a sua trajetória teórica sugere que seu aporte pode ser bastante promissor ao fomento do debate sobre temas tão candentes no mundo contemporâneo quanto a teoria do conhecimento, posto que essência de vários dos debates envolvendo as ciências sociais, a filosofia e a política. Ao fim e ao cabo, por trás desses debates se encontra grande parte das disputas em torno às novas configurações plurais das sociedades contemporâneas e as formas institucionais que devem responder de forma diversa a essas novas configurações.

Creio apropriado começar essa seção por uma reflexão de Rorty que poderia ser tomada como inspiradora para todo esse espaço. Trata-se de trecho onde afirma que a “racionalidade es más o menos sinónimo de tolerancia, es decir, de la capacidad de no desconcertarse por la existencia de diferencias y no responder agresivamente a ellas” (RORTY, 1998, p. 81-82). Não há dúvida que cultivar a tolerância requer esforço, alguma habilidade e razoável percepção das estruturas de funcionamento dos mecanismos sociais.

Entre essas novas configurações nos deparamos com os conflitos morais, os extremismos a eles ligados assim como o relativismo. Todos eles, juntamente com o individualismo inspiram grande parte das sociedades ocidentais, embora o façam segundo diferentes níveis de intensidade. Desde logo, nem mesmo o que seja individualismo está perfeitamente bem determinado e acabado. Shklar sustenta não existir uma equivalência entre individualismo e a idéia bastante disseminada de sua intrínseca ligação com a limitação das ações do governo. Neste sentido, comenta, não poderíamos dizer que Montaigne foi um liberal, muito embora possuía outros dois importantes atributos, a saber, foi humanista e tolerante (cf. SHKLAR, p. 23).<sup>8</sup>

Em Rorty não nos deparemos com um individual-liberalismo clássico mas, antes, com uma concepção que compreende o homem como uma importante fonte de energia alternativa para que o debate sobre a sociedade plural possa não apenas ter lugar como ver consagrar a tolerância e as formas de convivência entre os diferentes em uma sociedade pacificada. Essa energia encontra farta possibilidade de aplicação em uma situação geopolítica de pontes de diálogo fissuradas, ao menos, pelas derivações radicais do clericalismo religioso, declarado ou não, que tem informado e influenciado grande parte dos governos conservadores do mundo nas últimas décadas.<sup>9</sup>

Rorty inspira-se no liberalismo norte-americano, vale dizer, na tradição democrata, que remete à pensadores e políticos como Thomas Jefferson e Franklin Delano Roosevelt. Sua proposta é a de “reformular las esperanzas liberales de manera no racionalista ni universalista” (RORTY, 1991, p. 64).

8. Neste mesmo trecho a referida autora aprofunda em detalhes sobre as mais diversas concepções do liberalismo que fogem ao lugar-comum, dentre elas a jeffersoniana e a emersoniana, por mencionar apenas duas (cf. op. cit., p. 23-24). Por certo, a tradição liberal protagonizada por Jefferson nos EUA encontra-se bastante presente nas fontes do liberalismo de Richard Rorty.

9. Neste sentido o novo embate que se propõe nas eleições norte-americanas de 2008 entre Barack Obama e John MacCain reflete a disputa entre a esperança de construção de um futuro sob novas bases e a construção do futuro com os olhos no retrovisor, reforçando a imagem desgastada da América dos últimos governos republicanos, cuja fortíssima influência neoconservadora e clerical fez-se sentir tão fortemente de sorte a atentar até mesmo contra os direitos individuais dos norte-americanos, tal e como nos mostrou com sobras o governo Bush quando aprovou o Patriot Act.



Rorty ampara-se em um pragmatismo dialogante com fontes modernas como Dewey e propõe um programa antimetafísico por antonomásia e, neste sentido, com um viés democrático nos termos em que parcela do Iluminismo francês o compreendeu,<sup>10</sup> a saber, o predomínio da opinião pública, aqui em Rorty expressa sob a forma de consenso. Segundo o filósofo, o consenso democrático caracteriza-se por certas afirmações e pontos de partida bastante claros:

There's no God, no reality, no nothing that takes precedence over the consensus of a free people. What I like about Dewey and pragmatism is the anti-metaphysical claim that there's no court of appeal higher than a democratic consensus. It's the same idea Jürgen Habermas has been putting forward for the last thirty years in Germany, but we did it first. (RORTY, 2008).

Não há divindades entre nós. O rosto humano da filosofia rortyana ao qual se referia Del Águila pode igualmente ser entendido à luz da experiência trágica do homem como propõe Sábato. Segundo o autor uruguaio a maturidade começa justamente quando

[...] las conciencias más lúcidas comprenden que las infinitas perfecciones con que creían dotada de a su patria – como a la madre – no son ni infinitas ni perfecciones [...] sus virtudes están triste pero humanamente unidas a sus taras, taras de las que los seres honestos no pueden sino acusarse y avergonzarse. (2006, p. 126).

É a luz dessa tragédia que resta-nos suficientemente ilustrada a ausência das divindades, nenhuma das quais, no suposto de existir, se sobreporia aos homens. Rorty compartilha dessa idéia que, por outro lado, já tinha encontrado seu apogeu em Nietzsche.<sup>11</sup> Subsistiram em definitivo? Não parece que a história nos tenha mostrado isto. Ao contrário, sufocados por diversos sistemas – fossem eles políticos ou meramente por novas crenças pagãs como a tecnologia e a confiança em técnicas psicológicas redentoras –, as religiões reafirmaram-se<sup>12</sup> com maior fôlego em todas as sociedades. Seja como for, a ausência de Deus enseja que nos sintamos à vontade para viver outras verdades, as não reveladas, a saber, as construídas por nossas narrativas a partir de experiências subjetivas não raro inescrutáveis.<sup>13</sup>

10. A respeito do fenômeno, da abrangência e da crise do projeto iluminista, ver ROUANET, (1987)

11. Para o leitor iniciante em Nietzsche a bibliografia é extensa. Dentre elas destaco algumas obras de referência cuja consulta pode ser de valia: ANDRADE, (2007), LEFRANC, (2005), e GIACÓIA, (2000), MELO, (2004) e TANNER, (2004).

12. Não creio que seja apropriado falar de renascimento de um sentimento que não parece ter sucumbido em qualquer momento mas que, isto sim, permaneceu latente em todos quantos, por motivos diversos, de ideológicos a culturais, mantiveram suas crenças e esperanças ocultas até o porvir de tempos de maior liberdade.

13. A este respeito é sempre interessante ressaltar que nossas experiências subjetivas podem apontar para uma narrativa construída sobre referências que não traduzem o real mas que suscitam uma plena satisfação individual. Um exemplo paradigmático disto no mundo das artes é o clássico diálogo que teve lugar sob as lentes argutas de Elia Kazan em *Splendor in the Grass*:

Daí retomarmos o Johnny Guitar de Kazan, pedir-lhe à Vienna que lhe dissesse algo de bom, que lhe mentisse, que lhe dissesse ter esperado por ele todos esses anos. A pedido, Vienna o disse. Verdade? Mentira? O bem sentir de Johnny Guitar parecia desconsiderar qualquer relação com um conceito de realidade e veracidade no sentido de correspondência, conforme vimos ao início deste trabalho. Guitar dependia daquela voz, e a tece. Verdade? Mentira? Isto realmente importava?

Voltando ao argumento central, no trecho citado dois parágrafos acima Rorty evidencia que os homens alcançam o consenso de forma plenamente incondicionada. Quanto a esta suposta incondicionalidade, eu acrescentaria que se trata de uma incondicionalidade meramente formal, posto que de ponto de vista material a criação teórica da religião precede as construções políticas em sentido estrito. Sendo assim, quando os homens entregam-se a esta tarefa política dela já participam com prévias elaborações de ordem religiosa na conformação de seus mundos. Por conseguinte, tais valores influenciam em suas respectivas elaborações ético-morais e, por fim, em sua projeção na política. Portanto, se não há mesmo como defende Rorty, um condicionamento religioso dos limites da atividade política, isto se dá apenas no que tange à forma, posto que no que concerne ao conteúdo sua influência é decisiva e atua endogenamente ao processo deliberativo.

---

*Johnny Guitar* - How many man have you forgotten?

*Vienna* - As many woman as you've remembered.

*Johnny Guitar* - Don't go away.

*Vienna* - I haven't moved.

*Johnny Guitar* - Tell me something nice.

*Vienna* - Sure. What do you want to hear?

*Johnny Guitar* - Lie to me. Tell me all these years you've waited. Tell me.

*Vienna* - All these years I've waited.

*Johnny Guitar* - Tell me you've died if I hadn't come back.

*Vienna* - I would have died if you hadn't come back.

*Johnny Guitar* - Tell me you still love me like I love you.

*Vienna* - I still love you like you love me.

*Johnny Guitar* - Thanks. Thanks a lot.

Indubitavelmente, o personagem Johnny Guitar não parece encontrar-se à busca da verdade em sua acepção clássica, conforme mencionamos em outro trecho deste artigo. A sua busca é pela construção de uma narrativa de sua interlocutora que lhe encha seu mundo subjetivo de sentido, quer ele pareça a qualquer um de nós dele carente ou não, quer a nós pareça congruente que assim o faça, ou não. Em última instância, somos capazes realmente de penetrar-lhe o íntimo e desvendar-lhe? Processos como este têm lugar quando o referencial divino decaiu, como anunciou Nietzsche e reforçou Rorty. Podemos analisar a situação desde a ótica da queda dos valores tradicionais e da racionalização do mundo da vida em torno a valores fragmentados, à decomposições progressivas de todas as Weltanschauung que outrorora predominavam. Habermas não oferece perspectiva muito diversa quando propõe uma universalização perante a excessiva (a seu ver) individualização ou atomização de entidades que ganham, progressivamente, mais abstração em detrimento de uma visão de existência coletiva. Nosso personagem é livre, sem definição, quiçás, mas dono da liberdade extrema de auconstruir seu universo interior corajosamente à expensas do sentido que possamos, nós, expectadores, lhe atribuir. Rorty, com Nietzsche à espreita, não lhe negaria validade ao discurso da personagem, criadora de uma linguagem que outorgasse significado real ao seu eu mais profundo.

O estabelecimento de conexão entre os elementos que vem sendo mencionados nesta seção e a filosofia de Rorty leva a que possamos observá-lo como operante no marco de um viés de esquerda liberal reformista. Esta aproximação tem seus graves problemas. Eles têm início com a determinação mais precisa sobre qual liberalismo está em questão, de qual se fala, trata-se, enfim, de ter claro o que se entende por isto no contexto dos EUA ou, mesmo, qual o conteúdo que lhe é emprestado no continente europeu. Aceito que estarei tangenciando o tema ao meramente afirmar que entenderei a filosofia rortyana informada por um viés liberal em sua acepção norte-americana.

O motivo para essa opção hermenêutica é a crença de que aprofundar as questões de maior calado que conformam o liberalismo é estimular o desvirtuamento do essencial. Minha leitura afirma que ao falar de liberalismo é mais adequado entender que se trata de uma filosofia que é proposta desde os parâmetros teóricos de uma esquerda bastante reformada da qual emigram valores como a dignidade humana e que abrem diálogo com a teoria clássica do pensamento liberal. A reforma do pensamento de esquerda capaz de propiciar esse diálogo é uma tarefa que é levada a cabo desde uma perspectiva liberal convencida e convincente. Esta tarefa é congruente com pressupostos pragmáticos e, em certa medida – ainda que não saiba precisar se na medida certa –, utilitários, tão característicos não só da filosofia anglo-saxônica como do pensamento que caracteriza esta cultura.

Em que pese as caracterizações desenvolvidas nos parágrafos anteriores, fica claro que o filósofo auto-define-se como neopragmático porque, como relata Margutti, busca inspiração em Dewey e James (2007, p. D10) o que, contudo, não lhe exclui da linha de influência da filosofia analítica. Ao contrário, recai sobre seu pensamento todo o peso da tradição filosófica de um Wittgenstein, passando no contexto da filosofia norte-americana por nomes de proa próximos à filosofia analítica como os de Davidson (2005, 2004, 2003, 1992, 1989),<sup>14</sup> Quine, (1992a, 1992b, 1986), Putnam (1999, 1998, 2005) e Sellars (2007, 1997).

A esta altura recordo que o então jovem catedrático, o professor Rafael del Águila, professor madrileno atuante na Universidade Autônoma daquela capital.

14. Donald Davidson es uno de los filósofos norteamericanos vivos cuya influencia filosófica desde la década de 1960 ha sido más profunda y amplia, siendo reconocido por la colectividad filosófica como un clásico contemporáneo. Este volumen ofrece una selección de sus trabajos producidos desde 1980 a 1990 sobre el conocimiento, la mente y el lenguaje. Todos tenemos conocimiento de nuestras propias mentes (subjetivo), conocimiento del contenido de otras mentes (intersubjetivo) y conocimiento del espacio que compartimos (objetivo). Davidson analiza la naturaleza y el status de cada uno de estos tres tipos de conocimiento y las conexiones y diferencias entre ellos. En su recorrido nos habla también sobre la verdad, la racionalidad humana y las relaciones entre el lenguaje, el pensamiento y el mundo.

Naquela época em que dediquei algum esforço de forma mais concentrada à leitura e compreensão dos argumentos centrais da filosofia de Rorty, del Águila nos dizia ver na filosofia do norte-americano um certo paralelo de sue pensar com a figura do Quixote. Uma hipótese é que isto se devesse a um certo ar de despudor, enfim, de desconsideração, que emerge da filosofia de Rorty relativamente às verdades estabelecidas. Apreendidas dogmaticamente, elas terminam por expressar um bastante tímido poder explicativo. Isto abriria espaço para que del Águila escrevesse artigo intitulado “El caballero pragmático: Richard Rorty y el liberalismo con rostro humano” (cf. 1993).

O rosto humano rortiano a que se refere del Águila é possível vislumbrá-lo no texto do filósofo norte-americano quando ele dedica tempo à problematização da categoria verdade em conexão com a justiça que pode ser retomada como forma de desestruturar a pressão dos fortes sobre os fracos ou dos ricos sobre os mais pobres. Rorty aponta para que esta é uma conexão a qual as sociedades e seus respectivos governos deverão atentar. Diz ele que

[...] I think that the old democracies sooner or later will realize that the idea of classlessness has been abandoned and that we're freezing into a hierarchical society, and this will cause some kind of populist upsurge. (RORTY, 2008, p.24).

Como víamos ao início deste texto, Rorty preocupou-se desde muito cedo com a injustiça social. Mesmo alterando seus referenciais sobre o assunto, suas influências passaram de Trotsky a Dewey, por exemplo, isto não lhe fez cambiar a perspectiva de suplantar as iniquidades que as sociedades podem estabelecer para que sob elas vivam determinados indivíduos ou grupos deles. Neste sentido, diz ele que “what I want is to remedy inequality, opportunity, and the gaps between the rich and the poor [...]” (RORTY, 2008, p. 27). Desde logo, não é pouco, aliás, é mesmo muito em um mundo onde a cultura do individualismo exacerbado atinge as raias de suplantar qualquer possibilidade de convivência social cordial, cavalheiresca ou generosa. Esta questão apresenta um dilema para o qual Rorty não encontrou bom encaminhamento, a saber, o problema do protecionismo, cuja oposição encontra-se no fato de que ao sustentar práticas protecionistas visando certo grau de igualdade, produz-se, em outros Estados o perverso efeito sobre trabalhadores menos privilegiados que podem ver, no limite, até mesmo suas economias ruírem (cf. RORTY, 2008).

No que concerne ao ponto de partida de um conceito de verdade, embora sua tradição remeta originariamente à Antigüidade Grega e, nela, a uma abordagem desde a perspectiva da objetividade, em Rorty a categoria verdade migra para outra esfera. Rorty admite a existência de diversos discursos ou narrativas, sendo o caráter humano essencial e validamente fundamentado nas díspares mas válidas exposições dos discursos e narrativas individuais, ou microcoletivas, que fazem

e dão sentido às diferentes existências e agrupamentos humanos. Não há verdade no sentido clássica da expressão em algum lugar determinado.

Esses discursos ou narrativas que visam traduzir peculiares concepções da verdade constituem uma possibilidade em potencial estruturação de uma verdade coletiva que, necessariamente, requererá mediação cujo consenso é tão somente uma perspectiva distanciada quando aqueles seres intervenientes, livres e diferentes interlocutores no diálogo supõe a dificuldade de alcançar mais do que acordo quanto a valores fundamentais. Contudo, o clássico discurso sobre a verdade é ainda de outra índole.

Este discurso está constituído pela tradução da categoria verdade através da adequação do discurso pensado ao mundo real (exterior) descrito pelo discurso. Dialogantes livres de amarras conceituais e procedimentais pré-estabelecidas como em Rawls (em sua condição de véu da ignorância), dentro outros neocontratualistas, remete a que todo consenso possível seja alcançado com base em homens reais. Este é verdadeiramente tende a usufruir de maior grau de eficácia no que concerne às instituições a que dê lugar.

A criação subjetiva (ou coletiva, embora de forma delimitada) dos discursos gera uma esfera de verdade científica que é anteposta como um teste de validade ao mundo externo (ou objetivo) segundo a versão dos filósofos metafísicos, aos quais Rorty franca e abertamente sempre se opôs. Não é grande a aproximação entre Rorty e Larmore mas, isto sim, sua reflexão filosófica, em termos, que bem poderiam caber na filosofia rortyana. Segundo Larmore

[...] em moral, como em qualquer domínio do pensamento, não se deve partir dos fundamentos, das bases últimas para tudo desenvolver ou tudo reconstruir. Deve-se antes *começar lá onde estamos*, fiar-se nas crenças que já temos, pois são elas que servem para formular os problemas que se impõem, bem como para fornecer os meios de resolvê-los. (LARMORE, 1993, p. 245-246; *apud* BÉGIN, 2003, p. 87).

Começar de onde já estamos é enfrentar o princípio metafísico da busca pelas razões últimas. Nesta oposição Larmore dialoga com Rorty.

Sua hipótese é a da impossibilidade de distinguir o que é o “dado” daquilo que é “adicionado” à nossa consideração. De certa forma, tem lugar uma retomada da antiga proposição que, desde certa versão dos democratas, remete a Locke e à Rousseau, em que se apresenta a concepção do indivíduo como um *white paper* sobre o qual a natureza e a sociedade escrevem e, de certa forma, lhe moldam o caráter.

Para Rorty o conhecimento do homem antes de ser moldado por quem quer que seja fundamenta-se em uma dimensão conversacional ou, como prefiro dizer,

dialógica. Prática social, a forja do conhecimento se deve à intervenção aplicada e interessada dos dialogantes. Como diz o filósofo norte-americano, a base para que possamos definir o conhecimento e a verdade encontra-se tão somente na órbita do diálogo e não em buscas que aprioristicamente suponham um ponto de chegada onde tenha lugar a descoberta do objeto de que todos se ocupam. “Asserções garantidas” ou “conhecimentos” que apenas podem ser vistos como tal senão no contexto de cada investigação nunca “antes” de cada uma.

Levando a rigor tudo exposto no parágrafo acima, poderíamos lançar mão do que nos diz Loriger, a saber, que “só se pode produzir ‘asserções garantidas’ no âmbito ou na ‘totalidade’ de cada situação para a qual se faz um processo de investigação próprio [...]” (2000, p.49). Mas se realmente apenas podemos produzir asserções garantidas quando mutuamente referenciamos validade aos discursos e atos de fala dos demais, quando o repertório de descrições é narrativas válidas é aberto ao diálogo, então, como admitir um discurso previamente validado? É neste sentido que Rorty parece indicar a necessidade de que devemos desdivinizar tanto o mundo como o “eu” (cf. 1991, p. 59).<sup>15</sup> Isto, portanto, equivaleria a uma linguagem comum em permanente (*re*)construção a partir de discursos diversos, mas não sendo tomada como discursos rivais ou antagônicos por excelência. Os jogos de linguagem são abertos mas não são desconstituídos da experiência prévia, vale dizer, também herdamos descrições com as quais mantemos diálogos em nossa tentativa de (*re*)elaborar os nossos próprios léxicos.

Ao contrário de algumas ponderações feitas até aqui, o entendimento do conhecimento e da verdade é produzido por uma esfera dialógica. Esta é a matriz geradora do objeto (verdade) e, paralelamente, quem lhe outorga validade e, nesta medida, a atribuição de verdadeiro.

A riqueza da contribuição da filosofia rortyana se expande e é aplicável utilmente a várias áreas do conhecimento, dentre as quais o Direito. Contudo, é perceptível certo caráter antagônico entre o discurso aberto dialógico presente em Rorty e a hermeticidade com que é concebido o discurso jurídico que é posto pela intervenção do conceito necessariamente decisório que o processo jurídico enfeixa. Neste sentido, observe-se, não há possibilidade de admitir um processo inconcluso, ainda quando as dificuldades de aproximar-se à verdade (e tome-se aqui como referencial o seu conceito tradicional ou clássico) sejam consideráveis. Daí à concepção operante, e necessariamente fictícia, de verdade processual que permite superar as dificuldades e tornar viável a conclusão do processo.

15. Para uma interface entre o conceito de “eu”, a psicologia, a filosofia e sua aplicação política ver UNGER, (1978, p. 242-299), principalmente o seu capítulo 5, intitulado A teoria do Eu.

#### 4. ESPAÇO E TEMPO: AS POSSIBILIDADES DO SUJEITO HISTÓRICO ATRAVÉS DA POESIA

Contingência e autoconstrução são duas das palavras-chave desse ensaio, contudo, elas aparecem apenas de forma instrumental. O que realmente está por trás das linhas que seguem é a preocupação com o espaço e o tempo e sua relação com a poesia como dimensão convidativa à ousadia da imaginação e da autoreconstrução.

Muito embora as categorias espaço e tempo não sejam abordadas diretamente em relação à poesia e à autoreconstrução, pretendemos que possa ir ficando claro como *nós* apenas *somos* enquanto localizados no espaço e no tempo, não fora deles. Do que se trata é que os seres humanos ocupam-se e preocupam-se com e na marca do espaço e do tempo. É nesse marco que desenvolvem todas suas ações segundo as potencialidades e limitações impostas por essas categorias.

Os movimentos humanos no espaço e no tempo suscitam limitações objetivas (físicas) e subjetivas (psíquicas) às ações humanas. Enfim, elas nos colocam sob a vigilância estrita e diuturnamente enfrentam-nos com nossas idiossincrasias, a vaga idéia que temos da projeção concreta que nossa subjetividade pode produzir no mundo objetivo (empírico). Perante este tipo de problemas como, então, criar melhores condições para que essa projeção de nossa subjetividade não sofra de um certo grau de, digamos, esquizofrenia, por um lado (subjetivo), propondo dimensões oníricas ao real e, por outro (material), insistindo em sua irrealizabilidade? Pois o veio desse trabalho não é, exatamente, responder precisamente à questão mas, ao menos, sugerir quão auspiciosa é sua abordagem a partir do alto teor – ao tempo que promissor – libertário que a literatura possui. É esta a trilha que propomos seguir.

O viés libertário da literatura conecta com uma dimensão visceral para aproximar-nos aos problemas que medeiam a vida situada no tempo e no espaço. Daí, portanto, termos de voltar à questão da contingência e da autoconstrução, neste trabalho propomos que seu início se dê pela tentativa de posicionar o leitor a respeito da forma como iremos trabalhar com ambas categorias e de suas repercussões na constituição individual e social segundo referenciais de autonomia ética e independência política.

Neste trabalho ao lançarmos mão da categoria contingência o fazemos segundo os termos propostos pela tradição rortyana. Isto quer dizer que entendemos o ser humano como um *ser-aí-no-mundo*, visto como ator livre em meio às circunstâncias de vida não plenamente controláveis. Aliás, isto é algo que se apresenta como bastante desejável. Tal opção pela incontrolabilidade tem lugar por força dos reflexos morais e políticos que o controle social exerce sobre as vidas humanas.

Desde logo, não excluimos, senão supomos, a necessidade de controles sociais básicos tais como o direito. Isto sim, ao que nos opomos, é a exacerbação das funções dos mecanismos sociais de controle, o que sufoca as possibilidades de objetivação de nosso eu subjetivo.

A contingência encontra-se ligada à perspectiva de autoconstrução trabalhada nesse ensaio. Muito embora não permaneçamos intimamente ligados à perspectiva construcionista moral kantiana, também é certo que não a rechaçamos tão definitivamente como o fazem Rorty e seus discípulos neopragmáticos. A perspectiva de autoconstrução que propomos aqui tem lugar na medida em que entende que o indivíduo que se encontra no mundo a opção moral plena de objetivar sua subjetividade.

É nessa medida que o indivíduo em processo de afirmação logra distanciar-se de todas as demais subjetividades afirmando sempre transitoriamente todas as dimensões particulares que mais se aproxima de sua própria individualidade. Nesse ponto, desde logo, resistimos em falar de aproximação à essência de cada um de nós, uma vez que, à luz de Rorty, procuramos distanciar nosso trabalho de qualquer perspectiva de cunho metafísico. Não é grande a aproximação de ambos, mas Larmore refere-se à reflexão filosófica em termos que bem poderiam caber na filosofia rortyana. Segundo Larmore

[...] em moral, como em qualquer domínio do pensamento, não se deve partir dos fundamentos, das bases últimas para tudo desenvolver ou tudo reconstruir. Deve-se antes *começar lá onde estamos*, fiar-se nas crenças que já temos, pois são elas que servem para formular os problemas que se impõem, bem como para fornecer os meios de resolvê-los. (LARMORE, 1993, p. 245-246; *apud* BÉGIN, 2003, p. 87).

Começar de onde já estamos é enfrentar o princípio metafísico da busca pelas razões últimas. Nesta oposição Larmore dialoga com Rorty. Antes da busca por razões últimas, este escrito irá ocupar-se da razão prática e das formas e meios dos quais os indivíduos podem lançar mão para alcançar certos ideais já postos, em outros termos, pelo Iluminismo e reformados em nossos dias pela filosofia habermasiana.

De certa forma, nesse ensaio voltamos à clássica pergunta que Kant se propunha responder quando, em seu tempo, foi posta, nos idos de 1774. Naquele ano o jornal *Berlinische Monatsschrift* propunha ao seu público leitor *Was ist Aufklärung?* À pergunta sobre o que era o Iluminismo sucedeu amplo debate que, de certa forma, todavia não se esgotou, ao menos no que concerne às suas conseqüências e desdobramentos.<sup>16</sup>

16. Um dos interessantes livros de um de nossos melhores intelectuais vivos é o de Rouanet. Ver ROUANET, (1987).



A resposta que subjaz à abordagem dessas linhas aproxima-se daquela proposta por Kant no que concerne à emancipação e autoconstrução, moral e política, de cada um dos indivíduos. Isto equivale à proposta de pensar desvinculadamente de tutores, de guias ou, mesmo com suporte profundo nas tradições. Não obstante, isto não supõe que não nos encontremos cientes de que o nosso é um processo que não se dê em contato com que o saber, ao fim e ao cabo, é refratário ao domínio e próximo, tão somente, ao convívio, incerto e passageiro.

Esta é uma proposta presente neste trabalho mas que não se confunde mas se aproxima de uma abordagem kantiana senão, isto sim, partindo da perspectiva rortyana e, sob sua inspiração, buscando fontes literárias para aproximar-nos a um conteúdo essencialmente filosófico, tendo em vista que, como veremos, parece ser que a filosofia não pode dar conta da amplitude dos temas aos que se propõe assim como aqueles que, visceralmente, interessam aos seres humanos.

Nossos interesses humanos, contudo, encontram forte limitação quanto à possibilidade de acesso ao conhecimento, do que, de resto, uma ampla e profunda história da filosofia já é sabedora. Dentre as limitações impostas ao conhecimento filosófico encontra-se aquilo que Whitman denominou de “a qualidade melódica da terra”. (2007, p. 191).

##### **5. AS VICISSITUDES DA LIBERDADE: ENTRE OS DESÍGNIOS DA RAZÃO E AS ALTERNATIVAS DA LITERATURA. APROXIMAÇÕES LITERÁRIAS AO PROCESSO EMANCIPATÓRIO**

Este ensaio não tem por escopo apresentar um discurso sistêmico, fechado, que conceda o favor aos leitores de, ao final, tranquilizar os seus prováveis leitores quanto a que o mundo realmente possa ter, ou venha algum dia a oferecer-nos, realmente algum sentido e, então, dispor de algum método ou sistema moral adequado para alcançá-lo. Não obstante, tampouco subjaz a essas linhas qualquer visão reducionista que sugira inércia ante qualquer realidade inelutável. Ao contrário, iremos sustentar que somos sujeitos ativos de nossas histórias individuais e coletivas.

Em algum momento Whitman nos indicava que o mundo possui uma qualidade que denomina melódica. Isso expressa de forma clara quão distantes permanecemos de aceder racionalmente a tudo quanto nos resta mundo afora. A perspectiva desse trabalho é a de que vivemos em meio a contingência, embora não caótica ou, mesmo sequer pautada pelo irracionalismo e, sendo assim, não dispomos de um método ou de um sistema moral definitivos.

Nossa proposta nesse escrito para abordar os problemas morais ínsitos às nossas vidas, individuais ou coletivamente consideradas, parte da perspectiva rortyana e sua explícita e bem sintetizada posição que a literatura ocupa perante a filosofia. A este respeito diz ele que

La literatura es más importante [que a filosofía] en un aspecto muy concreto, es decir, cuando se trata de conseguir un progreso moral. (RORTY, 2002, p. 158).

O que quer dizer Rorty quando escreve que a literatura colabora mais decisivamente para o progresso moral? Acaso ela nos oferece alguma prescrição de cunho normativo? Ela *é* a metalinguagem que esperávamos há tanto e nos dá *a* receita final? Efetivamente não. Nada seria menos rortyano e mais próximo a uma concepção metafísica, da qual tanto se afasta o autor, do que esta sugestão. A literatura, então, apenas nos aproxima mais desse progresso moral enquanto libera horizontes para que os percorramos por nós mesmos. Abrir janelas e descortinar o devir para que nossa imaginação poética possa buscar objetivar nossa subjetividade nesse futuro aberto. Nesse sentido Rorty ainda acresce que

La literatura contribuye a la ampliación de la capacidad de imaginación moral, porque nos hace más sensibles en la medida en que profundiza nuestra comprensión de las diferencias entre las personas y de la diversidad de sus necesidades. La filosofía es útil cuando se trata de resumir principios morales de los resultados de la propia comprensión moral, pero no es de gran ayuda en la ampliación de esta comprensión. (RORTY, 2002, p. 158).

Todo este trecho acima é bastante elucidativo acerca de que a própria diversidade das pessoas quando considerada no marco de uma sociedade aberta democrática torna imperativo que nos não apenas nos preocupemos como efetivamente nos ocupemos com a dimensão plural constitutiva do ser humano. Somos mesmo muitos, cada um de nós e, como lembrava Emerson, “a natureza jamais louva sua criação, nem faz dois homens iguais” (1953, p. 267). Preocupar-se com tal dimensão implica que nos ocupemos com que as estruturas sóciopolíticas encontrem-se dispostas de forma a promover a autonomia de seus membros ou, em outros termos, que desimpeça o caminho para que todos e cada um dos indivíduos percorram o caminho que elegerem como meio adequado para realizar sua subjetividade e seus valores. A concepção de Rorty é de que a filosofia é menos fértil do que a literatura para tal fim, uma vez que propensa por natureza a abrigar validamente as diversas narrativas concebíveis sem a pretensão de explicações últimas. De forma objetiva, diz ele, mesmo em questões tão centrais para a humanidade como a escravidão, a filosofia apresentou seus limites:

Las reflexiones filosóficas sobre cuestiones de moral no han contribuído mucho a la eliminación de la esclavitud; al contrario de algunas historias sobre los esclavos. (RORTY, 2002, p. 158).

Gostaríamos aqui de aproveitar o exemplo de Rorty sobre os efetivos efeitos (positivos) da literatura sobre a escravidão e, ao contrário, o relativo papel desempenhado sobre ela pela filosofia, para ilustrar com mais vagar o seu potencial emancipador, no sentido kantiano que a expressão possui.

Tal e como sugerido por Rorty, nos mostramos proclives à literatura como meio para a promoção da reconstrução dos léxicos individuais e coletivos por força de que nos encontramos em um mundo marcado pela contingência e pela invalidez de discursos objetivos ou absolutos válidos intersubjetivamente. Nossa perspectiva converge com Sábato quando, retomando a dimensão da arte, nos sugere que é um disparate a proposta da arte naturalista pelo objetivismo.

Aquilo de que efetivamente dispomos é de jogos de linguagem, é através deles que, ao que parece, podemos realizar um dos objetivos da sociedade aberta democrática, qual seja, a expansão e aprofundamento das liberdades individuais e públicas, ambas entendidas como forma de realização do *self*.

Tal e como mostra a obra rortyana, mais do que de *uma* linguagem que nos traduza o *ser* das coisas e do universo que habitamos e que apenas *esteja-aí* para que a descubramos. Admitindo que essa linguagem *não-está-aí* à nossa espera, como podemos nos aproximar de uma linguagem que nos permita esse processo de contínua auto(*re*)construção? Essa é a questão à qual dedicaremos esta seção inicial desse ensaio.

De certa forma essas linhas voltam ao conteúdo que visava Kant responder quando lhe propuseram, nos idos de 1774, no jornal berlinense *Berlinischer Monatsschrift* pergunta aos seus leitores: O que é o Iluminismo? Nossa resposta apenas aproxima-se à de Kant em seu estímulo à emancipação, pensar por si longe dos tutores e guias mas, mesmo assim, desde sempre, cientes de que o processo não encontra termo e o saber é refratário ao domínio e próximo, tão somente, ao convívio, que se mostra incerto e passageiro.

Nossas tentativas cotidianas de aproximação à versões apropriadas da verdade, embora de perspectiva compartilhada, são apropriadas de forma rica pela literatura. Nossas vidas parecem mostrar-se refratárias a todo e qualquer progresso na direção de uma descrição moral universalizante, englobadora e ao mesmo tempo normativa. Não parece, contudo, que possamos abrir mão por completo da iniciativa dialógica, temporal e histórica por definição e, neste sentido, permanecemos em alguma medida habermasianos.<sup>17</sup>

17. Algo com o que devemos ter atenção é com a aproximação do conceito de historicismo ao plano ético universalizante presente em Habermas, ideias que apresentam-se contraditórias.

Contudo, a redução dos valores a uma fundamentação última não mostra-se uma tarefa filosófica senão, talvez, poético-lírica. Como dizia Santos, o que cabe ao escritor é “pintar as cenas de modo a que nos vamos assistindo a elas ao passo que se desenrolam. O que ele tem a fazer é dizer o que houve, deixando a cada um o direito de impressionar-se como quiser” (SANTOS, 2003, p. 231). O signo, ao autor, o significado, ao leitor, intérprete, indivíduo contingente à procura do continente que, não obstante, não lhe será dado alcançar, como adverte a poética whitmaniana.

Feita esta opção pela atuação como sujeitos ativos perante um mundo histórico que se oferece a um indivíduo perplexo ante o racionalmente inapreensível nos restará aproveitar-nos da riqueza e sugerir a interpretação de alguns trechos literários para introduzir o debate sobre alguns temas sobre os quais o leitor atento poderá continuar em suas reflexões personalíssimas. Uma obra especial que ilustra este viés contido neste trabalho e, muito particularmente, o desta seção, é o riquíssimo e instigante trecho da obra de Whitman,<sup>18</sup> da qual reproduzirei trecho logo abaixo:

Nem eu nem ninguém vai percorrer essa estrada para você,  
Você tem de percorrê-la sozinho.  
Não é tão longe assim.... Está ao seu alcance,  
Talvez você tenha andado nela a vida toda e não sabia,  
Talvez a estrada esteja em toda parte sobre a água e sobre a terra.  
Pegue a sua bagagem, eu pego a minha, vamos em frente;  
Toparemos com cidades maravilhosas e nações livres no caminho;  
[...]

Efetivamente, Whitman encoraja e nos oferece muito em seu poema. A imagem que emerge dessas linhas é riquíssima e poderosa. Convida a todos para a tarefa emancipatória de recriar-nos no decurso de um caminho que ninguém, exceto nós próprios, podemos percorrer. Ainda quando acompanhados, tal encorajamento pode ser estimulador, mas alçar o vôo é algo que muito particularmente apenas ao sujeito. Talvez até mesmo obtenhamos, não sem alguma sorte, quem nos ouça e compartilhe dos avatares de nossa caminhada que, contudo, é inextrincavelmente nossa.

Mas esta trilha a que somos convidados a percorrer não parece encontrar um termo ou desfecho mas, antes, ela está marcada pela contínua interrupção. No decurso dessa trilha, a provisoriidade é a tônica, e a formação dos léxicos que

18. Walt Whitman (1819-1892) é um clássico da literatura norte-americana. A primeira edição de Folhas de Relva é aqui trabalhada, e data de 1855. Foi concebida e publicada no período fundacional da consciência e da cultura norte-americana.

nos permitem posicionar-nos perante seus desafios não o são menos transitórios. Nossas formações léxicas são interrompidas por novos diálogos e as conseqüentes redescições de nós próprios, potencialmente redimensionadoras de nossas subjetividades. Essa necessidade de redescições também pondera que o próprio vocabulário que temos à disposição no mundo é variável, senão a palavra, o signo, isto sim, o seu significado. O vocabulário, nesse sentido, é mutante. Como diz Sábato “as palavras têm um sentido que o tempo e o uso vão transformando” (2005, p. 114) e, nós, como seus atores, expressando esses novos significados conjunta e socialmente elaborados, muito embora não o seja de forma consciente ou concertada.<sup>19</sup>

As nossas buscas nesse processo de autoreconstrução podem dar-se tão caótica como ricamente. Exemplificativamente podemos imaginar que alguém privado do conhecimento da estrutura e organização da biblioteca do amigo, mas não destituído da curiosidade do bom leitor, dedica-se à pesquisas nas desordenadas estantes. Ao fim e ao cabo, irá deparar-se com um sem-fim de materiais pelos quais se deixará surpreender. Enfim, todo um novo mundo nos aguarda em nossa caminhada, à semelhança daquelas maravilhosas cidades, como diz Whitman (cf. 2007, p. 123).

Portanto, quando falemos de nossa percepção do mundo, talvez sob a forma de conhecimento, ou apreensão dele, devemos ter em perspectiva a poética de Whitman:

Hoje, antes do amanhecer subi numa colina e contemplei o céu  
abarrotado,  
E disse ao meu espírito, Quando abraçarmos essas esferas, junto com  
o prazer e o conhecimento de tudo o que nela existe, estaremos satisfeitos e  
realizados?  
E meu espírito disse Não, vencemos esta fase só para seguir em  
frente.  
Você também me pergunta, e eu escuto;  
Respondo que não posso responder.... Você tem que descobrir por si.  
(WHITMAN, 2007, p. 123).

Não cremos que se equivoque Whitman ao dizer-nos que a nós nos toca caminhar a *nossa* caminhada e descobrir as *nossas* descobertas. Esse é o processo imposto pela contingência vital, vale dizer, a descoberta através da caminhada individual, aventura durante a qual, abertos os olhos, o sol brilha e descobrimos

19. Desde logo, não há prévios acordos lingüísticos acerca daquilo que o vocabulário venha a ser. Suas transformações se dão no tempo e no espaço em diálogo com a dimensão cultural, geográfica, histórica, religiosa e econômica de uma sociedade. Essas são mutações não são previstas, embora previsíveis, e encontram pontos de afirmação que terminam por expressar o novo significado do velho signo.

idades maravilhosas. Mas são todas elas esferas do devir, também ele transitório.

Desta forma, mesmo depois de empreendidos todos os esforços e ainda que sobrevivamos e presenciemos o amanhecer após tantas descobertas, não realizaremos a nós próprios senão parcialmente. A nossa satisfação obedece o reino da provisoriedade e, nele, diria o mitológico Cronos, é implacável o curso da história. Como poderíamos imaginar, saindo à expensas das linhas filosóficas de Rorty, não parece nada fácil ou, talvez, possível, que alguém realize sua descrição completa ou bem acabada até o momento de sua morte. Nesse ponto, então, apontamos para uma das idéias básicas desse trabalho, a saber, a contingência não apenas da vida mas, principalmente, de seus atores e de suas instâncias.

A transitoriedade de nossas satisfações também possui uma dimensão política. A poética de Whitman nos propõe uma dimensão política em um de seus poemas que igualmente mantém íntima ligação com a teoria rortyana que cerra fileiras entre as forças democratas por excelência:

Não há túmulo de alguém assassinado pela liberdade onde não  
cresça a semente da liberdade.... que por sua vez gera sementes,  
Que o vento leva para longe e re-semeia, sendo nutridas por chuvas  
e neves.(WHITMAN, 2007, p. 195).

Indubitavelmente este trecho descortina uma dimensão política promissora e de relevância. A literatura apresenta-se aqui com uma dimensão penetrante e altamente sugestiva e encorajadora da reformulação de hábitos e discursos individuais. Isto, contudo, quando aplicado à política de forma desmesurada e imponderadamente, alheia à reflexão razoável pode estimular ao pânico através da incerteza e da insegurança, valores cuja radicalização obstaculizam à vida humana mas que, preservados os limites da razoabilidade, estimulam e fomentam o desenvolvimento das sociedades abertas democráticas, uma vez que não se encontram presas à conceitos e categorias rígidas, senão flexíveis às vicissitudes do porvir.

Tal postura relativamente ao incerto e inseguro não destitui o papel do contingente e do poético em nossa proposta. Ao contrário, aqui sublinhamos a necessidade de que destaquemos a existência real de ambos elementos, servindo para alertar-nos de que nossas práticas ponderadas devem incluir, inexoravelmente, essa dimensão da vida.

Recuperando a Whitman, podemos entender que sendo o provisório a tônica não há morte ou ventos que não soprem senão contra a força (sempre) extemporânea (quando se tem em perspectiva a liberdade humana) dos regimes autoritários. Esses não são os ventos sombrios que sopram cinzas de propósitos mortos sobre

nós como mostra Pessoa (cf. 2006, p. 139) mas, ao contrário, nos rejuvenescem à busca de nossos propósitos vitais.

O embate pelo contingente e do poético através da política contra as forças autoritárias – em todas as formas que pode adquirir – de modo algum é mais eficaz do que quando lança mão da dimensão poética, que nos toca e invade, condicionando não apenas ações mas, antes, persuadindo-nos. Não por motivos diversos o político não opta por discursos racionais mas, eminentemente, conclamadores às forças emotivas. Aliás, nesse sentido é muito preciso Borges quando diz descrever que o político possa ser alguém sincero, posto que sempre se dirige a uma platéia da qual necessita o assentimento – traduzível em votos – e, portanto, não dirá o que quer mas, antes, o que sua platéia apreciaria ouvir (cf. 2005, p. 79).

## **6. AÇÃO HUMANA E LITERATURA: A CABANA DO PAI TOMÁS E A SIGNIFICATIVA FORÇA PERSUASÓRIA DA NARRATIVA DE STOWE**

Um exemplo bem acabado do potencial persuasório da literatura sobre a vida e as instituições que lhe permeiam podemos encontrar na obra de Stowe, mais precisamente, *A cabana do pai Tomás*. A obra é tocante em sua narrativa das circunstâncias ingentes sob as quais viviam os escravos no Sul dos EUA naquela ambientação histórica, em meados do século XIX.

A narrativa de Stowe é forte o suficiente para transcender os limites de nossa sensibilidade, mesmo através da obtusidade moral de alguns de suas personagens, como a insensível Maria St. Clare, mãe da angelical e semi-adulta menina Evangelista. Em um de seus diálogos febris, redargüia à prima Ofélia, então governanta da casa, que conceder-lhe quinze açoites a um escravo, e não com muita força, nisto “não via nada de mais” (cf. STOWE, 1959, p. 137). É manifesta sua infeliz e odiosa suposição sobre a inferioridade do sangue tanto quanto da raça negra, o que é atestado em sua referência à Maria assim como por sua visão de que a única possibilidade que se lhe proporcionava para “domar os velhacos, maus e preguiçosos” (*op. cit.*, p. 67) era mesmo a de enviar os negros para calabouços para sofrerem as conseqüências do açoite.

Nada do que se lhes fizesse quanto a maus-tratos havia que hesitar, sob pena de estimular-lhes ainda mais sua natureza viciosa. Enfim, quanto maior a benevolência e bons tratos concedidos pelos amos, piores, por mal acostumados, os seus escravos. EM sentido inverso, quanto mais bárbaros no trato daqueles infelizes “maior a sua virtude”, pois maiores eram as chances de salvá-los de si mesmos, isto é, de regenerá-los. A justificativa para tudo quanto pudesse ser dito contrariamente ao sistema, em grande parte, encontrava no argumento da utilidade seu

fundamento econômico último. Indubitavelmente, os argumentos em torno da defesa da escravidão variavam em torno à todo tipo de teorias abjetas quanto à infra-humanidade dos escravos e sobre sua suposta natureza viciosa. A utilidade, neste sentido, substituía a aproximação ao conceito de verdade sem apresentar quaisquer vantagens.

Quando Rorty nos adverte do potencial emancipador da literatura e da poesia frente à filosofia, por exemplo, nos faz atentar para que, uma vez que descompromissado com um programa ou sistema filosófico fechado que vise a propagação de um determinado sistema moral, permite-nos substituir o plano racional nesta matéria, na suposição de que a racionalidade filosófica não lhe oferece nem os mais profundos nem os melhores frutos. Nossa cultura parece ser o terreno adequado sobre o qual devam frutificar nossas crenças, inclinações e intuições mais profundas, antes que nossa racionalidade, a ponto de transformar nossas práticas cotidianas.

Uma das mais poderosas narrativas literárias em torno da questão escravagista é a de Stowe. Em *A cabana do pai Tomás* o autor é capaz de expressar com vigor a vida, os hábitos e as torturas de todo tipo a que os escravos eram enfrentados assim como, em alguns casos, os dilemas, ou a falta deles, que alguns dos amos enfrentavam-se em meio ao regime escravagista. A falta de escrúpulos era evidente tanto em alguns dos amos e donos de fazendas como na figura macabra dos traficantes, prontos a cobrar os melhores preços por suas “mercadorias”.

A obra de Stowe bem assinala, como dizia Rorty, que há condições como a da escravidão logramos melhores e mais significativos resultados a partir de relatos literários das condições sociais e de vida do que valendo-nos de raciocínios e das argumentações de ordem filosófica. Lança mão mais das metáforas literárias do que por racionalismo argumentativo que projetem normatizações éticas. Neste sentido a obra de Stowe é paradigmática e superaria em impacto cultural e prático à obras como, por exemplo, de Dewey, um dos campeões de Rorty e um de seus mais influentes filósofos. A obra de Stowe, contudo, é quem nos toca a sensibilidade que é capaz de impulsionar a razão.

Neste sentido a obra de Stowe é paradigmática e superaria em impacto cultural e prático à obras como, por exemplo, de Dewey,<sup>20</sup> um dos campeões de Rorty e um de seus mais influentes filósofos. A obra de Stowe, contudo, é quem nos toca a sensibilidade que é capaz de impulsionar a razão.

20. John Dewey, filósofo e pedagogo norte-americano, nascido em 1859 e falecido em 1952.



A hipótese de que a razão, ao fim e ao cabo, encontra-se direcionada por estruturas não racionais ou intuitivas é idéia que emerge do rico diálogo entre Borges e Sábato. Mais precisamente, lhe diz Sábato a Borges que

Eu penso, em primeiro lugar, que o homem é um ser emocional, e em *segundo lugar*, intelectual. O homem primeiro sente o mundo, e *depois* vacila sobre o mundo, ou seja, a arte precede a filosofia, a poesia é anterior ao pensamento lógico. (SÁBATO, 2005, p. 78).

Dando por certa a observação de Sábato sobre a forma como os homens se relacionam com o mundo, nossa proximidade à arte, à poesia e à literatura, conforme também sustenta Rorty. Enfim, essa é a perspectiva que pode dar sustentação à idéia rortyana de que a poesia triunfa sobre a filosofia quando logramos vislumbrar que ela é a “[...] única espécie de poder que podemos esperar tener sobre el mundo. Porque ese sería el rechazo final de la noción de verdad [...]” (RORTY, 1991, p. 60). Aceitar este como o papel da poética equivale a demonstra-nos proclives a uma bastante sugestiva reflexão que tende a auxiliar-nos vigorosamente em nossa tarefa emancipatória e de nossa reconstrução individual e coletiva, subjetiva e objetivamente, que retratem nossa concepção de moralidade.

Às suas observações, Borges redargüe a Sábato em sentido positivo, assentindo que, efetivamente, não há mesmo, sequer um poema sem uma intuição básica. Este é um traço forte de um possível elo entre intelectuais de improvável diálogo mas que demonstram afeição pelo princípio de que nossa cultura tende a avançar e progredir moralmente mais veloz e incisivamente quando a sensibilidade capta o discurso e as narrativas literárias, e não a razão.

Talvez tanto Borges como Sábato, direta ou indiretamente, pudessem dialogar com Whitman quando o norte-americano afirma que “a alma tem orgulho ilimitado que consiste em jamais reconhecer qualquer lição que não seja a sua” (2007, p. 23). Daí porque, talvez, a razão argumentativa não lhe persuada como, potencialmente, o discurso que apela à sua sensibilização. Filosoficamente esta é uma idéia que tem ligação com Nietzsche, segundo quem

[...] nossa inteligência, nossa vontade como nossas sensações dependem de nossos *juízos de valor*: estes respondem a nossos instintos e a suas condições de existência. Nossos instintos são redutíveis à *vontade de potência*.<sup>21</sup> A vontade de potência é o fato último, o termo final a que podemos chegar. (NIETZSCHE, 1885, p. 61; *apud* MACHADO, 2002, p. 90).

21. Nesse sentido a crítica de Heidegger expressa por Rorty de que Nietzsche expressa nesse conceito de vontade de potência a explicação última de tudo e, nessa medida, seria, dizia Heidegger, também ele um metafísico, em que pese, sustenta Rorty, toda sua diátribe em sentido contrário (cf. 1991, p. 129-130).

Por tudo isto é mesmo difícil não dar crédito a Rorty quando fala da predominância da literatura sobre a filosofia, pois, por exemplo, como podemos duvidar do profundo impacto à sensibilidade humana média da narrativa de Stowe sobre a sexagenária escrava levada à leilão junto ao filho de quatorze anos. Como implorasse ao leiloeiro que lhe pusesse à venda no mesmo lote que seu jovem filho, este nada mais se digna a responde-lhe que através de violento empurrão. Forte, o filho não expôs dificuldades ao leiloeiro, que logo efetuou negócio.

Como não tivesse sido negociada, logo, a sexagenária encontrou vozes para deitar súplicas ao comprador, o traficante de escravos, Sr. Haley, para que também a adquirisse, sob pena de que, despedaçada pela separação, viesse a morrer, tamanho o desgosto. Não lhe ocorreu outra resposta ao traficante senão impiedosamente ocorreu-lhe responder que acaso lhe comprasse a morte também seria seu destino (cf. STOWE, 1959, p. 42). Desditada, logo após apenas sucederam gritos e todo o desespero da escrava cuja vida já vislumbra seu Cabo de Horn, tão parcas e raras eram suas esperanças, muito embora já experiente e conhecedor das vicissitudes naquele contexto histórico em que as separações de famílias não eram uma prática incomum.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. 138p.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 607p.
- BÉGIN, Luc. Pensar no interior da moralidade: um ponto de vista americano. In: ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite e BARBOSA, Ricardo José Corrêa. *Filosofia prática e modernidade*. Rio de Janeiro: UERJ, 2003. p. 87-108.
- BORGES, Jorge Luis. *Obras completas*. Vol. II. Buenos Aires: Emecé, 2007. 597p.
- \_\_\_\_\_. *Borges y Sábato*. São Paulo: Globo, 2005. 173p.
- DAVIDSON, Donald. *Truth, Language, and History*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2005. 340p.
- \_\_\_\_\_. *Problems of Rationality. Philosophical Essays*. Vol. 4. Oxford, UK: Oxford University Press, 2004. 304p.
- \_\_\_\_\_. *Subjetivo, intersubjetivo, objetivo*. Madrid: Teorema, 2003. 320p.
- \_\_\_\_\_. *Mente, mundo y acción*. Barcelona: Paidós, 1992. 162p.

- \_\_\_\_\_. *De la verdad y de la interpretación*. Madrid: Gedisa, 1989. 288p.
- DEL ÁGUILA, Rafael. Políticas pragmáticas. In: RORTY, R. *Pragmatismo y política*. Barcelona: Paidós, 1998. 124p.
- \_\_\_\_\_. Tragedia, política y democracia. *Claves de la Razón Práctica*. No. 42, mayo, 1994. p. 17-25.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997. 508p.
- \_\_\_\_\_. Pragmatism, Right Answers, and True Banality. In: BRINT, M. e WEAVER, W. (Orgs.). *Pragmatism in Law and Society*. Boulder: Westview Press, 1991. P. 359-388.
- EMERSON, Ralph Waldo. Caráter. In: *Ensaístas Norteamericanos*. Vol. XXXIII. Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre: W. M. Jackson Inc., 1953. p. 255-272.
- \_\_\_\_\_. *Essays on Ralph Waldo Emerson*. London: Grant Richards, 1903. 354p.
- JAMES, William. On Certain Blindness in Human Beings. In: BURKHARDT, Frederick e BOWERS, Fredson. *Talks to Teachers on Psychology*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Pragmatismo*. São Paulo: Martin Claret, 2005. 175p.
- KUHN, Thomas S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 1990. 320p.
- LORIERI, Marcos Antônio. Aspectos do instrumentalismo pragmatista na teoria do conhecimento de John Dewey. *Cognitio*. São Paulo: Educ: Palas Athena, 2000. 184p. 46-57p.
- MACHADO, Roberto. *Nietzsche e a verdade*. São Paulo: Paz e Terra, 2002. 110p.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Vontade de potência*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2008. 330p.
- PASTERNAK, Boris. *Doutor Jivago*. Rio de Janeiro: BestBolso, 2006. 751p.
- PERELMAN, Chaïm. *Tratado de la argumentación*. Barcelona: Gredos, 1989. 856p.
- POPPER, Karl. *Conjeturas e refutações*. Lisboa: Almedina, 2003. 580p.
- \_\_\_\_\_. *A sociedade aberta e seus inimigos*. 3. ed. 2 vols. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. 818p.
- \_\_\_\_\_. *Conhecimento objetivo*. Belo Horizonte: Itatiaia / EDUSP, 1975. 398p.
- PUTNAM, Hillary. *Realismo de rosto humano*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. 386p.
- \_\_\_\_\_. *Renovar a filosofia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998. 278p.

- \_\_\_\_\_. *Ethics without Ontology*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005. 160p.
- RORTY, R. Rorty: Para emancipar a nossa cultura. In: SOUZA, José Crisóstomo de. (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia. Os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Editora Unesp, 2005a. p. 85-102. 270p.
- \_\_\_\_\_. Verdade, universalidade e política democrática. In: SOUZA, José Crisóstomo de. (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia. Os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Editora Unesp, 2005b. p. 103-162. 270p.
- \_\_\_\_\_. Resposta a Jürgen Habermas. In: SOUZA, José Crisóstomo de. (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia. Os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Editora Unesp, 2005c. p. 213-232. 270p.
- \_\_\_\_\_. Sobre *Verdade e justificação*, de Habermas. In: SOUZA, José Crisóstomo de. (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia. Os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Editora Unesp, 2005d. p. 241-246. 270p.
- \_\_\_\_\_. Grandiosidade universalista, profundidade romântica, finitude humanista. In: SOUZA, José Crisóstomo de. (Org.). *Filosofia, Racionalidade, Democracia. Os debates Rorty & Habermas*. São Paulo: Editora Unesp, 2005e. p. 09-12. 270p.
- \_\_\_\_\_. *Cuidar la libertad*. Edición de Eduardo Mendieta. Madrid: Trotta, 2005f. 206p.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia y futuro*. Barcelona: Gedisa, 2002. 188p.
- \_\_\_\_\_. *Verdad y Progreso*. Barcelona: Paidós, 2000. 399p.
- \_\_\_\_\_. *Philosophy and Social Hope*. London: Penguin Books, 1999. 272p.
- \_\_\_\_\_. *Pragmatismo y política*. Barcelona: Paidós, 1998a. 124p.
- \_\_\_\_\_. A conversation with Richard Rorty. In: An interview. STOSSEL, Scott. *The Atlantic*. 23 abr. 1998b. Disponível em : <http://www.theatlantic.com/unbound/bookauth/ba980423.htm>. Acesso em 07 jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. *A Filosofia e o Espelho da Natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994a. 388p.
- \_\_\_\_\_. A filosofia sem salvação. Entrevista a Bernardo Carvalho. *Folha de São Paulo*, 8 mai. 1994b. Disponível em : [http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista\\_filosofia\\_richard\\_rorty.htm](http://almanaque.folha.uol.com.br/entrevista_filosofia_richard_rorty.htm). Acesso em 8 jun. 2008.
- \_\_\_\_\_. What Can You Expect From Anti-Fundamentalist Philosophers?: A Reply to Lynn Baker. *Virginia Law Review*, v.78, 1992, p. 719-727.
- \_\_\_\_\_. *El giro lingüístico*. Barcelona: Paidós, 1990.

- \_\_\_\_\_. The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice. In: BRINT, M. e WEAVER, W. (Orgs.) *Pragmatism in Law and Society*. Boulder: Westview Press, 1991. P. 89-97.
- \_\_\_\_\_. *Contingencia, ironia y solidaridad*. Barcelona: Paidós, 1996. 224p.
- \_\_\_\_\_. *Verdade e progresso*. São Paulo: Manole, 2005. 472p.
- \_\_\_\_\_. *Filosofia y futuro*. Barcelona: Gedisa, 2002. 188p.
- \_\_\_\_\_. *Achieving our country. Leftist Thought in the Twentieth-Century America*. Massachusetts: Harvard University Press, 1999. 172p.
- \_\_\_\_\_. Solidarity or Objectivity? In: *Post-Analytic Philosophy*. RAJCHMAN, John and WEST, Cornel, (Ed.). New York: Columbia University Press, 1985. p. 3-19.
- ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do Iluminismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1987. 352p.
- SÁBATO, Ernesto. *Apologías y rechazos*. Buenos Aires: Seix Barral, 2006. 192p.
- \_\_\_\_\_. *Borges y Sábato*. São Paulo: Globo, 2005. 173p.
- SELLARS, Wilfrid. *Empiricism and the Philosophy of Mind*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- \_\_\_\_\_. BRANDOM, Robert B.; SHARP, Kevin. *In the Space of Reasons. Selected Essays of Wilfrid Sellars*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2007.
- SHKLAR, Judith. *Ordinary Vices*. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1984.
- \_\_\_\_\_. The liberalism of fear. In: ROSENBLUM, Nancy L. *Liberalism and the moral life*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989. p. 21-38.
- STOSSEL, Scott. A conversation with Richard Rorty. *The Atlantic*. 23 abr. 1998. Disponível em : <http://www.theatlantic.com/unbound/bookauth/ba980423.htm>. Acesso 7 jun. 2008.
- STOWE, H. Beecher. *A cabana do pai Tomás*. São Paulo: Paulinas, 1959. 200p.
- QUINE, Willard Van Orman. *Pursuit of Truth*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. *La búsqueda de la verdad*. Barcelona: Crítica, 1992. 168p.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Conhecimento e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 411p.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. 3. ed. 1. reimp. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. 2008. 294p.
- WHITMAN, Walt. *Folhas de Relva*. São Paulo: Iluminuras, 2007. 319p.



## XIII

# AINDA A (IM)PENHORABILIDADE DE ALTOS SALÁRIOS E IMÓVEIS DE ELEVADO VALOR – PONDERAÇÕES SOBRE A CRÍTICA DE JOSÉ MARIA TESHEINER

*Sérgio Cruz Arenhart*

Procurador da República. Ex-juiz Federal; Mestre e Doutor em Direito pela UFPR; Professor da UFPR e da UTP.

**RESUMO:** Discute-se aqui crítica veiculada pelo prof. José Maria Rosa Tesheiner, em relação à opinião lançada pelo autor em outro trabalho, na qual sustentava a inconstitucionalidade de veto aposto a duas proposições normativas que visavam a permitir a penhora de bens imóveis residenciais e de altos salários.

**PALAVRAS CHAVES:** inconstitucionalidade – veto – penhora – salários – imóveis residenciais.

**ABSTRACT:** It is discussed here the objection made by prof. Jose Maria Rosa Tesheiner in relation to the opinion released by the author in another study, which claimed the unconstitutionality of a veto affixed to two legislative proposals that sought to allow the attachment of residential properties and high wages.

**KEYWORDS:** unconstitutionality – veto – attachment – wages – residential properties.

**SUMÁRIO:** 1. Apresentação do debate – 2. As críticas do prof. Tesheiner – 3. O problema da inconstitucionalidade do veto presidencial – 4. A ausência de promulgação e de publicação dos dispositivos vetados – 5. A questão da proteção insuficiente – 6. Conclusão.

### 1. APRESENTAÇÃO DO DEBATE

Honra-me o Prof. José Maria Rosa Tesheiner com a leitura e a análise crítica de artigo que escrevi a respeito da penhorabilidade de altos salários e de imóveis de alto valor.<sup>1</sup> As interessantes observações feitas pelo ilustre professor gaúcho – que, aliás, haviam sido apresentadas, de modo semelhante, pelo Prof. Egas Moniz de Aragão e pelo Dr. Renato Kanayama quando apresentei as idéias desenvolvidas no artigo em palestra proferida na seccional da Ordem dos Advogados do Brasil

1. O artigo do prof. José Maria Tesheiner (“Penhora e veto insubsistente – crítica a um posicionamento de Sérgio Arenhart”) pode ser encontrada na internet, no sítio [www.tex.pro.br](http://www.tex.pro.br). A crítica refere-se ao artigo intitulado “A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários”, que também pode ser lido naquele endereço eletrônico ou então na obra *Direito civil e processo – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim*. Coord. Araken de Assis el alli. São Paulo: RT, 2007, p. 523 e ss.

no Paraná – estimulam-me a desenvolver um pouco mais as ponderações que havia feito, para, talvez, poder superar os óbices postos à aceitação da tese por mim defendida.

Sublinho, desde logo, que não pretendo exaurir o tema, mas apenas tecer rápidas considerações sobre as objeções apontadas pelo Prof. Tesheiner, a fim de que o diálogo permita a evolução da meditação a propósito do tema em questão.

No artigo que escrevi a respeito do tema – e que é objeto da crítica aqui discutida – defendi a idéia de que é inconstitucional o veto presidencial aposto ao projeto de lei que, posteriormente, resultou na Lei n. 11.382/06, especificamente no que concerne às regras que previam a possibilidade de penhora de altos salários e de bens imóveis de elevado valor (ainda que considerados como bens de família). Sustentei essa idéia na premissa de que o veto presidencial não é ato livre do chefe do Executivo, apenas cabendo em dois casos, precisamente apontados pelo texto constitucional (art. 66, § 1º, da CR).<sup>2</sup> Entendi que os motivos enumerados nas razões do veto não se enquadrariam em nenhuma das hipóteses em que a Constituição autoriza essa conduta (inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público) de modo que o ato não estaria albergado pela Carta Maior. Em conta disso, conclui que o veto é inconstitucional e, portanto, insubsistente.

Ademais, argumentei ainda que a lei aprovada sem os dispositivos mencionados violaria garantias fundamentais, já que geraria proteção insuficiente a direitos, em violação ao previsto no art. 5º, inc. XXXV, da CR.

## 2. AS CRÍTICAS DO PROF. TESHEINER

Ao analisar o texto que escrevi, o Prof. José Maria Rosa Tesheiner sustenta que, embora corretas as premissas por mim estabelecidas, delas não decorre a conclusão que extraí.

Segundo seu entendimento, somente ao Congresso Nacional é dado o poder de derrubar o veto presidencial. Não tendo ocorrido essa rejeição do veto pelo órgão competente, não cabe ao Poder Judiciário substituir-se à atuação do Poder Legislativo nessa atividade. Em sua compreensão, a proposta por mim formulada conduziria a uma usurpação, pelo Poder Judiciário, de atribuição que é exclusiva do Congresso Nacional.<sup>3</sup>

2. “Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente...”

3. Ob. cit., item 3.



Afirma também que a conclusão a que cheguei estaria equivocada porque “os dispositivos vetados não foram promulgados nem publicados, não podendo, em consequência, ser havidos como vigentes”.<sup>4</sup> Por conta disso, as regras que entendo estarem em vigência, na concepção do professor gaúcho, seriam inexistentes.

Finalmente, quanto ao outro argumento apresentado, referente à violação da cláusula da proibição da proteção insuficiente, também entende o eminente autor que o argumento que utilizei não tem consistência. Segundo pensa ele, não se pode pretender que a invocação de direitos fundamentais se preste para qualquer conclusão. Mais do que isso, conclui que “direito contratual de crédito em dinheiro (talvez de uma gigantesca instituição financeira) não é direito fundamental. Não há restrições jurídicas ao direito de acesso à justiça, mas a tutela dos direitos tem, sim, limitações decorrentes da legislação material e processual e dos princípios constitucionais”.<sup>5</sup>

Examino, a seguir, as críticas feitas pelo professor gaúcho, especialmente para esclarecer as observações que fiz anteriormente.

### **3. O PROBLEMA DA INCONSTITUCIONALIDADE DO VETO PRESIDENCIAL**

Afirmo que o veto presidencial é inconstitucional e, por isso, não merece produzir efeitos. A isso, rebotei o prof. Tesheiner que somente ao Congresso Nacional cabe revisar as razões desse veto, não podendo o Judiciário substituir-se a esta atividade.

Não concordo com esse entendimento.

De início, porque não admito que ato nenhum, oriundo do Poder Público, possa ser absolutamente imune ao exame do Poder Judiciário. Mesmo os atos ditos discricionários, que muitos entendem insindicáveis pelo Judiciário, mostram-se perfeitamente controláveis pela jurisdição, ao menos na porção que extrapolam o singelo limite da avaliação da sua conveniência e da sua oportunidade.

Qualquer ato (especialmente oriundo de autoridade pública) que viole dispositivo legal pode ser invalidado pelo Judiciário. Trata-se de decorrência natural do Estado de Direito. Se estamos todos abaixo da lei, não há dúvida de que qualquer autoridade também deve a ela obediência; e, se a viola, seus atos merecem controle devido pela jurisdição.

4. Ob. cit., item 3.

5. Ob. cit., penúltimo parágrafo.

Ora, a Constituição da República apenas *confere o poder de veto* ao Presidente da República em dois casos: inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público (art. 66, § 1º). Ademais, sujeita esse poder a diversos requisitos, sejam formais (art. 66, §§ 1º e 2º), sejam temporais (art. 66, §§ 1º e 3º).

O descumprimento desses requisitos deve sujeitar o ato, obviamente, à revisão judicial. O Supremo Tribunal Federal, aliás, em mais de uma oportunidade entendeu cabível o controle judicial de vetos presidenciais, em razão da violação do limite temporal para o exercício desse poder.<sup>6</sup> Na doutrina, também, se tem considerado que a desobediência dos requisitos formais do veto implica a sua invalidade, o que importa na sanção tácita do projeto de lei.<sup>7</sup>

Dentre os requisitos formais do veto, está a necessidade de motivação do ato (art. 66, § 1º, *in fine*). Pois bem, se é necessário fundamentar o veto, é evidente que esse fundamento há de ater-se a uma das razões autorizativas do poder, ou seja, à existência de alegada inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público. Não se pode admitir, por isso mesmo, que o poder de veto seja exercido fora desses dois casos. Não pode, por exemplo, o Presidente da República, vetar projeto de lei alegando sua desnecessidade, sua má redação ou sua injustiça.

Daí a conclusão óbvia de que na motivação do veto deve constar uma das duas razões previstas no texto constitucional. Veto realizado com outro motivo extrapola, evidentemente, os limites constitucionais deste poder, de modo que se deve tê-lo por inválido. Note-se, apenas para deixar claro o que aqui se defende, que não se trata de investigar se as razões expostas pelo Presidente da República como motivos de inconstitucionalidade efetivamente configuram hipótese desse vício ou se as causas de interesse público apontadas de fato constituem casos dessa situação. Tal tipo de exame, efetivamente, transborda o limite da atividade judicial, na medida em que se insere na dimensão política do ato de vetar.

Porém essa situação nem de longe se confunde com o caso presente, em que o Presidente da República *sequer invocou alguma das razões previstas no texto constitucional*. Da motivação apresentada, ao contrário, deixa-se transparecer a conclusão de que o projeto era constitucional e atendia ao interesse público. A razão do veto, então, se limita à contrariedade à tradição nacional.

6. V., por exemplo, STF, 2ª Turma. RE 45.331/PR. Rel. Min. Ribeiro da Costa. DJU 02.06.1961; STF, Pleno. ADIn 1.254/RJ. Rel. Sepúlveda Pertence. DJU 17.03.00, p. 2.

7. Como lecionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, “o veto apresenta duas fases, conforme se depreende do § 1º do art. 66: a publicação e o envio dos motivos do veto ao Presidente do Senado Federal em quarenta e oito horas da publicação. A inexistência de qualquer dessas fases invalida o veto, tornando-o sanção tácita” (Curso de direito constitucional. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 366).

Trata-se, portanto, de análise formal do veto, que não investiga se as razões apontadas efetivamente estavam presentes. A aferição em questão – que resulta na inconstitucionalidade por mim sustentada no artigo anterior – limita-se a investigar se, *formalmente*, o ato inquinado se apóia ou não no texto constitucional. Como nenhuma das razões admitidas foi invocada pelo veto em questão, parece evidente que o ato transborda os limites constitucionais e, portanto, se torna passível de exame pelo Judiciário.

Ressalto, novamente, que não se trata de análise a respeito dos motivos em si considerados do veto. A inconstitucionalidade se evidencia pela simples conferência da inexistência de *motivação adequada*, ou seja, de motivação que aponte uma das razões previstas constitucionalmente para o exercício do poder de veto. Nesse campo, a análise é estritamente formal – como é, também, a análise da tempestividade do veto, já admitida pelo Supremo Tribunal Federal – e, por isso, não está protegida pelo caráter político desse tipo de ato. Se os motivos (aqueles únicos, descritos no texto constitucional), nesse caso, são essenciais à existência do poder de veto, é evidente que a falta de um desses motivos no corpo do ato presidencial deve equivaler à falta de motivação deste ato. E, como lembra Pontes de Miranda, “não é veto o que se emite sem fundamentação”.<sup>8</sup>

Desse modo, resta claro que a inconstitucionalidade do veto não exige a ingenuidade sobre as razões em si deste ato, mas apenas na simples constatação de que ele não foi exercitado nos limites constitucionais, já que não se vale de qualquer dos fundamentos autorizativos para tanto.

Por essa razão, vê-se que o vício do veto exercido é estritamente *formal*, o que legitima seu controle judicial. A respeito, o Supremo Tribunal Federal, por seu plenário, já reconheceu a possibilidade de controle sobre parcelas do processo legislativo, sempre que se trate de violação a certa forma ou a certo procedimento explicitamente contemplado pelo texto constitucional ou que seja imprescindível para a validade do processo legislativo. No caso, acentuou o Ministro Joaquim Barbosa, relator do feito, que “os julgados desta Suprema Corte, em sua maioria, tratam de casos em que não se poderia reexaminar a decisão do Legislativo. *Os precedentes que afastam esse óbice se referem justamente a hipóteses em que a Constituição federal dispõe sobre determinada forma ou procedimento imprescindíveis à validade do processo legislativo e que possibilitariam a excepcional atuação jurisdicional para garantir plena aplicação do texto constitucional.* Nesse sentido, cf., v.g., o MS 22.503 (rel. min. Marco Aurélio), impetração conhecida

8. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1, de 1969. 2a ed., São Paulo: RT, 1970, tomo III, p.191.

mas indeferida, referente a exame jurisdicional de reapresentação, na mesma sessão legislativa, de proposta de emenda à Constituição rejeitada ou havida por prejudicada, e o MS 24.041 (rel. min. Nelson Jobim), acerca da aplicação de regras constitucionais sobre o princípio da alternância das Casas na composição da Mesa do Congresso Nacional”.<sup>9</sup>

Finalmente, não se pode esquecer que os dispositivos vetados em questão demoraram *mais de um ano* para serem apreciados pelo Congresso Nacional. Com efeito, embora a lei seja de 6 de dezembro de 2006, somente em março de 2008 o Congresso Nacional apreciou as razões do veto presidencial, entendendo por mantê-lo.<sup>10</sup> Vale dizer que a lei em comento foi aplicada por mais de um ano havendo indefinição sobre a aplicabilidade ou não dos dispositivos aqui tratados.<sup>11</sup>

Desse modo, não parece legítimo que a ausência de derrubada do veto presidencial pelo Congresso implicou a aceitação desse ato. O ato, ao menos no momento da publicação da lei, sequer havia sido examinado pelo Congresso, e assim ficou por mais de ano! Pretender, pois, que apenas o Congresso tenha a atribuição de controlar o veto presidencial é condenar ao ostracismo vários dispositivos importantes para o ordenamento nacional e, pior, legitimar eventuais abusos praticados pelo chefe do Executivo.

#### **4. A AUSÊNCIA DE PROMULGAÇÃO E DE PUBLICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS VETADOS**

Argumenta ainda o prof. Tesheiner que não se pode admitir a conclusão a que cheguei pelo fato de que os textos vetados não foram promulgados ou sequer publicados, de modo que não poderiam ser considerados como vigentes.

Na realidade, o argumento apresentado pelo professor constitui mero desdobramento de seu raciocínio antecedente. Porque houve veto (não derrubado) dos dispositivos em discussão, é evidente que não haveria cabimento em realizar sua promulgação ou sua publicação.

Todavia, em se compreendendo o contrário, ou seja, em se concluindo que o veto é inconstitucional, conseqüentemente, deve-se ter por existente a sanção

9. STF, Pleno. ADIn n. 3.146-5/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. DJU 19.12.06, p. 35.

10. Cf. Diário do Senado Federal, datado de 28/03/08, p. 7227/7228.

11. Desnecessário dizer que a Constituição da República prevê que o veto seja examinado no prazo máximo de trinta dias a contar de seu recebimento pelo Presidente do Senado Federal (art. 66, § 4o), o que foi totalmente desconsiderado no caso presente. É de se ressaltar, porém, que o Supremo Tribunal Federal já entendeu como inconstitucional uma lei, porque não foi – previamente à sua promulgação – apreciado veto apostado a ela (STF, Pleno. Rp 1.065/SP. Rel. Min. Soares Muñoz. RTJ 100/997).

tácita dos dispositivos mencionados seguindo-se, então, a natural promulgação do texto em questão.

Note-se, outrossim, que a promulgação é elemento de simples certificação, não tendo, em si, função autônoma. Como atesta Pontes de Miranda, a promulgação é “mera atestação de existência da lei e promulgação de sua executoriedade”.<sup>12</sup> Desse modo, ainda que a promulgação faça parte do processo legislativo, é certo que sua função não é propriamente constitutiva da lei, mas sim certificadora.

Ademais, é certo que nos casos em que há controle de constitucionalidade (formal) do veto presidencial, tendo sido declarado inválido este ato, o projeto deve ser tido como tacitamente sancionado e, via de consequência, tacitamente promulgado. Isto porque, a rigor, a regra fora apenas *supostamente* vetada. Tendo o veto sido reconhecido como injurídico, a regra deve ser tida como sancionada e, então, como promulgada juntamente com o restante do diploma legal.

Finalmente, quanto à publicidade, trata-se de ato que tem por finalidade dar ciência à coletividade da vigência da lei. Esse ato também pode ser, ao que parece, diante das peculiaridades do caso presente, ser substituído pela publicidade natural da decisão judicial. Outrossim, tal como sucede com a promulgação, tratando-se de ato secundário, deve-se concluir que a ausência de publicação da norma (que deveria ter sido publicada, na medida em que era inconstitucional o veto aposto) é vício tão-só formal, que não invalida a norma, nem lhe retira a vigência.

Assim, ao que parece, os vícios em questão são exclusivamente formais e não devem ser alçados à condição de obstar a vigência dos dispositivos em questão. Especialmente, importa considerar que, para a operacionalização do controle de constitucionalidade do veto presidencial – que, como se viu, deve ser admitido – tais defeitos podem ser facilmente superados, devendo-se supor que sua existência decorre naturalmente da decretação de invalidade do ato de discordância do Executivo.

Não bastasse tudo isso, é de se ver que estes argumentos, em si, não foram suficientes para impressionar o Supremo Tribunal Federal que, como já dito, admitiu o controle de constitucionalidade do veto, ao menos em relação à sua tempestividade. Ora, se o argumento aqui apresentado fosse válido, também seria aplicável àquela situação analisada pela Suprema Corte, inviabilizando a aceitação do “projeto de lei” extemporaneamente vetado. Todavia, não foi essa a conclusão do tribunal, que aceitou a validade da lei incorretamente vetada.

12. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à constituição de 1967. São Paulo: RT, 1968, tomo 3, p. 177.

## 5. A QUESTÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE

A outra crítica apontada pelo prof. Tesheiner às conclusões por mim desenvolvidas no trabalho anterior trata do problema da proteção insuficiente. Argumentei que a vedação de penhora de altos salários ou de imóveis de elevado valor viola a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, estampado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República. Disse então que, “ao vedar a penhora sobre parcela de altos salários ou sobre bens de vulto, o Executivo inviabilizou a proteção adequada da garantia fundamental do acesso à Justiça. Não havendo outros bens penhoráveis, o impedimento de penhora de tais bens inviabiliza a tutela do credor, em manifesta ofensa à garantia de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF).”<sup>13</sup>

Segundo o professor gaúcho, não cabe invocar a teoria dos direitos fundamentais no caso presente. Isso porque o direito de crédito não tem *status* constitucional, sendo passível de limitação no plano infraconstitucional. Em sua ótica, não se deve abusar do recurso aos argumentos de direitos fundamentais, sob pena de se admitir qualquer espécie de conclusão e de se legitimar qualquer forma de discurso.

Novamente, não poso concordar com as suas observações.

De início, observo que a cláusula da proteção insuficiente é sim inerente ao sistema nacional. Qualquer ordenamento que aceita a existência de direitos fundamentais deve, necessariamente, oferecer-lhes a proteção compatível com sua hierarquia “fundamental”! Isso inclui, em consequência, a proibição de que o Estado ofereça a esses direitos proteção que se mostre insuficiente de realizá-los em concreto.

Parece que essa conclusão é evidente, e sequer exigiria demonstração. Afinal, se um direito é alçado à condição de *fundamental* pela ordem jurídica brasileira, não se pode autorizar que o Estado o abandone ou que lhe confira proteção que seja incapaz de, em situação concreta, oferecer-lhe proteção adequada. Porém, para espancar qualquer dúvida a respeito, e para demonstrar a validade do argumento para o caso presente, vale examinar com um pouco mais de atenção a questão.

Ao que parece, a divergência que tenho com o prof. Tesheiner diz respeito ao direito fundamental que serve de premissa para a conclusão que apresentei. Segundo o professor gaúcho, o direito de crédito não é direito fundamental, de modo que não legitimaria a conclusão que defendi. Porém, jamais afirmei que a proteção ótima se deve a direitos de crédito. O argumento que apresentei não se refere à proteção dos direitos de crédito – que realmente não têm, em princípio,

13. ARENHART, Sérgio Cruz. “A penhorabilidade de imóvel de família de elevado valor e de altos salários” in Direito civil e processo – estudos em homenagem ao professor Arruda Alvim. Ob. cit., p. 528.

hierarquia fundamental<sup>14</sup> – mas sim à garantia indiscutivelmente fundamental do acesso à Justiça. Esse direito encontra expressa previsão, como já disse, no art. 5º, inc. XXXV, da CR, de modo que é desnecessário justificar sua fundamentação.

Partindo da premissa de que a garantia de acesso à Justiça é fundamental, não há dúvida de que sua proteção deve ser otimizada. Por isso, não se admite que o Estado ofereça a esse direito proteção que se mostre inadequada para atendê-lo em toda sua extensão, para a proteção de qualquer pretensão que o sujeito apresente em juízo. De fato, a previsão de um direito fundamental como o acesso à Justiça não pode implicar apenas a idéia de que o Estado está proibido de editar leis que privem do acesso ao Poder Judiciário qualquer espécie de lesão ou de ameaça a direito. Essa idéia rasa da função do direito fundamental não tem mais cabimento, nem se amolda ao *status* constitucional-fundamental desse direito.

Se é verdade que viola a regra constitucional a existência de lei que impeça ao Judiciário o conhecimento de lesão ou ameaça a certo direito, também é verdade que a mesma violação ocorre se o Estado é incapaz de oferecer proteção adequada para esse acesso. Isso porque não é possível fechar os olhos para o fato de que tutelas inadequadas, por vezes, são equiparáveis à ausência de tutela. Se o Estado, embora não proíba expressamente o acesso ao Poder Judiciário de determinada questão, impõe exigências manifestamente incabíveis e inadequadas para a proteção desse direito, não há dúvida de que, por via oblíqua, está impedindo que esse litígio seja levado ao Judiciário. Apenas para exemplificar, se o Estado, para a proteção de um interesse que valha R\$ 1.000,00 impõe ao autor o pagamento de custas de, digamos, R\$ 100.000,00, não estará expressamente negando o acesso dessa questão à jurisdição. Porém, por via transversa, esse acesso é completamente inviabilizado, na medida em que a barreira existente para que a questão seja posta à discussão judicial retira qualquer utilidade na prestação jurisdicional.

Como acentua a doutrina, “a falta de regras processuais adequadas poderia transformar o direito de proteção judiciária em simples esforço retórico”.<sup>15</sup> Vale dizer que não basta que o Estado deixe de proibir o acesso ao Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, para que dê cumprimento à determinação constante do art. 5º, inc. XXXV, da CR. Para que esse preceito seja realmente cumprido,

14. Embora admita que, em certos casos, também os créditos devem ser considerados como fundamentais, tal como ocorre, apenas para argumentar, com o crédito alimentar.

15. MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 479. V. ainda, entre tantos outros, BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 149 e ss. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”. Temas de direito processual. 3a Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27/33.

é necessário que o Estado *atue de forma positiva*, oferecendo mecanismos (legislativos e judiciais) de proteção adequada e tempestiva para qualquer espécie de lesão ou ameaça a direito afirmada perante o Judiciário.<sup>16</sup>

Essa *dimensão positiva* do direito fundamental é tão importante (ou talvez até mais importante) do que a negativa. Tão odiosa quanto a violação escancarada das garantias fundamentais constitucionais (por meio de criação de regras que proíbam o acesso à Justiça) é a erosão sub-reptícia dessa garantia, pela criação de obstáculos que, por via transversa, inviabilizam a satisfação desse direito ou pelo oferecimento de proteção que deixa abertamente exposto o direito fundamental à violação.

É nesse contexto que se insere a cláusula da proibição de proteção deficiente. Por isso também é que afirmo que essa cláusula é insita ao sistema constitucional brasileiro. Se, a partir do direito fundamental de acesso à Justiça, é imposto ao Estado o dever de prestar tutela adequada, efetiva e tempestiva a qualquer espécie de direito, então é evidente que não se pode admitir que a organização estatal (seja por meio da legislação, seja pela atuação jurisdicional) ofereça proteção inadequada ou insuficiente *a qualquer espécie de pretensão exposta em juízo*.

Note-se que o direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário não atende, apenas, outros direitos fundamentais (como a vida, a saúde ou a liberdade). Ele se presta, como se vê da clara dicção do texto constitucional, a qualquer pretensão apresentada ao Poder Judiciário. Pouco importa, assim, se o direito a ser tutelado é de crédito, é real ou trata da personalidade. Não é essa pretensão que confere o *status* constitucional ao direito de acesso ao Judiciário. Daí a razão pela qual não posso concordar com a assertiva do professor gaúcho, no sentido de afirmar que direitos de crédito, por não serem fundamentais (o que, evidentemente, está correto, ao menos em análise *prima facie*) autorizam limitação quanto à sua tutela.

16. Como anota Luiz Guilherme Marinoni, “o direito de ação, diante do Estado constitucional, está muito longe de ter apenas o significado de uma garantia contra o Estado. Quando se toma em consideração a proibição de o Estado vedar o acesso à jurisdição diante de determinada situação ou de excluir do Poder Judiciário uma afirmação de lesão ou de ameaça a direito, o direito fundamental de ação se porta como uma garantia contra o Estado, ou ainda como uma garantia de que o Estado não faça algo para impedir o exercício do direito de ação e o acesso à justiça. Acontece que o direito fundamental de ação, assim como acontece com os direitos fundamentais no Estado constitucional, exige prestações estatais positivas voltadas a sua plena realização concreta.

Melhor dizendo: o direito fundamental de ação não obriga o Estado a protegê-lo nas relações privadas (como ocorreria se fosse um direito fundamental material de proteção) ou de uma mera garantia à tutela jurisdicional estatal. O direito fundamental de ação obriga o Estado a prestar tutela jurisdicional efetiva a todo e qualquer direito que possa ter sido violado ou ameaçado. Ele não é um direito que exige que o Estado atue para protegê-lo, mas sim um direito que requer que o Estado exerça a função jurisdicional de maneira adequada ou de forma a permitir a proteção efetiva de todos os direitos levados ao seu conhecimento” (MARINONI, Luiz Guilherme. Curso de processo civil. São Paulo: RT, 2006, vol. 1, p. 206/207).



Se é verdade que o direito infraconstitucional é quem, em primeiro plano, deve oferecer o perfil da tutela processual dada a qualquer direito, não se pode esquecer que essa legislação *deve estar conforme o mandamento constitucional*. Assim, se a tutela processual (oferecida pelo direito infraconstitucional) é inadequada a atender às necessidades do direito material (qualquer que seja ele), há evidente ofensa à cláusula do acesso ao Judiciário, posta no art. 5º, inc. XXXV, da CR.

Por isso, se, como pensa o prof. Tesheiner, não se pode ver nos direitos fundamentais a panacéia para tudo, também não se pode deixar de oferecer-lhes a dignidade que merecem. Os direitos fundamentais são a base de toda construção jurídica – inclusive da construção legislativa. Por isso, não se pode admitir legislação que afronte suas diretrizes, nem que empalideça a extensão que a Constituição da República lhe conferiu.

Não há, portanto, sentido em se curvar, obsequiosamente, ao direito infraconstitucional. Sempre que este desatender ao direito constitucional (e, em especial, aos direitos fundamentais) não merece observância, já que perde a sua fundamentação.

Por óbvio, dessa afirmação não resulta a conclusão de que os direitos fundamentais dados ao autor em um processo não possam sofrer restrição em razão *de outros direitos fundamentais atribuídos ao réu ou a terceiros*. Evidentemente, essa limitação é viável e decorre da natural necessidade de coexistência de vários direitos fundamentais, titularizados por distintos sujeitos. Assim, é evidente que o direito de acesso ao Poder Judiciário (sobretudo em se considerando sua faceta de efetividade e celeridade) pode sofrer limitações, decorrentes, por exemplo, da garantia de defesa dada ao réu ou da proteção ao patrimônio mínimo oferecido a outras pessoas. No caso concreto da discussão em exame, é evidente que são constitucionais as limitações à penhora decorrentes do atendimento a outras garantias constitucionais (v.g., a proteção da família, da dignidade da pessoa humana ou da liberdade individual).

Todavia, em relação às restrições à penhora aqui ponderadas (de imóveis de elevado valor e de parcela de altos salários), importa fazer a seguinte indagação: qual é a base constitucional que autoriza essas restrições à garantia de acesso ao Poder Judiciário? Onde está, no texto constitucional, a previsão da intangibilidade de altos salários ou de imóveis de elevado padrão, para que possam colidir com a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário?

Se acaso houvesse esse alicerce constitucional, até seria de se cogitar de possível colisão entre garantias fundamentais. Porém, parece fora de dúvida que não há esse albergue constitucional para tais interesses. Daí a razão pela qual não é

possível pretender que eles possam prevalecer sobre a garantia (que é, indiscutivelmente, constitucional) do acesso à Justiça efetiva, célere e adequada.<sup>17</sup> O texto legal, assim, em razão da restrição que opera – de forma injustificada – a preceito constitucional, não pode prevalecer sobre o preceito constitucional.

Mais ainda essa situação se agrava quando se põe em relevo a constatação de que a restrição aqui examinada pode ser responsável por deixar sem proteção adequada direitos materiais que também são fundamentais. Imagine-se, apenas para argumentar, que o crédito que se exige visa a fomentar política pública de interesse social, ou que tem por finalidade a proteção de verbas que são essenciais para a sobrevivência de uma empresa. Nesses casos, mais absurda ainda seria a aceitação da restrição em comento.

De todo modo, parece claro que não se deve desmerecer o papel dos direitos fundamentais, inclusive como orientação para a atividade jurisdicional. Apegar-se de forma desmesurada à lei sem atentar para seu fundamento constitucional é equívoco grave, a que não podem sujeitar-se os magistrados, em especial na aplicação da nova disciplina prevista pela Lei n. 11.382/06.

## 6. CONCLUSÃO

Enfim, somados todos os argumentos acima expostos, vê-se com razoável tranqüilidade que o veto presidencial não pode prevalecer, o que corrobora a conclusão que apresentei anteriormente, no sentido da aplicação dos preceitos que haviam sido censurados.

Espero, caso não tenha convencido o prof. Tesheiner da validade dos argumentos que empreguei, ao menos ter esclarecido a ele meu ponto de vista. Por outro lado, espero ter demonstrado o respeito que nutro por essa autoridade, que me fez refletir e me esforçar por avaliar com maior cautela minhas conclusões, buscando solidificar ainda mais as bases que permearam meu raciocínio.

17. O Superior Tribunal de Justiça, aliás, vem relativizando, há muito tempo, o dogma de que o imóvel de família, não importando as suas dimensões ou as suas características, deve ser sempre considerado como bem de família e, portanto, impassível de penhora. Ao julgar o Recurso Especial n. 139.010, por exemplo, assentou que “pelas peculiaridades da espécie, preservada a parte principal da residência em terreno com área superior a 2.200 m<sup>2</sup>, com piscina, churrasqueira, gramados, não viola a Lei 8.009/90 a decisão que permite a divisão da propriedade e a penhora sobre as áreas sobejantes” (STJ, 4a Turma. REsp 139.010/SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. DJU 20.05.02, p. 143). Por sua vez, ao examinar o Recurso Especial n. 624.355/SC, assentou aquela corte que “não foi propósito do legislador permitir que o devedor contumaz se locuplete injustamente utilizando o benefício da impenhorabilidade, como instrumento para tripudiar sobre o credor enganado. Por isso, o alcance do preceito legal deve ser temperado” (STJ, 3a Turma. REsp 624.355/SC. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJU 28.05.07, p. 322).

**XIV**

**TEORIA GERAL DO CONTROLE  
DE CONVENCIONALIDADE  
NO DIREITO BRASILEIRO**

*Valerio de Oliveira Mazzuoli*

Doutor summa cum laude em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) – campus de Franca. Professor Adjunto de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Políticas da Universidade de Huánuco (Peru). Professor convidado nos cursos de pós-graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI), da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD) e coordenador jurídico da Revista de Derecho Internacional y del Mercosur (Buenos Aires, Argentina).

**RESUMO:** Este ensaio se propõe estudar o controle de convencionalidade das leis no Brasil. Trata-se de estudo pioneiro entre nós, jamais versado na doutrina brasileira anteriormente. O texto analisa os limites (nacionais e, principalmente, os internacionais) que a produção normativa doméstica deve respeitar para ter validade no plano jurídico interno, especialmente depois do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que trouxe a possibilidade do controle concentrado de convencionalidade no Brasil.

**PALAVRAS CHAVES:** Controle de convencionalidade; validade das leis no país; limites à produção normativa doméstica; controle de legalidade das normas infraconstitucionais.

**ABSTRACT:** This paper has the aim to study the conventionality control in Brazilian law. It's the first study in this issue, which has never been detated in Brazilian doctrine before. This text analyzes the limits (national and international - mainly) that production of the inter law must respect so that it can be effective in the outside law plane, specially after the Constitutional Amend number 45/2004, which brought the possibility of the concentrated control of conventionality in Brazil.

**KEYWORDS:** conventionality control; effective of law in the country; limits to the production of the inter law; legal control of underconstitucional law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. O controle de convencionalidade brasileiro e a teoria da dupla compatibilidade vertical material – 3. O respeito à Constituição e o conseqüente controle de constitucionalidade: a) A obediência aos direitos expressos na Constituição; b) A obediência aos direitos implícitos na Constituição – 4. O respeito aos tratados internacionais e os controles de convencionalidade (difuso e concentrado) e de legalidade das normas infraconstitucionais: a) Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos; b) Os direitos previstos nos tratados comuns – 5. Conclusão – Bibliografia

## 1. INTRODUÇÃO

O tema deste ensaio é inédito no Brasil. Seu aparecimento se deu entre nós a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Mas até o presente momento – passados mais de quatro anos dessa alteração constitucional – nenhum jurista pátrio chegou a desenvolvê-lo. Sequer um autor brasileiro (constitucionalista ou internacionalista) percebeu, até o presente momento, a amplitude e a importância dessa nova temática, capaz de modificar todo o sistema de controle no direito brasileiro. Versamos ineditamente o assunto no Capítulo II, Seção II, da nossa Tese de Doutorado da UFRGS,<sup>1</sup> cuja síntese vem agora estampada nas linhas que seguem.

A novidade que este estudo apresenta diz respeito à possibilidade de se proceder à compatibilização vertical das leis (ou dos atos normativos do Poder Público) não só tendo como parâmetro de controle a *Constituição*, mas também *os tratados internacionais* (notadamente os de direitos humanos, mas não só eles) ratificados pelo governo e em vigor no país.

## 2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE BRASILEIRO E A TEORIA DA DUPLA COMPATIBILIDADE VERTICAL MATERIAL

É bem sabido que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quorum* qualificado, a fim de passarem (desde que *ratificados* e *em vigor* no plano internacional) de um *status* materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes

1. V. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008, pp. 201-241.

às emendas constitucionais”.<sup>2</sup> Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle *de convencionalidade* das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são *materialmente* constitucionais (art. 5º, § 2º) ou *material e formalmente* constitucionais (art. 5º, § 3º),<sup>3</sup> é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Em outras palavras, se os tratados de direitos humanos têm “*status* de norma constitucional”, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição, ou se são “equivalentes às emendas constitucionais”, posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5º, § 3º da mesma Carta, significa que podem eles ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil.<sup>4</sup> Ocorre que os tratados internacionais *comuns* (que versam temas alheios aos direitos humanos) também têm *status* superior ao das leis internas.<sup>5</sup> Se bem que não equiparados às normas constitucionais, os instrumentos convencionais comuns têm *status* supralegal no Brasil, posto não poderem ser revogados por lei interna posterior, como estão a demonstrar vários dispositivos da própria legislação infraconstitucional brasileira, dentre eles o art. 98 do Código Tributário Nacional.<sup>6</sup> Neste último caso, tais tratados (comuns) também servem de paradigma ao controle das normas infraconstitucionais, posto estarem situados acima delas, com a única diferença (em relação aos tratados de direitos humanos) que não servirão de paradigma do controle *de convencionalidade* (expressão reservada aos tratados com nível constitucional), mas do controle *de legalidade* das normas infraconstitucionais.

Isto tudo somado demonstra que, doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no país devem, para a análise de sua compatibilidade com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito,

2. Para um estudo completo do significado do art. 5º, § 3º da Constituição, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia, in Revista Forense, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, pp. 89-109.
3. Sobre essa distinção entre tratados materialmente constitucionais e material e formalmente constitucionais, bem como para o seu melhor entendimento, veja-se o nosso estudo citado na nota anterior.
4. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 239.
5. V. a comprovação dessa assertiva em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, 3ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2009, pp. 178-179; 229-230; e, especialmente, pp. 332-343.
6. Para uma análise do art. 98 do CTN à luz da supremacia do direito internacional, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, cit., pp. 344-353.

passar por dois níveis de aprovação: (1) a *Constituição* e os *tratados de direitos humanos* (material ou formalmente constitucionais) ratificados pelo Estado; e (2) os *tratados internacionais comuns* também ratificados e em vigor no país. No primeiro caso, tem-se o controle de convencionalidade das leis; e no segundo, o seu controle de legalidade.

Este estudo tem por finalidade analisar esta nova teoria, segundo a qual as normas domésticas também se sujeitam a um controle de convencionalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país) e de legalidade (compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados comuns em vigor no país), para além do clássico e já bem conhecido controle de constitucionalidade. Frise-se que ênfase especial será dada ao primeiro novo tipo de controle referido: o controle *de convencionalidade* das leis.

A primeira idéia a fixar-se, para o correto entendimento do que doravante será exposto, é a de que a compatibilidade da lei com o texto constitucional não mais lhe garante *validade* no plano do direito interno. Para tal, deve a lei ser compatível com a Constituição *e com* os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada *vigente* (pois, repita-se, está *de acordo* com o texto constitucional e não poderia ser de outra forma) – e ainda continuará perambulando nos compêndios legislativos publicados –, mas não poderá ser tida como *válida*, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Ou seja, a incompatibilidade da produção normativa doméstica com os tratados internacionais em vigor no plano interno (ainda que tudo seja compatível com a Constituição) torna *inválidas*<sup>7</sup> as normas jurídicas de direito interno.

Como se sabe, a dogmática positivista clássica confundia *vigência* com a *validade* da norma jurídica. Kelsen já dizia que uma norma vigente é válida e aceitava o mesmo reverso, de que uma norma válida é também vigente: em certo momento falava em “uma ‘norma válida’ (‘vigente’)” e, em outro, na “vigência (validade) de uma norma”.<sup>8</sup> Porém, na perspectiva do Estado Constitucional e Humanista

7. Cf., em paralelo, BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*, Trad. de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995, pp. 137-138.

8. V. o trecho ao qual aludimos: “Então, e só então, o dever-ser, como dever-ser ‘objetivo’, é uma ‘norma válida’ (‘vigente’), vinculando os destinatários. É sempre este o caso quando ao ato de vontade, cujo sentido subjetivo é um dever-ser, é emprestado esse sentido objetivo por uma norma, quando uma norma, que por isso vale como norma ‘superior’, atribui a alguém competência (ou poder) para esse ato”. E mais à frente, leciona: “Se, como acima propusemos, empregarmos a palavra ‘dever-ser’ num sentido que abranja todas

de Direito esse panorama muda, e nem toda norma *vigente* deverá ser tida como *válida*. Não são poucos os autores atuais que rechaçam a concepção positivista legalista de vigência e validade das normas jurídicas (*v. infra*).<sup>9</sup>

De nossa parte, também entendemos que não se poderá mais confundir *vigência* com *validade* (e a conseqüente *eficácia*) das normas jurídicas. Devemos seguir, a partir de agora, a lição de Ferrajoli, que bem diferencia ambas as situações.<sup>10-11</sup> Para Ferrajoli, a identificação da *validade* de uma norma com a sua *existência* (determinada pelo fato de se pertencer a certo ordenamento e estar conforme as normas que regulam sua produção) é fruto “de uma simplificação, que deriva, por sua vez, de uma incompreensão da complexidade da legalidade no Estado constitucional de direito que se acaba de ilustrar”.<sup>12</sup> Com efeito, continua Ferrajoli, “o sistema das normas sobre a produção de normas – habitualmente estabelecido, em nossos ordenamentos, com nível constitucional – não se compõe somente de normas formais sobre a competência ou sobre os procedimentos de formação das leis”, incluindo também “normas substanciais, como o princípio da igualdade e os direitos fundamentais, que de modo diverso limitam e vinculam o poder legislativo, excluindo ou impondo-lhe determinados conteúdos”, o que faz com que “uma norma – por exemplo, uma lei que viola o princípio constitucional da igualdade – por mais que tenha existência formal ou vigência, possa muito bem ser inválida e, como tal, suscetível de anulação por contrastar com uma norma substancial sobre sua produção”.<sup>13</sup>

Com efeito, a existência de normas *inválidas*, ainda segundo Ferrajoli, “pode ser facilmente explicada distinguindo-se duas dimensões da regularidade ou legitimidade das normas: a que se pode chamar ‘vigência’ ou ‘existência’,

---

estas significações, podemos exprimir a vigência (validade) de uma norma dizendo que certa coisa deve ou não deve ser, deve ou não ser feita” [grifos nossos]. (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 7ª ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 11).

9. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999, p. 20; GOMES, Luiz Flávio, Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 75; e GOMES, Luiz Flávio & VIGO, Rodolfo Luis, Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça), São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 19.
10. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil, cit., pp. 20-22.
11. A dificuldade de precisão desses conceitos já foi objeto dos comentários de Kelsen, nestes termos: “A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto”. (Teoria pura do direito, cit., p. 235).
12. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil, cit., p. 20.
13. FERRAJOLI, Luigi. Idem, pp. 20-21.

que faz referência à *forma* dos atos normativos e que depende da conformidade ou correspondência com as *normas formais* sobre sua formação; e a ‘validade’ propriamente dita ou, em se tratando de leis, a ‘constitucionalidade’ [e, podemos acrescentar, também a ‘*convencionalidade*’], que, pelo contrário, têm que ver com seu *significado* ou conteúdo e que depende da coerência com as *normas substanciais* sobre sua produção”.<sup>14</sup> Nesse sentido, a *vigência* de determinada norma guardaria relação com a *forma* dos atos normativos, enquanto que a sua *validade* seria uma questão de *coerência* ou de *compatibilidade* das normas produzidas pelo direito doméstico com aquelas de caráter substancial (a Constituição e/ou os tratados internacionais em vigor no país) sobre sua produção.<sup>15</sup>

Em nosso país, é certo que toda lei vigora formalmente até que não seja revogada por outra ou até alcançar o seu termo final de vigência (no caso das leis excepcionais ou temporárias). A vigência pressupõe a publicação da lei na imprensa oficial e seu eventual período de *vacatio legis*; se não houver *vacatio* segue-se a regra do art. 1º da LICC da entrada em vigor após quarenta e cinco dias. Então, tendo sido aprovada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República (com promulgação e publicação posteriores) a lei é *vigente*<sup>16</sup> (ou seja, *existente*<sup>17</sup>) em território nacional (podendo ter que respeitar, repita-se, eventual período de *vacatio legis*),<sup>18</sup> o que não significa que será materialmente *válida* (e, tampouco, *eficaz*).<sup>19</sup> Perceba-se a própria redação da LICC, segundo a qual (art. 1º):

14. FERRAJOLI, Luigi. Idem, p. 21.

15. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Idem, pp. 21-22.

16. Perceba-se o conceito de vigência do ordenamento jurídico formulado por Alf Ross: “O ponto de que partimos é a hipótese de que um sistema de normas será vigente se for capaz de servir como um esquema interpretativo de um conjunto correspondente de ações sociais, de tal maneira que se torne possível para nós compreender esse conjunto de ações como um todo coerente de significado e motivação e, dentro de certos limites, predizê-las. Esta capacidade do sistema se baseia no fato das normas serem efetivamente acatadas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. (...) Conclui-se disso que os fenômenos jurídicos que constituem a contrapartida das normas têm que ser as decisões dos tribunais. É aqui que temos que procurar a efetividade que constitui a vigência do direito”. Perceba-se que, em tal conceito, se está a vincular a vigência da norma à sua capacidade de ser socialmente obrigatória, no que se poderia dizer ter Alf Ross estabelecido um conceito de vigência social do ordenamento jurídico. E assim conclui Ross: “Em conformidade com isso, um ordenamento jurídico nacional, considerado como um sistema vigente de normas, pode ser definido como o conjunto de normas que efetivamente operam na mente do juiz, porque ele as sente como socialmente obrigatórias e por isso as acata”. V. ROSS, Alf. Direito e justiça. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000, p. 59.

17. Para nós, existência (formal) e vigência têm o mesmo significado. Cf., nesse exato sentido, FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías: la ley del más débil, cit., p. 21.

18. Para um panorama das discussões quanto ao início de vigência da lei, v. TELLES JUNIOR, Goffredo, Iniciação na ciência do direito, São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 193-197.

19. A esse respeito, assim (e corretamente) leciona Artur Cortez Bonifácio: “Válida é a norma de lei ordinária cuja produção e conteúdo material se conforma à Constituição [e, para nós, também aos tratados em vigor no país], à legitimidade conferida pelos princípios constitucionais [e internacionais] político ou ético-filosóficos. Afora isso, a norma terá uma validade eminentemente formal, de relação de pertinência com o



“Salvo disposição contrária, a lei começa a *vigorar* em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada” [grifo nosso]. Portanto, ser *vigente* é ser *existente* no plano legislativo. Lei *vigente* é aquela que já *existe*,<sup>20</sup> por ter sido elaborada pelo Parlamento e sancionada pelo Presidente da República,<sup>21</sup> promulgada e publicada no *Diário Oficial da União*.

Depois de verificada a *existência* (vigência) da lei é que se vai aferir sua *validade*, para, em último lugar, perquirir sobre sua *eficácia*.<sup>22</sup> Esta última (a eficácia legislativa) está ligada à realidade social que a norma almeja regular; conota também um meio de se dar “aos jurisdicionados a confiança de que o Estado exige o cumprimento da norma, dispõe para isso de mecanismos e força, e os tribunais vão aplicá-las”.<sup>23</sup> Mas vigência e eficácia não coincidem cronologicamente, uma vez que a lei que existe (que é *vigente*) e que também é *válida* (pois de acordo com a Constituição e com os tratados – de direitos humanos ou comuns – em vigor no país), já pode ser aplicada pelo Poder Judiciário, o que não significa que possa vir a ter *eficácia*.<sup>24</sup> Não há como dissociar a eficácia das normas à realidade

---

sistema jurídico. Vigente é a norma que existe [perceba-se a equiparação entre vigência e existência, como querendo significar a mesma coisa, concepção com a qual também concordamos], em função da qual se pode exigir algum comportamento: é a norma promulgada e ainda não derogada, respeitadas questões como a *vacatio legis*. É de se perceber que toda norma vigente, assim tratada, tem validade formal; a sua validade material repousará no quantum de legitimidade que venha a expressar”. (O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008, p. 121).

20. Perceba-se que o próprio Kelsen aceita esta assertiva, quando leciona: “Com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica de uma norma. Quando descrevemos o sentido ou o significado de um ato normativo dizemos que, com o ato em questão, uma qualquer conduta humana é preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada”. (Teoria pura do direito, cit., p. 11).
21. Em caso de veto do Presidente, pode o Congresso derrubá-lo em sessão conjunta e por maioria absoluta de votos (CF, art. 66, § 4º), devendo ser novamente enviado ao Presidente da República, agora para promulgação (art. 66, § 5º). Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos §§ 3º e 5º, o Presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente do Senado fazê-lo (art. 66, § 7º). Após a promulgação, a lei é publicada, devendo entrar em vigência a partir desse momento, se assim dispuser expressamente. Se não o fizer e não houver período de *vacatio legis*, entrará vigor em quarenta e cinco dias (LICC, art. 1º).
22. Cf. TELLES JUNIOR, Goffredo. Iniciação na ciência do direito, cit., p. 193.
23. SCHNAID, David. Filosofia do direito e interpretação, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: RT, 2004, pp. 62-63. O mesmo autor, páginas à frente, conclui: “A eficácia de uma norma está na sua obrigatoriedade, tanto para os sujeitos passivos como para os órgãos estatais, que devem aplicá-la efetivamente”. (Idem, p. 93).
24. Nesse sentido, v. a posição coincidente de Kelsen, Hans, Teoria pura do direito, cit., p. 12, nestes termos: “Um tribunal que aplica uma lei num caso concreto imediatamente após a sua promulgação – portanto, antes que tenha podido tornar-se eficaz – aplica uma norma jurídica válida [para nós, uma norma vigente, que poderá não ser válida, a depender da conformidade com o texto constitucional e com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) em vigor no país]. Porém, uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece duradouramente ineficaz”. Depois, contudo, Kelsen afirma: “A eficácia é, nesta medida, condição da vigência, visto ao estabelecimento de uma norma se ter de seguir a sua eficácia para que ela não perca a sua vigência”. Perceba-se, nesta parte final, a confusão kelseniana mais uma vez estampada. Trataremos de esclarecer as diferenças atuais entre vigência, validade e eficácia logo mais à frente.

social ou à produção de efeitos concretos no seio da *vida social*. O distanciamento (ou inadequação) da eficácia das leis com as realidades sociais e com os valores vigentes na sociedade gera a falta de produção de efeitos concretos, levando à falta de *efetividade* da norma e ao seu conseqüente *desuso* social.

Deve ser afastada, doravante, a confusão que ainda faz o positivismo clássico (legalista, do modelo kelseniano), que atribui *validade* à lei *vigente*,<sup>25</sup> desde que tenha seguido o procedimento formal da sua elaboração. Como explica Luiz Flávio Gomes, o positivismo legalista ainda não compreendia “a complexidade do sistema constitucional e humanista de Direito, que conta com uma pluralidade de fontes normativas hierarquicamente distintas (Constituição, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito ordinário). As normas que condicionam a produção da legislação ordinária não são só formais (maneira de aprovação de uma lei, competência para editá-la, *quorum* de aprovação etc.), senão também, e sobretudo, substanciais (princípio da igualdade, da intervenção mínima, preponderância dos direitos fundamentais, respeito ao núcleo essencial de cada direito etc.)”.<sup>26</sup> Deve-se afastar, também, os conceitos de “vigência”, “validade” e “eficácia” do positivismo (legalista) civilista, que confunde a *validade* (formal) com *vigência* (em sentido amplo).<sup>27</sup>

Doravante, para que uma norma seja *eficaz*, dependerá ela de também ser *válida*, sendo certo que para ser *válida* deverá ser ainda *vigente*. A recíproca, contudo, não é verdadeira, como pensava o positivismo clássico, que confundia lei *vigente* com lei *válida*. Em outras palavras, a *vigência* não depende da *validade*, mas esta depende daquela, assim como a *eficácia* depende da *validade*<sup>28</sup> (trata-se de uma escala de valores onde, em primeiro lugar, encontra-se a *vigência*, depois a *validade* e, por último, a *eficácia*).<sup>29</sup> Por isso, não aceitamos os conceitos de *validade*

25. Cf. Kelsen, Hans. Teoria pura do direito, cit., p. 9.

26. GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., p. 75.

27. Cf. DINIZ, Maria Helena. Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada, 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 51.

28. Daí a afirmação de Miguel Reale, de que quando se declara “que uma norma jurídica tem eficácia, esta só é jurídica na medida em que pressupõe a validez [ou validade] da norma que a insere no mundo jurídico, por não estar em contradição com outras normas do sistema, sob pena de tornar-se inconsistente”. (Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 4). Em outro momento, contudo, Reale coloca a expressão *vigência* entre parênteses depois de falar em *validade*, no seguinte trecho: “A exigência trina de *validade* (*vigência*) de *eficácia* (*efetividade*) e de *fundamento* (*motivação axiológica*) milita em favor da compreensão da vida jurídica em termos de modelos jurídicos, desde a instauração da fonte normativa até a sua aplicação, passando pelo momento de interpretação, pois o ato hermenêutico é o laço de comunicação ou de mediação entre *validade* e *eficácia*”. (Idem, p. 33).

29. Cf., por tudo, FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil, cit., pp. 20-22. V., também, GOMES, Luiz Flávio & MOLINA, Antonio García-Pablos de, Direito penal: parte geral, vol. 2, São Paulo: RT, 2007, para quem: “A lei ordinária incompatível com o tratado não possui *validade*”.

e *vigência* de Tercio Sampaio Ferraz Jr., para quem norma *válida* é aquela que cumpriu o processo de formação ou de produção normativa<sup>30</sup> (que, para nós, é a lei *vigente*), e *vigente* a que já foi *publicada*.<sup>31</sup> O autor conceitua *vigência* como “um termo com o qual se demarca o tempo de validade de uma norma” ou, em outros termos, como “a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos”, arrematando que uma norma “pode ser válida sem ser vigente, embora a norma vigente seja sempre válida”.<sup>32</sup> Não concordamos (também com base em Ferrajoli<sup>33</sup>) com essa construção segundo a qual uma norma “pode ser válida sem ser vigente”, e de que “a norma vigente seja sempre válida”.<sup>34</sup>

Para nós, lei formalmente *vigente* é aquela elaborada pelo Parlamento, de acordo com as regras do processo legislativo estabelecidas pela Constituição,<sup>35</sup> que já tem condições de *estar em vigor*; lei *válida* é a lei vigente compatível com o texto constitucional<sup>36</sup> e com os tratados (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo, ou seja, é a lei que tem sua autoridade respeitada e protegida contra qualquer ataque (porque compatível com a Constituição e com os tratados em vigor no país). Daí não ser errôneo dizer que a norma *válida* é a que respeita o princípio da hierarquia.<sup>37</sup> Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas

30. Goffredo Telles Junior elenca duas condições de validade das leis: a) o seu correto domínio; e b) a sua correta elaboração. Quanto à primeira “condição de validade, assinale-se que o domínio das leis compreende seu domínio geográfico e seu domínio de competência”, e quanto “à segunda condição de validade, cumpre observar que, da correta elaboração das leis, depende, não só a validade delas, mas, também, fundamentalmente, a própria qualidade de lei, alcançada pela norma jurídica. De fato, não é lei a norma jurídica que não tenha sido elaborada em conformidade com o processo instituído para a produção delas” [grifos do original]. (Iniciação na ciência do direito, cit., p. 162).
31. Idêntica lição é encontrada em DINIZ, Maria Helena, Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada, cit., pp. 51-52. Neste caso, a autora nomina a *vigência* de *vigência* em sentido estrito, para diferenciar da *vigência* em sentido amplo, que (segundo ela) se confunde com a validade formal. Em outra passagem, a mesma autora diz que mesmo a *vigência* em sentido estrito pode se confundir com a validade formal, à exceção do caso da *vacatio legis* do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, onde embora válida, “a norma não vigorará durante aqueles quarenta e cinco dias, só entrando em vigor posteriormente”. (Idem, p. 52).
32. V. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação, 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, p. 198.
33. V. FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías: la ley del más débil, cit., pp. 20-22.
34. Leia-se, a propósito, Luiz Flávio Gomes, para quem: “...nem toda lei vigente é válida”. (Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., p. 75).
35. Assim também, ROSS, Alf, Direito e justiça, cit., p. 128, nestes termos: “Geralmente admite-se como ponto pacífico que uma lei que foi devidamente sancionada e promulgada é, por si mesma, direito vigente, isto é, independentemente de sua ulterior aplicação nos tribunais” [grifo nosso].
36. V. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, cit., p. 218, para quem: “Esta norma [a Constituição], pressuposta como norma fundamental, fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas através de uma operação lógica”.
37. Cf. SCHNAID, David. Filosofia do direito e interpretação, cit., p. 123.

as normas – a Constituição e os tratados – é que a norma infraconstitucional em questão será *vigente e válida* (e, conseqüentemente, *eficaz*). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto.

Muito antes de qualquer discussão sobre o tema entre nós, Miguel Reale já havia alertado – no exato sentido do que agora acabamos de propor, embora sem se referir aos tratados internacionais *comuns* – “que todas as fontes operam no *quadro de validade* traçado pela Constituição de cada país, e já agora nos limites permitidos por certos valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos como *invariantes jurídico-axiológicas*, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem”,<sup>38</sup> à qual se pode aditar todos os tratados de direitos humanos, tal como acabamos de expor. De qualquer forma, o que pretendeu o professor Reale mostrar é que a *validade* de certa fonte do direito é auferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional *e com as normas internacionais*, as quais ele alberga sob a rubrica dos “valores jurídicos transnacionais, universalmente reconhecidos...”.<sup>39</sup>

Daí o equívoco, no nosso entender, da afirmação de Kelsen segundo a qual a “norma criada com ‘violação’ do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional”, uma vez que “este não prevê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual ‘contrária ao Direito internacional’ possa ser anulada [o que não é verdade atualmente e, tampouco, quando Kelsen escreveu a 2ª edição de sua *Teoria pura do direito*, em 1960]”.<sup>40</sup>

Segundo Luiz Flávio Gomes, o modelo kelseniano (ou positivista legalista, ou positivista clássico) de ensino do direito, “confunde a vigência com a validade da lei, a democracia formal com a substancial, não ensina a verdadeira função do juiz no Estado constitucional e garantista de Direito (que deve se posicionar como garante dos direitos fundamentais), não desperta nenhum sentido crítico no jurista e, além de tudo, não evidencia com toda profundidade necessária o sistema de controle de constitucionalidade das leis”.<sup>41</sup> Ainda para Gomes, o “equívoco metodológico-científico [do modelo kelseniano] decorre do pensamento do Estado Moderno, da revolução francesa, do código napoleônico, onde reside a origem

38. REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito..., cit., p. 13.

39. REALE, Miguel. Idem, ibidem.

40. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, cit., pp. 367-368.

41. GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., p. 27.

da confusão entre lei e Direito; os direitos e a vida dos direitos valeriam pelo que está escrito (exclusivamente) na lei, quando o correto é reconhecer que a lei é só o ponto de partida de toda interpretação (que deve sempre ser conforme a Constituição). Deriva também da doutrina positivista legalista (Kelsen, Schmitt etc.) o entendimento de que toda lei vigente é, automaticamente, lei válida. A lei pode até ser, na atividade interpretativa, o ponto de chegada, mas sempre que conflita com a Carta Magna ou com o Direito humanitário internacional perde sua relevância e primazia, porque, nesse caso, devem ter incidência (prioritária) as normas e os princípios constitucionais ou internacionais”.<sup>42</sup>

Mais à frente, na mesma obra, o citado jurista conclui:

“De acordo com a lógica positivista clássica (Kelsen, Hart etc.), lei vigente é lei válida, e mesmo quando incompatível com a Constituição ela (lei vigente) continuaria válida até que fosse revogada por outra. O esquema positivista clássico não transcendia o plano da legalidade (e da revogação). Confundia-se invalidade com revogação da lei e concebia-se uma presunção de validade de todas as leis vigentes. Não se reconhecia a tríplice dimensão normativa do Direito, composta de normas constitucionais, internacionais e infraconstitucionais. Pouca relevância se dava para os limites (substanciais) relacionados com o próprio conteúdo da produção do Direito. A revogação de uma lei, diante de tudo quanto foi exposto, é instituto coligado com o plano da ‘legalidade’ e da ‘vigência’. Ou seja: acontece no plano formal e ocorre quando uma lei nova elimina a anterior do ordenamento jurídico. A revogação, como se vê, exige uma sucessão de leis (sendo certo que a posterior revoga a anterior expressamente ou quando com ela é incompatível – revogação tácita). A declaração de invalidade de uma lei, por seu turno, que não se confunde com sua revogação, é instituto vinculado com a nova pirâmide normativa do Direito (acima das leis ordinárias acham-se a CF assim como o DIDH), ou seja, deriva de uma relação (antinomia ou incoerência) entre a lei e a Constituição ou entre a lei e o Direito Internacional dos Direitos Humanos e relaciona-se com o plano do conteúdo substancial desta lei”.<sup>43</sup>

Certo avanço do Supremo Tribunal Federal relativamente ao tema do conflito entre tratados e normas internas se deu com o voto do Min. Sepúlveda Pertence, em 29 de março de 2000, no *RHC 79.785/RJ*, onde entendeu ser possível considerar os tratados de direitos humanos como documentos de caráter *supralegal*. Mas a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos ficou ainda mais clara,

42. GOMES, Luiz Flávio. *Idem*, *ibidem*.

43. GOMES, Luiz Flávio. *Idem*, pp. 76-77. Ainda segundo Luiz Flávio Gomes, deve-se admitir, contudo, uma hipótese excepcional, que ocorre quando a lei é declarada inconstitucional em seu aspecto formal. Neste caso, diz ele, “não há como negar que essa declaração de inconstitucionalidade afeta (desde logo) o plano da validade da norma, mas, além disso, também o da vigência. Uma lei que não tenha seguido o procedimento legislativo correto, após a declaração da sua inconstitucionalidade formal (embora publicada no Diário Oficial), deixa de possuir vigência. Se é certo que a declaração de inconstitucionalidade material não toca nesse aspecto formal (vigência), não se pode dizer a mesma coisa em relação à inconstitucionalidade formal”. (*Idem*, p. 77).

no STF, com o voto-vista do Min. Gilmar Mendes, na sessão plenária do dia 22 de novembro de 2006, no julgamento do *RE 466.343-1/SP*, onde se discutia a questão da prisão civil por dívida nos contratos de alienação fiduciária em garantia.<sup>44</sup> Apesar de continuar entendendo que os tratados internacionais *comuns* ainda guardam relação de paridade normativa com o ordenamento jurídico doméstico, defendeu o Min. Gilmar Mendes a tese de que os tratados internacionais de *direitos humanos* estariam num nível hierárquico intermediário: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional. Segundo o seu entendimento, “parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de *supralegalidade* aos tratados e convenções de direitos humanos”, segundo a qual “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*”. E continua: “Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção da pessoa humana”.<sup>45</sup>

Ocorre que mesmo essa posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima comentado, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais *comuns* ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (posto não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quorum* qualificado de aprovação.<sup>46</sup> A um resultado similar se pode chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países, e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do direito internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior.<sup>47</sup>

44. O julgamento do *RE 466.343-SP* (rel. Min. Cezar Peluso) foi encerrado na sessão plenária de 03.12.2008, data em que se considera extinto no Brasil o instituto da prisão civil por dívida de depositário infiel. Frise-se que a tese da impossibilidade de prisão civil por dívida por infidelidade depositária, com fulcro nos tratados internacionais de direitos humanos, foi pioneiramente defendida por MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, especialmente pp. 109-181. Antes da publicação deste livro citado o que existiam eram apenas pequenos trabalhos (artigos, comentários, etc.) sem muita amplitude.

45. V. o voto-vista do Min. Gilmar Mendes do STF, no *RE 466.343-1/SP*, rel. Min. Cezar Peluso, julg. 03.12.2008, p. 21.

46. V., por tudo, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, *Curso de direito internacional público*, cit., pp. 748-776.

47. Cf. VIGNALI, Heber Arbuét & ARRIGHI, Jean Michel. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos, in *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 115, Brasília: Senado Federal, jul./set./1992, p. 420.

Na Alemanha, este é também o critério adotado para a generalidade dos tratados ratificados por este país (art. 59 da Lei Fundamental: “Os tratados que regulem as relações políticas da Federação ou se referem a matérias da legislação federal requerem a aprovação ou a participação, sob a forma de uma lei federal, dos órgãos competentes na respectiva matéria da legislação federal”), que passam a prevalecer (inclusive com aplicação imediata, se eles contêm direitos individuais) sobre toda a normatividade inferior ao direito federal, a exemplo das normas provenientes dos Estados Federados e dos decretos expedidos pelo governo. Este entendimento vale, na Alemanha, inclusive para os tratados de direitos humanos, o que é criticável, por permitir a aplicação do brocardo *lex posterior derogat legi priori* ao caso de conflito entre tratado e lei federal posterior; mas é bom fique nítido que, naquele país, também se encontram correntes doutrinárias tendentes a atribuir nível constitucional ao menos à Convenção Européia de Direitos Humanos.<sup>48</sup>

Sob esse ponto de vista – de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, quer seja tal superioridade *constitucional*, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer *supralegal*, como no caso dos demais tratados, chamados de *comuns* – é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites *formais* (ou *procedimentais*), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: *a*) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e *b*) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada *vigente* por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver em desacordo ou com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm *status* supralegal).<sup>49</sup> Para que exista a *vigência* e a concomitante *validade*

48. V., por tudo, BANK, Roland, Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán, in Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 10º año, Tomo II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, pp. 721-734. Sobre o tema, v. ainda GROS ESPIELL, Hector, La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l’homme: analyse comparative, in Recueil des Cours, vol. 218 (1989-VI), pp. 167-412; e FACCHIN, Roberto, L’interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, Padova: CEDAM, 1990. Para um estudo do papel da União Européia em matéria de direitos humanos, v. RIDEAU, Joel, Le rôle de l’Union européenne en matière de protection des droits de l’homme, in Recueil des Cours, vol. 265 (1997), pp. 9-480.

49. Cf. GOMES, Luiz Flávio, Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., p. 34. Este autor, contudo, não obstante aceitar o status constitucional dos tratados de direitos humanos (cf. Op. cit., p. 32), ainda entende que a discussão sobre o status hierárquico dos tratados internacionais comuns “é uma questão aberta”, uma vez tratar-se “de uma zona do Direito (ainda) indefinida”. (Idem, p. 36). Este mesmo criminalista cita um caso da Suprema Corte Mexicana, onde se reconheceu o status supralegal dos tratados relativos à matéria tributária (os quais, pelo art. 98 do Código Tributário Nacional, no Brasil, já têm esse mesmo nível, por expressa disposição legal). Eis trecho da explicação do caso (por Priscyla Costa, in Consultor Jurídico de 15.02.07) citado por Luiz Flávio Gomes: “Tratados internacionais são mais importantes

das leis, necessário será respeitar-se uma dupla compatibilidade vertical material, qual seja, a compatibilidade da lei (1) com a Constituição e os tratados de direitos humanos em vigor no país e (2) com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Portanto, a inexistência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, em controle tanto concentrado quanto difuso de constitucionalidade (nesse último caso, com a possibilidade de comunicação ao Senado Federal para que este – nos termos do art. 52, inc. X da Constituição – suspenda, no todo ou em parte, os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo STF), mantém a *vigência* das leis no país, as quais, contudo, não permanecerão *válidas* se incompatíveis com os tratados internacionais (de direitos humanos ou comuns) de que o Brasil é parte.<sup>50</sup>

Doravante, é imperioso deixar claras quatro situações que podem vir a existir em nosso direito interno, segundo a tese que aqui estamos a demonstrar: *a*) se a lei conflitante é anterior à Constituição, o fenômeno jurídico que surge é o da *não-recepção*, com a conseqüente invalidade material da norma a partir daí; *b*) se a lei antinômica é posterior à Constituição, nasce uma *inconstitucionalidade*, que pode ser combatida pela via do controle difuso de constitucionalidade (caso em que o controle é realizado num processo subjetivo entre partes *sub judice*) ou pela via do controle concentrado (com a propositura de uma ADIn no STF pelos

---

no México de que as leis federais. O entendimento é da Suprema Corte de Justiça do país, que acolheu o pedido de 14 empresas que se recusavam a pagar taxas fixadas por legislações nacionais. (...) As empresas alegaram que com base em algumas dessas leis federais é que se cobram os direitos alfandegários, contrários ao que determina o Tratado de Livre Comércio da América do Norte, o Nafta, segundo a sigla em inglês. O entendimento da Suprema Corte, por seis votos a cinco, foi de que as normas internacionais só estão abaixo da Constituição. O ministro Salvador Aguirre afirmou que no mundo globalizado atual há ‘mais proximidade’ das normas e que devido a isso a colaboração e a solidariedade internacionais são cada vez mais necessárias para permitir a convivência, ‘em particular o tráfico mercantil’”. (Idem, p. 36).

50. Segundo Luiz Flávio Gomes: “Uma vez declarada inválida uma lei (no sistema concentrado), já não pode ser aplicada (perde sua eficácia prática). A lei declarada inválida, neste caso, continua vigente (formalmente), até que o Senado a retire do ordenamento jurídico (CF, art. 52, X), mas não tem nenhuma validade (já não pode ter nenhuma aplicação concreta, ou seja, cessou sua eficácia). (...) No plano sociológico, uma lei vigente e válida pode não ter eficácia quando não tem incidência prática. Quando, entretanto, a lei vigente é declarada inválida pelo STF, naturalmente perde sua eficácia (jurídica e prática), isto é, não pode mais ser aplicada. Sua vigência, entretanto, perdura, até que o Senado Federal elimine tal norma do ordenamento jurídico (a única exceção reside na declaração de inconstitucionalidade formal, posto que, nesse caso, é a própria vigência da lei que é afetada). (...) A partir dessa declaração em ação concentrada, ou quando o tema é discutido em tese pelo Pleno, de eficácia prática (da lei) já não se pode falar. Ela continua vigente no plano formal, mas substancialmente perdeu sua validade (e, na prática, cessou sua eficácia). O efeito erga omnes da decisão definitiva do STF é indiscutível em relação ao controle concentrado. (...) Para que não paire dúvida, logo após a declaração de invalidade de uma lei (pelo Pleno), deveria o STF: (a) comunicar o Senado (para o efeito do art. 52, X [no caso apenas da decisão ter sido em sede de controle difuso]) e, sempre que possível, (b) emitir uma súmula vinculante (recorde-se que a súmula vinculante exige quorum qualificado de 2/3 dos Ministros do STF)”. (Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., pp. 85-86).



legitimados do art. 103 da Constituição); *c*) quando a lei anterior conflita com um tratado (comum – com *status* supralegal – ou de direitos humanos – com *status* de norma constitucional) ratificado pelo Brasil e já em vigor no país, a mesma é revogada (derrogada ou ab-rogada) de forma imediata (uma vez que o tratado que lhe é posterior, e a ela também é *superior*); e *d*) quando a lei é posterior ao tratado e incompatível com ele (não obstante ser eventualmente *compatível* com a Constituição) tem-se que tal norma é *inválida* (apesar de *vigente*) e, conseqüentemente, totalmente *ineficaz*.<sup>51</sup>

Do exposto, vê-se que a produção normativa doméstica depende, para sua *validade* e conseqüente *eficácia*, em estar de acordo tanto com a Constituição como com os tratados internacionais (de direitos humanos ou não) ratificados pelo governo. Mas, para a melhor compreensão desta *dupla compatibilidade vertical material*, faz-se necessário, primeiro, entender como se dá (1) o respeito à Constituição (e aos seus direitos expressos e implícitos) e (2) aos tratados interacionais (em matéria de direitos humanos ou não) ratificados e em vigor no país.

O respeito à *Constituição* faz-se por meio do que se chama de *controle de constitucionalidade* das leis; o respeito *aos tratados* que sejam de *direitos humanos* faz-se pelo até agora pouco conhecido (pelo menos no Brasil) *controle de convencionalidade* das leis; e o respeito *aos tratados* que sejam *comuns* faz-se por meio do controle de *legalidade* das leis, conforme abaixo veremos com detalhes.

### 3. O RESPEITO À CONSTITUIÇÃO E O CONSEQÜENTE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Primeiramente, para a vigência e validade da produção doméstica de um direito, faz-se necessária a sua compatibilidade com o texto constitucional em vigor, sob pena de incorrer em vício de inconstitucionalidade, o qual pode ser combatido pela via *difusa* (de *exceção* ou *defesa*) ou pela via concentrada (ou *abstrata*) de controle, a primeira podendo ser realizada por qualquer cidadão (sempre quando se fizer presente um caso *concreto*) em qualquer juízo ou tribunal do país, e a segunda, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, por um dos legitimados do art. 103 da Constituição.<sup>52</sup>

51. V., nesse sentido, o HC 88.420-SP do STF, rel. Min. Ricardo Lewandowski; e, ainda, o HC 90.172-SP do STF, rel. Min. Gilmar Mendes, onde fica expresso o novo entendimento da Suprema Corte que agora atribui aos tratados de direitos humanos (e somente a estes, por enquanto) o status de supralegalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

52. Assim dispõe a referida norma: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do

Então, a primeira idéia a fixar-se aqui é a de que a produção normativa doméstica deve ser compatível, em primeiro lugar, com a Constituição do Estado. Contudo, como explica Luiz Flávio Gomes, “não se deve observar exclusivamente limites formais, senão também materiais, que são constituídos, sobretudo, pelos conteúdos essenciais de cada direito positivado. A lei que conflita com a Constituição é inconstitucional e inválida; se se trata de lei antinômica anterior à Constituição de 1988 fala-se em não-recepção (ou invalidade); a lei que conflita com o DIDH [Direito Internacional dos Direitos Humanos], pouco importando se anterior ou posterior, também é inválida. Como se vê, qualquer que seja a antinomia entre a lei e as ordens jurídicas superiores (Constituição ou DIDH), tudo se conduz para a invalidade”. E o mesmo jurista arremata: “Na era do ED [Estado de Direito] a produção da legislação ordinária (da lei) achava-se cercada tão-somente de limites formais (legitimidade para legislar, quorum mínimo de aprovação de uma lei, procedimento para sua edição, forma de publicação etc.). De acordo com o novo paradigma do ECD [Estado Constitucional de Direito] a produção legislativa (agora) encontra limites formais e materiais, ou seja, não pode violar o núcleo essencial de cada direito, não pode fazer restrições desarrazoadas aos direitos fundamentais etc”.<sup>53</sup>

A compatibilidade das leis com a Constituição deve ser aferida em dois âmbitos: (a) relativamente aos direitos *expressos* no texto constitucional e (b) também em relação aos direitos *implícitos* na Constituição. Vejamos cada um deles.

#### **a) A obediência aos direitos expressos na Constituição**

Existe dispositivo na Constituição de 1988 que demonstra claramente existir três vertentes dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. Trata-se do art. 5º, § 2º da Constituição, segundo o qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição [1ª vertente] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [2ª vertente], ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [3ª vertente]”. Assim, desmembrando este dispositivo, o que dele se extrai é que, além dos direitos expressos na Constituição (*primeira vertente*), existem também os direitos nela implícitos (*segunda vertente*), que decorrem do regime (primeira subdivisão da segunda vertente) e dos princípios (segunda subdivisão da segunda vertente) por

Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

53. GOMES, Luiz Flávio. Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., p. 65.

ela adotados, e os direitos provenientes de tratados (*terceira vertente*), que não estão nem expressa nem implicitamente previstos na Constituição, mas provém ou podem vir a provir dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil.<sup>54</sup>

A primeira das três vertentes dos direitos e garantias fundamentais diz respeito àqueles direitos *expressos* na Constituição. Efetivamente, são tais direitos os primeiros que devem ser respeitados pela produção normativa doméstica, até mesmo pelo princípio segundo o qual as leis devem respeito à sua criadora, que é a Constituição.

Os direitos e garantias constitucionais fazem parte do núcleo intangível da Constituição, protegidos pelas *cláusulas pétreas* do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição de 1988, segundo o qual “[n]ão será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Perceba-se a referência aos “direitos e garantias *individuais*” pelo dispositivo citado, o que deixa entrever, *a priori*, que a respectiva cláusula não alcança os demais direitos fundamentais não-individuais (v.g., os *sociais*, os *econômicos* e os *culturais*) e todos os outros de cunho *coletivo*. Contudo, a dúvida plantada pelo texto constitucional de 1988, sobre a inclusão de *outros direitos* ao rol das chamadas “cláusulas pétreas”, não obteve o necessário esclarecimento da doutrina até o momento. Para nós – seguindo-se a lição de Ingo Sarlet –, não é aceitável que os direitos não-individuais (v.g., uma direito trabalhista) e toda a gama de direitos coletivos prevista pelo texto constitucional fiquem excluídos da proteção outorgada pela norma do art. 60, § 4º, inc. IV, da Constituição.<sup>55</sup> Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, em contraposição à interpretação literal do referido dispositivo, indica ser mais que sustentável a tese segundo a qual a Constituição (no art. 60, § 4º, inc. IV) disse menos do que pretendia (*lex minus dixit quam voluit*). Ao se ler o citado dispositivo constitucional deve-se substituir a expressão “direitos e garantias *individuais*” pela expressão “direitos e garantias *fundamentais*”, subtraindo a *expressão-espécie* para inserir a *expressão-gênero*.

Seja como for, o que aqui se pretende dizer que é a produção normativa doméstica, para aferir a *validade* necessária à sua posterior *eficácia*, deve primeiramente ser compatível com os direitos expressos no texto constitucional, sendo este o primeiro limite (em verdade, a *primeira parte* desse *primeiro limite*) vertical material do qual estamos a tratar.

54. Sobre essas três vertentes dos direitos e garantias fundamentais no direito brasileiro, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, cit., pp. 751-752.

55. V., por tudo, SARLET, Ingo Wolfgang, A eficácia dos direitos fundamentais, 6ª ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 422-428.

Contudo, não é neste estudo o lugar de se dissertar sobre os efeitos do desrespeito (formal ou material) da lei à Constituição, que enseja o chamado *controle de constitucionalidade*.<sup>56</sup> Apenas cumpre aqui informar que neste primeiro momento de compatibilidade das leis com o Texto Magno, a falta de *validade* normativa daquelas e sua expulsão do ordenamento jurídico contribui para o *diálogo das fontes*, na medida em que se retira da “conversa” normativa a lei que não tem *argumentos válidos* que a autorizem a continuar no diálogo (pois ela é *inconstitucional* e, portanto, *inválida*). Assim, retira-se da lei a possibilidade de continuar “conversando” e “dialogando” com as outras fontes jurídicas, autorizando-se a participação nessa “conversa” apenas fontes válidas e eficazes.

Somente a declaração de inconstitucionalidade *formal* afeta (desde logo) o plano de *vigência* da norma (e, conseqüentemente, os da *validade* e *eficácia*), como já se falou anteriormente.<sup>57</sup> Salvo essa hipótese excepcional, quando se trata do caso de declaração de inconstitucionalidade do “programa abstrato de aplicação” da norma, a mesma continua *vigente*, mas será *inválida* (porque inconstitucional), deixando de contar com qualquer incidência concreta.<sup>58</sup>

## b) A obediência aos direitos implícitos na Constituição

Nos termos do citado art. 5º, § 2º, segunda parte, os direitos implícitos são aqueles que provêm ou podem vir a provir “do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados”. Trata-se – segundo os autores constitucionalistas – de direitos de difícil caracterização *a priori*.<sup>59</sup>

56. Sobre o tema, v. Kelsen, Hans, Teoria pura do direito, cit., pp. 300-306. Na doutrina brasileira, v. especialmente Mendes, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional..., cit., pp. 64-94 e pp. 146-250, respectivamente; e Barroso, Luís Roberto, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, 2ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2007, 333p. Para um estudo clássico do controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil, v. ainda Bittencourt, Carlos Alberto Lúcio, O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, 164p.

57. Cf. Gomes, Luiz Flávio, Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., p. 77.

58. Não é outra a lição de Luiz Flávio Gomes, nestes termos: “...toda norma, que tem como fonte um texto legal, conta com seu ‘programa abstrato de aplicação’. Mas isso não se confunde com o seu programa concreto de incidência. Quando uma lei é julgada inconstitucional (totalmente inconstitucional) seu ‘programa normativo’ desaparece, ou seja, passa a não contar com nenhuma incidência concreta. O § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 proibia a progressão de regime nos crimes hediondos. Esse era o programa abstrato da norma. Depois de declarada pelo STF a invalidez (inconstitucionalidade) do dispositivo legal citado (HC 82.959), nenhuma incidência prática (eficácia) podia ter tal norma (mesmo antes da Lei nº 11.464/07)”. (Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica, cit., p. 77).

59. V. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88; e Silva, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, 26ª ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 194.

A legislação infraconstitucional, quando da primeira compatibilidade vertical material (compatibilidade da norma com a Constituição), deverá observar, além dos direitos expressos na Constituição, também os direitos que nela se encontram implícitos. Tais direitos implícitos, não obstante de difícil visualização apriorística, também limitam a produção do direito neste desdobramento da primeira etapa da compatibilização vertical material.

Os direitos implícitos no texto constitucional, também chamados de direitos *decorrentes*, provêm ou podem vir a provir do *regime* ou dos *princípios* adotados pela Constituição. E, aqui, teríamos então mais uma subdivisão: (a) a obediência ao direito implícito proveniente do regime adotado pela Carta; e (b) a obediência ao direito implícito decorrente dos princípios constitucionais por ela adotados.

Deve-se perquirir, neste momento, se não está o princípio internacional *pro homine* a integrar os princípios adotados pela Constituição. Segundo entendemos, quer no plano do direito interno, quer no plano internacional, o princípio internacional *pro homine* pode ser considerado um *princípio geral de direito*. Seu conteúdo expansivo atribui primazia à norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa em causa. Em outras palavras, por meio dele fica assegurada ao ser humano a aplicação da norma mais protetiva e mais garantidora dos seus direitos, encontrada como resultado do “diálogo” travado entre as fontes no quadro de uma situação jurídica real. Esse exercício, capaz de encontrar um princípio geral que albergue os elementos normativos antitéticos, é papel que compete ao aplicador do direito.<sup>60</sup>

60. Cf. DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas, 6ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 58-59. Sobre os princípios gerais de direito, assim leciona Diniz: “Os princípios gerais de direito são normas de valor genérico que orientam a aplicação jurídica, por isso se impõem com validade normativa onde houver inconsistência de normas. Esses princípios gerais de direito têm natureza múltipla, pois são: a) decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, da análise dos subsistemas normativos. Princípios e normas não funcionam separadamente, ambos têm caráter prescritivo. Atuam os princípios, diante das normas como fundamento de atuação do sistema normativo e como fundamento criteriológico, isto é, como limite da atividade jurisdicional; b) derivados das idéias políticas, sociais e jurídicas vigentes, ou melhor, devem corresponder aos subconjuntos axiológico e fático que compõem o sistema jurídico, constituindo um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema jurídico, apresentando uma certa conexão com a ideologia imperante que condiciona até sua dogmática: daí serem princípios informadores; de maneira que a supracitada relação entre norma e princípio é lógico-valorativa. Apóiam-se estas valorações em critérios de valor objetivo; e c) reconhecidos pelas nações civilizadas [sobre esse conceito de “nações civilizadas” e as críticas que lhe faz a doutrina contemporânea, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, cit., pp. 110-111] se tiverem substractum comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas, não como pretendem os jusnaturalistas, que neles vislumbram princípios jurídicos de validade absolutamente geral”. (Idem, p. 59).

Antes de verificarmos a consagração do princípio internacional *pro homine* pelo texto constitucional brasileiro, duas palavras devem ser ditas sobre alguns dos princípios regentes do nosso sistema constitucional.<sup>61</sup>

Primeiramente, é necessário dizer que a Constituição brasileira de 1988 representou a abertura do sistema jurídico nacional à consagração dos direitos humanos, rompendo com a lógica totalitária que imperava no Brasil até então, implementando o valor dos direitos humanos junto à redemocratização do Estado. Assim, logo depois de 1988, pareceu “haver um consenso sobre o valor positivo da democracia e sobre o valor positivo dos direitos humanos”, não obstante, na prática, ser ele “mais aparente do que real”.<sup>62</sup> De qualquer forma, a partir dessa abertura, ao menos no plano do desejável, o texto constitucional passou a consagrar valores e princípios até então inexistentes no sistema jurídico nacional.

No direito interno, o princípio internacional *pro homine* compõe-se de dois conhecidos princípios jurídicos de proteção de direitos: o da *dignidade da pessoa humana* e o da *prevalência dos direitos humanos*.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é o primeiro pilar (junto à prevalência dos direitos humanos) da *primazia da norma mais favorável*.<sup>63</sup> Por *dignidade da pessoa humana* pode-se considerar, segundo Maria Garcia, a

61. Para um panorama geral dos valores e princípios constitucionais fundamentais da Constituição brasileira, v. BONIFÁCIO, Artur Cortez, O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais, cit., pp. 131-180. Merece destaque, contudo, a seguinte passagem: “Os princípios passaram, com efeito, ao grau de norma constitucional, modelando e conduzindo a interpretação e aplicação das demais normas e atos normativos, conferindo a fundamentação material imprescindível à ordem jurídica. De sua força normativa decorre o seu caráter diretivo e a eficácia derogatória e invalidatória das demais normas para além de sua função informadora. O conjunto desses predicados confere aos princípios um caráter de fonte das fontes do direito, disposições normativas que qualificam o sistema, dando-lhe especial feição. Se a Constituição é o fundamento superior da unidade de um sistema jurídico, e a observância dos seus valores e princípios são os fatores possibilitadores do equilíbrio constitucional, infere-se por transitividade que os princípios são fatores decisivos à manutenção do sistema de direito. O direito não é, pois, um conjunto de regras tomadas aleatoriamente: estas têm uma conexão de sentidos, uma lógica, uma coerência e uma adequação de valores e princípios que o alimentam, e lhe dão a sua dinamicidade e consistência, fazendo-o subsistir. Quando existe um hiato entre esses fatores, é possível a implantação de uma nova estrutura política no Estado, refratária dos valores e princípios dissociados da compreensão do tecido social. Os princípios, dessa forma, são disposições nas quais se radicam a origem dos enunciados normativos; são pontos de partida para a assimilação do sistema jurídico e seus desígnios de justiça. Ostentam um maior grau de indeterminação, abstração e um baixo grau de concretização, apresentando-se como Standards, padrões de observância obrigatória no sistema de direito”. (Idem, pp. 133-134).

62. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais, in Direitos humanos: visões contemporâneas, São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, p. 92.

63. Cf. HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine, in Revista IIDH, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 92-96.

“compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autode-terminação consciente, garantida moral e juridicamente”.<sup>64</sup>

Trata-se de um bem soberano e essencial a todos os direitos fundamentais do homem, que atrai todos os demais valores constitucionais para si. Considerando ser a Constituição uma ordem sistêmica de valores, que são sopesados pelo legislador constituinte na *medida* e para o *fim* de preservar sua força normativa, pode-se afirmar que o texto constitucional brasileiro erigiu a dignidade da pessoa humana a valor fundante da ordem normativa doméstica, impacto certo do movimento expansionista dos direitos humanos iniciado no período pós-Segunda Guerra e em plena desenvoltura até hoje.<sup>65</sup> Daí a consideração de ser este princípio um princípio aberto, que chama para si toda a gama dos direitos fundamentais, servindo, ainda, de parâmetro à interpretação de todo o sistema constitucional.<sup>66</sup> Por isso, pode-se dizer que os direitos fundamentais são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional e Humanista de Direito, ocupando o grau superior da ordem jurídica.

A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) deu ao princípio da dignidade humana significado tão importante, que o colocou no topo da Constituição, em seu primeiro artigo. Segundo este dispositivo, inserido no capítulo primeiro da Carta alemã, intitulado *Os Direitos Fundamentais*, “a dignidade do homem é inviolável”, estando os Poderes Públicos “obrigados a respeitá-la e a protegê-la” (art. 1, nº 1). Assim estatuinto, passa a dignidade humana a ser declarada como o pressuposto último e o fundamento mais ético da realização da *missão constitucional*. Esse fundamento ético é “anterior ao direito e à sua positivação na ordem jurídica, representado no valor do homem em si e na sua existência, esta afirmada com autonomia e respeito à natureza humana, mas, sobretudo, plantada na consciência do reconhecimento de que todos são iguais”.<sup>67</sup>

64. GARCIA, Maria. Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade. São Paulo: RT, 2004, p. 211. Aceito o conceito exposto, diz Artur Cortez Bonifácio, “importa reforçar um conteúdo ético que é anterior e inerente ao ser humano, e que faz da dignidade da pessoa humana um supervalor, um predicado da personalidade, ao lado de um componente normativo, jurídico-constitucional e de direito internacional público, a reclamar a sua concretização internamente e no espaço público internacional”. (O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais, cit., p. 174).

65. Cf. GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. La dignidad de la persona. Madrid: Civitas, 1986, pp. 200-203.

66. Como anota Artur Cortez Bonifácio, o princípio da dignidade da pessoa humana “é um dos princípios de maior grau de indeterminação e também uma das fontes mais recorridas da Constituição, especialmente por: justificar as ações do Estado Democrático de Direito em favor dos direitos fundamentais, consolidando um encadeamento lógico-jurídico de um modelo de democracia voltada para a justiça social; conferir um sentido unitário à Constituição; ou realizar uma ponderação de valores tendo em conta as normas e valores constitucionais”. (O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais, cit., pp. 174-175).

67. BONIFÁCIO, Artur Cortez. O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais, cit., p. 175. Ainda segundo Bonifácio: “Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana é o valor que

Dessa forma, com base na própria Carta da República de 1988, é de se entender que, em se tratando de *derechos humanos* provenientes de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, há de ser sempre aplicado, no caso de conflito entre o produto normativo convencional e a Lei Magna Fundamental, o princípio (de hermenêutica internacional) *pro homine*, expressamente assegurado pelo art. 4º, II, da Constituição.

Não se pode esquecer a lição de Peter Häberle, para quem se tem que caracterizar a Constituição como um “sistema de valores”, impedindo-se entender os “valores” no sentido de um firmamento abstrato de valores. Segundo Häberle, os valores não são “impuestos desde fuera, o por encima, de la Constitución y el ordenamiento jurídico. No imponen ninguna pretensión de validez apriorística, que esté por encima del espacio y el tiempo. Ello contradiría el espíritu de la Constitución, que es una amplia ordenación de la vida del presente, que debe fundarse en la ‘singular índole’ de este presente y coordinar las fuerzas vitales de una época a fin de lograr una unidad. Si se impusiera un reino de valores desde arriba, se desconocería también el valor intrínseco y la autonomía de lo jurídico”.<sup>68</sup> Em outras palavras, como leciona Bidart Campos, num sistema de normas “que comparten una misma jerarquía jamás puede interpretarse en el sentido de que unas deroguen, cancelem, neutralicen, excluyan o dejen sin efecto a otras, porque *todas* se integran coherentemente, y deben mantener su significado y su alcance en armonía recíproca y en compatibilidad dentro del conjunto”.<sup>69</sup>

O outro princípio a complementar a garantia *pro homine* é o da prevalência dos direitos humanos, consagrado expressamente pelo art. 4º, inc. II, da Constituição brasileira de 1988. Este princípio faz comunicar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias que é a consagração do próprio princípio da norma mais favorável, a determinar que, em caso de conflito entre a ordem internacional e a ordem interna, a “prevalência” – ou seja, a norma que terá primazia – deve ser sempre do ordenamento que melhor proteja os direitos humanos.<sup>70</sup>

---

conduz ao caráter universal dos direitos fundamentais, o elo e o sentido de toda uma construção dogmática histórica que vem ganhando força e efetividade nos processos de afirmação do constitucionalismo e do direito internacional público recente”. (Idem, p. 175).

68. HÄBERLE, Peter. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Trad. de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 9-10.

69. BIDART CAMPOS, German J. Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995, p. 277.

70. Como leciona Artur Cortez Bonifácio, o art. 4º da Constituição “pontua um elo entre o direito constitucional internacional e o direito internacional e deve ser interpretado sob a ótica consensual que aproxima os sistemas, mas devemos admitir uma leve prevalência em favor do direito internacional público”, posto que nele



Percebe-se, portanto, que o princípio internacional *pro homine* tem autorização constitucional para ser aplicado entre nós como resultado do diálogo entre fontes internacionais (tratados de direitos humanos) e de direito interno.

#### 4. O RESPEITO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS E OS CONTROLES DE CONVENCIONALIDADE (DIFUSO E CONCENTRADO) E DE LEGALIDADE DAS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

Como já se falou anteriormente, não basta que a norma de direito doméstico seja compatível apenas com a Constituição Federal, devendo também estar apta para integrar a ordem jurídica internacional sem violação de qualquer dos seus preceitos. *A contrario sensu*, não basta a norma infraconstitucional ser compatível com a Constituição e incompatível com um tratado ratificado pelo Brasil (seja de direitos humanos, que tem a mesma hierarquia do texto constitucional, seja um tratado comum, cujo *status* é de norma supralegal), pois, nesse caso, operar-se-á de imediato a terminação da *validade* da norma (que, no entanto, continuará *vigente*, por não ter sido expressamente revogada por outro diploma congêneres de direito interno).

A compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país faz-se por meio do *controle de convencionalidade*, que é complementar e coadjuvante do conhecido controle de constitucionalidade.<sup>71</sup> A expressão “controle de *convencionalidade*” ainda é pouco conhecida no Brasil, não tendo sido objeto de qualquer estudo entre nós até o presente momento. O controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, *lato sensu*, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.

---

temos “a declaração de vários princípios de direito internacional geral, verdadeiras normas de jus cogens, tais como o princípio da independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos, a não-intervenção, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, o repúdio ao terrorismo, a concessão de asilo político e a integração” e, assim sendo, todos eles compõem “um conjunto normativo e axiológico que o Constituinte brasileiro tratou de assegurar, diante da fragilidade das instituições democráticas do Estado brasileiro recém-saído do arbitrio”. (O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais, cit., p. 201). Daí se entender, junto a Otto Bachof, que um Estado até poderá desrespeitar tais princípios, ou mesmo fazer passar também por “direito” as prescrições e os atos estaduais que os desrespeitem, podendo impor a observância destes pela força, porém “um tal direito aparente nunca terá o suporte do consenso da maioria dos seus cidadãos e não pode, por conseguinte, reivindicar a obrigatoriedade que o legitimaria”. (Normas constitucionais inconstitucionais? Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 2).

71. Para um paralelo entre os controles de convencionalidade e de constitucionalidade na França, v. SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro, El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla, in *Ius et Praxis*, vol. 12, nº 2 (2006), pp. 201-219.

Nesse sentido, entende-se que o controle de convencionalidade deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional relativamente aos tratados aos quais o país se encontra vinculado. Trata-se de *adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos internacionais assumidos pelo Estado, que criam para este deveres no plano internacional com reflexos práticos no plano do seu direito interno.<sup>72</sup> Doravante, não somente os tribunais internos devem realizar o controle de convencionalidade (para além do clássico controle de constitucionalidade), mas também os tribunais internacionais (ou supranacionais)<sup>73</sup> criados por convenções entre Estados, onde estes (os Estados) se comprometem, no pleno e livre exercício de sua soberania, a cumprir tudo o que ali fôra decidido e a dar seqüência, no plano do seu direito interno, ao cumprimento de suas obrigações estabelecidas na sentença, sob pena de responsabilidade internacional.<sup>74</sup> O fato de serem os tratados internacionais (notadamente os de direitos humanos) imediatamente aplicáveis no âmbito doméstico, garante a legitimidade dos controles de convencionalidade e de legalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.<sup>75</sup>

Para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano inter-

72. V., assim, a lição de ALCALÁ, Humberto Nogueira, Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales, in Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, año 5, n° 1, 2007, p. 87: “Los órganos que ejercen jurisdicción constitucional e interpretan el texto constitucional, Tribunal Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones, deben realizar sus mejores esfuerzos en armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, ellos tienen el deber de aplicar preferentemente el derecho internacional sobre las normas de derecho interno, ello exige desarrollar un control de convencionalidad sobre los preceptos legales y administrativos en los casos respectivos, como ya lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid”.

73. Para um estudo do papel dos três mais importantes tribunais internacionais existentes (Corte Internacional de Justiça, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Corte Européia de Derechos Humanos), no que tange aos direitos humanos, v. respectivamente, GOY, Raymond, La Cour Internationale de Justice et les droits de l’homme, Bruxelles: Bruylant, 2002; TIGROUDJA, Hélène, La Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse, Bruxelles: Bruylant, 2003; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Comentários à Convenção Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (com Luiz Flávio Gomes), São Paulo: RT, 2008, pp. 239-296; e MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, La Cour Européenne des Droits de l’Homme, 3e éd., Paris: Dalloz, 2005.

74. Sobre o tema da responsabilidade internacional dos Estados por violação dos direitos humanos, v. RAMOS, André de Carvalho, Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, 439p.

75. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafos 1-13.

nacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.<sup>76</sup> Em outras palavras, os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.<sup>77</sup> Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º da Constituição<sup>78</sup> (uma vez ratificados pelo Presidente, após esta aprovação qualificada). Tal demonstra que, de agora em diante, os parâmetros de controle concentrado (de constitucionalidade/convencionalidade) no Brasil são a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país.

Assim, é bom deixar claro que o controle de convencionalidade *difuso* existe entre nós desde a promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, e desde a entrada em vigor dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil após esse período, não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia. Já o controle de convencionalidade *concentrado*, este sim, nasceu apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45.

Enfim, esta compatibilidade do direito doméstico com os tratados em vigor no Brasil, da mesma forma que no caso da compatibilidade com a Constituição, também deve ser realizada, simultaneamente, em dois âmbitos: (1) relativamente aos direitos previstos nos tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados e (2) em relação àqueles direitos previstos nos tratados *comuns* em vigor no país, tratados estes que se encontram *abaixo* da Constituição, mas *acima* de toda a normatividade infraconstitucional. Vejamos, então, cada qual das duas hipóteses.

76. A esse respeito, assim se expressou o Juiz Sergio García Ramírez, no seu voto citado: “Si existe esa conexión clara y rotunda – o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones –, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea – que he reiterado – de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru, de 24 de novembro de 2006, voto apartado do Juiz Sergio García Ramírez, parágrafo 11).

77. V. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, in Recueil des Cours, vol. 251 (1995), p. 259.

78. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional..., cit., p. 239.

### a) Os direitos previstos nos tratados de direitos humanos

Como se disse, deve haver *dupla* compatibilidade vertical material para que a produção do direito doméstico seja vigente e válida dentro da ordem jurídica brasileira. A *primeira* compatibilidade vertical se desdobra em duas: a da Constituição e a dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. A compatibilidade com a Constituição (com seus direitos expressos e implícitos) já estudamos. Resta agora verificar a compatibilidade das leis com os tratados de direitos humanos em vigor no país. Esta segunda parte da primeira compatibilidade vertical material diz respeito somente aos tratados de *direitos humanos*, sem a qual nenhuma lei na pós-modernidade sobrevive. Versaremos, aqui, a compatibilidade que têm de ter as leis relativamente aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

São de fácil visualização os direitos *expressos* nos tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte. Todos se encontram publicados no *Diário Oficial da União* desde sua promulgação pelo Presidente da República, após ratificados e após terem sido seus instrumentos respectivos depositados no Secretariado das Nações Unidas ONU.<sup>79</sup>

A falta de compatibilização do direito infraconstitucional com os direitos previstos nos tratados de que o Brasil é parte *invalida* a produção normativa doméstica, fazendo-a cessar de operar no mundo jurídico. Frise-se que tais normas domésticas infraconstitucionais, que não passaram incólumes à segunda etapa da primeira compatibilização vertical material, deixam de ser *válidas* no plano jurídico, mas ainda continuam *vigentes* nesse mesmo plano, uma vez que sobreviveram ao primeiro momento da primeira compatibilidade vertical material (a compatibilidade com a Constituição). Por isso, a partir de agora, dever-se-á ter em conta que nem toda lei *vigente* é uma lei *válida*,<sup>80</sup> e o juiz estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (contrária a um direito previsto em tratado de direitos humanos em vigor no país), não obstante ainda vigente (porque de acordo com a Constituição).

Esse exercício que o juiz doravante deverá fazer na aplicação (ou inaplicação) de uma lei infraconstitucional deverá basear-se no *diálogo das fontes* já estudado, uma vez que para se chegar à justiça da decisão deverá o magistrado compreender a lógica (*logos*) da dupla (*dia*) compatibilidade vertical material,

79. V. o art. 102 da Carta das Nações Unidas.

80. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, cit., pp. 20-22.

a fim de dar ao caso concreto a melhor solução. Esta tese foi aceita pelo Min. Celso de Mello em antológico voto (HC 87.585-8/TO) lido no plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 12 de março de 2008, onde reconheceu o valor constitucional dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, independentemente da aprovação legislativa qualificada (pelo § 3º do art. 5º da Constituição). Ficou ali assentado, pelo Min. Celso de Mello, que as fontes internas e internacionais devem “dialogar” entre si a fim de resolver a questão antinômica entre o tratado e a lei interna brasileira. Nas suas palavras: “Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, *ao diálogo entre essas mesmas fontes*), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais” [grifo nosso].<sup>81</sup>

O que se nota com clareza meridiana no voto do ilustre Ministro é que o seu novo entendimento – que revogara sua própria orientação anterior, que era no sentido de atribuir aos tratados de direitos humanos *status* de lei ordinária (v. HC 77.631-5/SC, DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35) – aceita agora a tese do “diálogo das fontes” e a aplicação do princípio internacional *pro homine*. Referido princípio é um dos mais notáveis frutos da pós-modernidade jurídica, que representa a fluidez e a dinâmica que devem existir no âmago da questão relativa aos conflitos normativos.

É alentador perceber o avanço da jurisprudência brasileira no que tange à aplicação do *diálogo das fontes* e do princípio internacional *pro homine*. Tudo isto somado nos leva a concluir que a recente jurisprudência brasileira dá mostras de que já aceita as soluções pós-modernas para o problema das antinomias entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Dá mostras, também, de que tais problemas devem ser encarados não como uma via de mão única, mas como uma rota de várias vias possíveis. Essa nova concepção jurídica atribui à força expansiva dos direitos humanos um especial realce: o de servir ao direito como instrumento da paz. Esse valor *paz* reconhecido pela força expansiva dos princípios em geral e, em especial, dos direitos humanos, é sempre *anterior* às normas jurídicas que o absorvem, além de sempre *mais amplo* que elas.

81. V. STF, HC 87.585-8, do Tocantins, Voto-vista do Min. Celso de Mello, de 12.03.08, p. 19.

Como se percebe, a aplicação desse critério não exclui mutuamente uma ou outra ordem jurídica, mas antes as complementa, fazendo com que a produção do direito doméstico também “escute” o diálogo entre a Constituição e os tratados de direitos humanos que estão em mesmo pé de igualdade que ela. Em outras palavras, a Constituição não exclui a aplicação dos tratados e nem estes excluem a aplicação dela, mas ambas as normas (Constituição e tratados) se unem para servir de obstáculo à produção normativa doméstica infraconstitucional que viole os preceitos ou a Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte. As normas infraconstitucionais, doravante, para serem *vigentes* e *válidas*, deverão submeter-se a este novo exame de compatibilidade vertical material, solução esta mais fluida (e, portanto, capaz de melhor favorecer a “evolução do direito”<sup>82</sup>) e mais consentânea com os ditames da pós-modernidade jurídica.

Por meio dessa solução que se acaba de expor, repita-se, não será a Constituição que excluirá a aplicação de um tratado ou vice versa, mas ambas essas supernormas (Constituição e tratados) é que irão se *unir* em prol da construção de um direito infraconstitucional compatível com ambas, sendo certo que a incompatibilidade desse mesmo direito infraconstitucional com apenas uma das supernormas já o invalida por completo. Com isto, possibilita-se a criação de um Estado Constitucional e Humanista de Direito em que *todo* o direito doméstico guarde total compatibilidade tanto com a Constituição quanto com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado, chegando-se, assim, a uma ordem jurídica interna *perfeita*, que tem no valor dos direitos humanos sua maior racionalidade, principiologia e sentido.

No que tange ao respeito que deve ter o direito doméstico aos tratados de direitos humanos, surge, ainda, uma questão a ser versada. Trata-se daquela relativa aos tratados de direitos humanos aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, tal como estabelece o art. 5º, § 3º da Constituição de 1988. Neste caso, ter-se-á no direito brasileiro o controle de convencionalidade *concentrado*, como passaremos a expor. Antes disso, porém, merece ser citada – para fins de críticas – a lição de José Afonso da Silva, para quem somente haverá inconstitucionalidade (*inconvencionalidade*...) se as normas infraconstitucionais “violarem as normas internacionais acolhidas na forma daquele § 3º”, ficando então “sujeitas ao sistema de controle de constitucionalidade na via incidente [controle *difuso*] como

82. CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito. Trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006, p. 188.

na via direta [controle *concentrado*]”. Quanto às demais normas que não forem acolhidas pelo art. 5º, § 3º, segundo o mesmo José Afonso da Silva, elas “ingressam no ordenamento interno no nível da lei ordinária, e eventual conflito com as demais normas infraconstitucionais se resolverá pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral* [que são os clássicos critérios de solução de antinomias]”.<sup>83</sup>

No raciocínio do professor José Afonso da Silva, apenas os tratados de direitos humanos acolhidos na forma do art. 5º, § 3º, seriam paradigma de controle de constitucionalidade (para nós, de *convencionalidade...*), tanto na via incidente (*controle difuso*) como na via direta (*controle concentrado*). Os demais tratados (de direitos humanos ou não) que forem incorporados sem a aprovação qualificada não valeriam como paradigma de compatibilização vertical, caso em que o conflito de normas seria resolvido pela aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomias (segundo o autor, “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”<sup>84</sup>).

Contrariamente a essa posição, da qual também outros autores já divergiram,<sup>85</sup> podemos lançar algumas observações.

A primeira delas é a de que se sabe que não é necessária a aprovação dos tratados de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º da Constituição, para que tais instrumentos tenham *nível* de normas constitucionais. O que o art. 5º, § 3º do texto constitucional fez foi tão somente atribuir “equivalência de emenda” a tais tratados, e não o *status* de normas constitucionais que eles já detêm pelo art. 5º, § 2º da Constituição. Portanto, dizer que os tratados são “equivalentes às emendas” não é a mesma coisa que dizer que eles “têm *status* de norma constitucional”.<sup>86</sup> Sem retomar esta discussão, a qual não tem lugar neste estudo, importa dizer que, uma vez aprovado determinado tratado de direitos humanos pelo *quorum* qualificado do art. 5º, § 3º da Constituição, tal tratado será *formalmente constitucional*, o que significa que ele passa a ser paradigma de controle

83. V., por tudo, SILVA, José Afonso da, Comentário contextual à Constituição, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 179. Cf. repetição da mesma lição em SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, cit., p. 183.

84. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, cit., p. 179; e SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, cit., p. 183.

85. V. as críticas de BONIFÁCIO, Artur Cortez, O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais, cit., pp. 211-214, a esse pensamento de José Afonso da Silva, mas com fundamentos diferentes dos nossos.

86. V. explicação detalhada em MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, cit., pp. 764-774. V. ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia, cit., pp. 89-109.

da legislação infraconstitucional.<sup>87</sup> Assim, à medida que estes tratados passam a ser *equivalentes às emendas constitucionais*, fica autorizada a propositura (no STF) de todas as *ações constitucionais* existentes para garantir a estabilidade da Constituição e das normas a ela equiparadas, a exemplo dos tratados de direitos humanos formalmente constitucionais.

Em outras palavras, o que se está aqui a defender é o seguinte: quando o texto constitucional (no art. 102, inc. I, alínea *a*) diz competir precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”, cabendo-lhe julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn) de lei ou ato normativo federal ou estadual ou a ação declaratória de constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está autorizando que os legitimados próprios para a propositura de tais ações (constantes do art. 103 da Carta) ingressem com essas medidas sempre que a *Constituição* ou *quaisquer normas a ela equivalentes* (v.g., os tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado) estiverem sendo violadas por quaisquer normas infraconstitucionais. A partir da Emenda Constitucional 45/04, é necessário entender que a expressão “guarda da Constituição”, utilizada pelo art. 102, inc. I, alínea *a*, alberga, além do texto da Constituição propriamente dito, também as normas constitucionais por equiparação. Assim, ainda que a Constituição silencie a respeito de um determinado direito, mas estando este mesmo direito previsto em tratado de direitos humanos *constitucionalizado* pelo rito do art. 5º, § 3º, passa a caber, no Supremo Tribunal Federal, o controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn) para compatibilizar a norma infraconstitucional com os preceitos do tratado constitucionalizado.<sup>88</sup>

A rigor, não se estaria, aqui, diante de controle de *constitucionalidade* propriamente dito (porque, no exemplo dado, a lei infraconstitucional é *compatível* com a Constituição, que silencia a respeito de determinado assunto), mas sim diante do controle de *convencionalidade* das leis, o qual se operacionaliza tomando-se por empréstimo uma ação do controle concentrado de constitucionalidade (v.g., uma ADIn ou uma ADPF), na medida em que o tratado-paradigma em causa é *equivalente* a uma norma constitucional.

87. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto & PEREIRA, Antonio Celso Alves. Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 207.

88. V., nesse exato sentido, MENDES, Gilmar Ferreira, Jurisdição constitucional... cit., p. 239, que diz: “Independientemente de qualquer outra discussão sobre o tema, afigura-se inequívoco que o Tratado de Direitos Humanos que vier a ser submetido a esse procedimento especial de aprovação [nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição] configurará, para todos os efeitos, parâmetro de controle das normas infraconstitucionais”.



Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que garante a qualquer norma constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de *inconvenionalidade*), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a *compatibilidade* vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), ou até mesmo de ADPF (*Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*) para exigir o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional.

Então, pode-se dizer que os tratados de direitos humanos internalizados pelo rito qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição, passam a servir de meio de controle concentrado (agora de *convencionalidade*) da produção normativa doméstica, para além de servirem como paradigma para o controle *difuso*.

Quanto aos tratados de direitos humanos não internalizados pelo *quorum* qualificado, passam eles a ser paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade. Portanto, para nós – contrariamente ao que pensa o ilustrado José Afonso da Silva – não se pode dizer que as antinomias entre os tratados de direitos humanos não incorporados pelo referido rito qualificado e as normas infraconstitucionais somente poderão ser resolvidas “pelo modo de apreciação da colidência entre *lei especial* e *lei geral*”.<sup>89</sup> Os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – independentemente de aprovação com *quorum* qualificado – têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3º do art. 5º da Constituição servirão de paradigma ao controle *concentrado* (para além, evidentemente, do *difuso*), enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressual qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle *difuso* (via de *exceção* ou *defesa*) de constitucionalidade/convencionalidade.

Em suma, todos os tratados que formam o *corpus juris* convencional dos direitos humanos de que um Estado é parte devem servir de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, com as especificações que se fez acima: *a*) tratados de direitos humanos internalizados com *quorum* qualificado são paradigma

89. SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição, cit., p. 179; e SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, cit., p. 183.

do controle concentrado (para além, obviamente, do controle *difuso*), cabendo ADIn no Supremo Tribunal Federal a fim de nulificar a norma infraconstitucional incompatível com o respectivo tratado equivalente à emenda constitucional; *b*) tratados de direitos humanos que têm apenas “*status* de norma constitucional” (não sendo “*equivalentes* às emendas constitucionais”, posto que não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição) são paradigma apenas do controle *difuso* de constitucionalidade/convencionalidade.

Como já se demonstrou em outro lugar, os tratados contemporâneos de direitos humanos já prevêem certas “cláusulas de diálogo”<sup>90</sup> (v.g., o art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) que possibilitam a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno. Na medida em que tais tratados se internalizam no Brasil com nível de normas constitucionais (materiais ou formais), tais “cláusulas de diálogo” passam a também deter o mesmo *status* normativo no direito interno, garantindo o *diálogo das fontes* no sistema jurídico interno como garantia de índole e nível constitucionais.

Pode-se então dizer que o critério dialógico<sup>91</sup> de solução de antinomias entre o sistema internacional de proteção dos direitos humanos e a ordem interna (que Erik Jayme chamou de *diálogo das fontes*<sup>92</sup>) passa a ficar *constitucionalizado* em nosso país à medida que os tratados de direitos humanos são ratificados pelo governo, independentemente de *quorum* qualificado de aprovação e de promulgação executiva suplementar. E nem se diga, por absoluta *aberratio juris*, que a internalização das “cláusulas de diálogo” dos tratados de direitos humanos (e, conseqüentemente, do *diálogo das fontes*) dá-se em patamar *inferior* à nossa ordem constitucional e, por isso, não poderia ter aplicação imediata. Reconhecer a superioridade da ordem interna sobre o direito internacional dos direitos humanos, dando prevalência àquela, mesmo quando *protege menos* o ser humano sujeito de direitos, é admitir “a desvinculação [do Estado] do movimento internacional de direitos humanos reconhecidos regional e universalmente”.<sup>93</sup>

90. A expressão é de nossa autoria. Sobre tais “cláusulas de diálogo”, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno..., cit., pp. 124-139.

91. Para a nossa concepção de dialógica jurídica, em oposição à conhecida dialética jurídica, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno..., cit., pp. 142-144.

92. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

93. WEIS, Carlos. Direitos humanos contemporâneos. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 34.

A integração do método dialógico de Erik Jayme no Brasil passa a ter caráter de norma de *ordre public* nacional, para além do caráter internacional também reconhecido de *jus cogens*, à medida que os tratados de direitos humanos que consagram as chamadas “cláusulas de diálogo” são normas aceitas e reconhecidas pela sociedade internacional dos Estados em seu conjunto, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e que só podem ser modificadas por outras da mesma natureza, fazendo eco à regra do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Tudo o que acima foi dito, relativamente ao respeito que deve ter o direito doméstico aos direitos expressos nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte, para que só assim possam ser vigentes e *válidos* na ordem jurídica interna, também deve ser aplicado em relação aos direitos *implícitos* nesses mesmos tratados de direitos humanos. Os chamados direitos *implícitos* são encontrados, assim como na Constituição, também nos tratados internacionais. Não obstante serem direitos de difícil caracterização (e enumeração) apriorística, o certo é que eles também compõem os direitos previstos nos tratados no âmbito do segundo momento da primeira compatibilização vertical material, sendo um desdobramento dos direitos expressos pelos quais também tem que passar o direito doméstico para que, somente assim, este sobreviva.

## **b) Os direitos previstos nos tratados comuns**

Para que a produção do direito doméstico crie norma jurídica hábil a valer no plano do direito interno, será necessária, para além da primeira compatibilização vertical material – (a) da Constituição e (b) dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte –, uma *segunda* conformidade vertical, dessa vez da norma infraconstitucional com os tratados internacionais *comuns* em vigor no país. Esta segunda conformidade das leis com os tratados comuns deve existir pelo fato de estarem tais instrumentos internacionais alçados ao nível *supralegal* no direito brasileiro.<sup>94</sup> Norma *supralegal* é aquela que está acima das leis e abaixo da Constituição. Trata-se, justamente, da posição em que se encontram tais instrumentos (*comuns*) no nosso direito interno.

A compatibilização das normas infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns faz-se por meio do chamado controle *de legalidade*. Não se trata de controle de *convencionalidade* pelo fato de se reservar esta última expressão

94. Para detalhes, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, cit., pp. 339-343.

à compatibilidade vertical que devem ter as normas infraconstitucionais com aos tratados *de direitos humanos*, que têm índole e nível constitucionais. No caso dos tratados internacionais comuns, estes estão *abaixo* da Constituição, mas *acima* das leis internas. Assim, eles passam a servir de paradigma de *legalidade* das normas domésticas, as quais também serão *inválidas* se violarem suas disposições.

Infelizmente, não há na Constituição brasileira de 1988 qualquer menção ao nível hierárquico dos tratados internacionais comuns. Os únicos dispositivos que existem no texto constitucional de 1988 a consagrar uma prevalência hierárquica a tratado internacional são os §§ 2º e 3º do art. 5º, aos quais já nos referimos. De resto, a Constituição brasileira fica no silêncio, não obstante consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados (art. 102, inc. III, alínea *b*). Pelo fato de não existir na Constituição qualquer menção expressa sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais comuns, a outra solução não se pode chegar senão atribuir valor infraconstitucional (mas *supralegal*) a tais instrumentos. Assim, em relação aos tratados comuns o entendimento passa a ser o de que a lei interna não sucumbe ao tratado por ser ele *posterior* ou *especial* em relação a ela (pela aplicação daqueles critérios *clássicos* de solução de antinomias), mas sim em decorrência do *status* de supralegalidade desses tratados no plano doméstico. Nesta ordem de idéias, a *lei posterior* seria *inválida* (e, conseqüentemente, *ineficaz*) em relação ao tratado internacional, que não obstante *anterior* é hierarquicamente *superior* a ela.<sup>95</sup>

São vários os dispositivos da legislação brasileira que garantem a autenticidade da afirmação de estarem os tratados comuns alçados ao nível supralegal no Brasil. Tomemos como exemplo o art. 98 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

“Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.<sup>96</sup>

Na redação do art. 98 do CTN os tratados em matéria tributária *revogam ou modificam* a legislação tributária interna, mas não poderão ser revogados por legislação tributária posterior, devendo ser *observados* por aquela (legislação tributária) *que lhes sobrevenha*. A disposição versa sobre tratados em matéria tributária, que são tratados *comuns*, salvo o evidente caso de o instrumento in-

95. V., por tudo, PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de, Manual de direito internacional público, 3ª ed. rev. e aum. (reimpressão), Coimbra: Almedina, 2001, pp. 121-123.

96. Para uma análise detalhada deste dispositivo, no que tange à questão das isenções de tributos estaduais e municipais pela via dos tratados, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, cit., pp. 350-353. Cf., ainda, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro, in Revista Forense, vol. 390, ano 103, Rio de Janeiro, mar./abr./2007, pp. 583-590.

ternacional em matéria tributária ampliar uma garantia do contribuinte, quando então poderão (mas esta hipótese é excepcional) ser considerados como tratados veiculadores de direitos fundamentais.

De qualquer forma, o certo é que os tratados internacionais ratificados e em vigor no Brasil têm hierarquia *superior* às leis (sejam elas ordinárias ou complementares): *a*) os tratados de direitos humanos têm nível de normas constitucionais (podendo ser apenas *materialmente constitucionais* – art. 5º, § 2º – ou *material e formalmente constitucionais* – art. 5º, § 3º); e *b*) os tratados comuns têm nível *supralegal* por estarem abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

O problema que visualizamos, em relação aos tratados *comuns*, diz respeito à falta de “cláusulas de diálogo” em seus textos, à diferença do que ocorre com os tratados de direitos humanos, que sempre trazem dispositivos no sentido de *não excluir* a aplicação do direito doméstico (ainda que em detrimento do próprio tratado) quando a norma interna for *mais benéfica* aos direitos da pessoa em causa, em consagração ao princípio internacional *pro homine*. Neste caso, parece certo que os critérios tradicionais de solução de antinomias (o *hierárquico*, o da *especialidade* e o *cronológico*) não têm aptidão para resolver os conflitos entre normas internacionais de *direitos humanos* e as normas de direito interno veiculadoras de *direitos fundamentais*, devendo os mesmos serem resolvidos pela aplicação do *diálogo das fontes*, quando o juiz “escuta” o que as fontes (internacionais e internas) dizem e as “coordena” para aplicá-las (com *coerência*) ao caso concreto.<sup>97</sup> E esta “conversa” entre as fontes internacionais de direitos humanos e as fontes internas sobre direitos fundamentais é veiculada por meio dos próprios “vasos comunicantes” (ou *cláusulas de diálogo*) previstos tanto nas normas internacionais (v.g., o art. 29, alínea *b*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) quanto nas normas internas (v.g., o art. 5º, § 2º, c/c art. 4, inc. II, ambos da Constituição de 1988).

Portanto, de volta ao caso dos tratados *comuns*, pensamos que os conflitos entre eles e as normas infraconstitucionais do direito interno devem ser resolvidos pelo critério *hierárquico*.<sup>98</sup> Dessa forma, havendo conflito entre tratados comuns (que têm nível *supralegal* no Brasil) e leis internas, os juízes e tribunais nacionais deverão recusar-se a aplicar a norma infraconstitucional violadora do tratado

97. Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne, cit., p. 259.

98. Muitos autores que versaram a teoria geral do direito não cuidaram desse problema quando do estudo da hierarquia das fontes jurídicas. Assim, com nenhuma palavra sequer a esse respeito, CARNELUTTI, Francesco, Teoria geral do direito, cit., pp. 162-167.

enquanto este vincular o Estado.<sup>99</sup> Eis aqui a aplicação do *controle de legalidade* das normas de direito domésticos em relação aos tratados internacionais comuns.

A solução para este caso é encontrada no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo o qual uma parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.<sup>100</sup> O “direito interno” referido pela Convenção de Viena de 1969 é, evidentemente, *todo* o direito interno (inclusive a Constituição) do Estado.<sup>101</sup> Contudo, à medida que se entende que os tratados comuns *cedem* ante a Constituição, tal dispositivo passa a ser interpretado como os temperamentos que o Direito Constitucional lhe impõe.<sup>102</sup>

## 5. CONCLUSÃO

O que se pode concluir, ao fim e ao cabo desta exposição teórica, é que o direito brasileiro está integrado com um novo tipo de controle das normas infra-constitucionais, que é o *controle de convencionalidade* das leis, tema que antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 era totalmente desconhecido entre nós.

Pode-se também concluir que, doravante, a produção normativa doméstica conta com um duplo limite vertical material: *a)* a Constituição e os tratados de direitos humanos (1º limite) e *b)* os tratados internacionais comuns (2º limite) em vigor no país. No caso do primeiro limite, no que toca aos tratados de direitos humanos, estes podem ter sido ou não aprovados com o *quorum* qualificado

99. Cf. PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público, cit., p. 123.

100. Não cabe aqui um estudo deste dispositivo. Para tal, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, Curso de direito internacional público, cit., pp. 225-230.

101. Cf. PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. Manual de direito internacional público, cit., p. 120.

102. Sobre tais temperamentos já escrevemos em outra obra: “... a regra do art. 27 da Convenção de Viena continua a valer em sua inteireza, não podendo uma parte em um tratado internacional invocar as disposições de seu Direito interno (qualquer delas, inclusive as normas da Constituição) para justificar o inadimplemento desse tratado. (...) A Constituição brasileira de 1988 aceita esta construção, ainda que por fundamentos diferentes, no que tange ao Direito Internacional convencional particular que versa sobre direitos humanos (art. 5º, §§ 2º e 3º). Quanto aos demais tratados, pensa mos que eles cedem perante a Constituição, por força do preceito constitucional que sujeita os tratados à fiscalização de sua constitucionalidade (art. 102, inc. III, alínea b). Somente na falta desse comando constitucional é que a regra *pacta sunt servanda*, bem como o já referido art. 27 da Convenção de Viena, imporia a prevalência de todos os tratados internacionais sobre a Constituição. Pelo fato de a Constituição brasileira consagrar a declaração de inconstitucionalidade de tratados, e dado que não há no nosso texto constitucional menção expressa sobre o grau hierárquico a ser atribuído aos tratados internacionais comuns, parece não restar outra saída senão atribuir valor infra-constitucional a tais tratados, ainda que supralegal”. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público, cit., pp. 226-229).

que o art. 5º, § 3º da Constituição prevê. Caso não tenham sido aprovados com essa maioria qualificada, seu *status* será de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente *difuso* de convencionalidade; caso tenham sido aprovados (e entrado em vigor no plano interno, após sua ratificação) pela sistemática do art. 5º, § 3º, tais tratados servirão também de paradigma do controle *concentrado* (para além, é claro, do *difuso*) de convencionalidade.

Os tratados de direitos humanos paradigma do controle concentrado autorizam que os legitimados para a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADIn) previstos no art. 103 da Constituição proponham tal medida no STF como meio de retirar a validade de norma interna (ainda que *compatível* com a Constituição) que viole um tratado internacional de direitos humanos em vigor no país.

Quanto aos tratados internacionais comuns, temos como certo que eles servem de paradigma de controle *de legalidade* das normas infraconstitucionais, de sorte que a incompatibilidade destas com os preceitos contidos naqueles invalida a disposição legislativa em causa em benefício da aplicação do tratado.

## BIBLIOGRAFIA

- ALCALÁ, Humberto Nogueira. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, año 5, n° 1, 2007, pp. 59-88.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Introdução ao direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.
- BANK, Roland, Tratados internacionales de derechos humanos bajo el ordenamiento jurídico alemán. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 10º año, Tomo II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, pp. 721-734.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- \_\_\_\_\_. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto & PEREIRA, Antonio Celso Alves. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 185-208.

- BIDART CAMPOS, German J. *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994). Buenos Aires: Ediar, 1995.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. de Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONIFÁCIO, Artur Cortez. *O direito constitucional internacional e a proteção dos direitos fundamentais*. São Paulo: Método, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. de A. Rodrigues Queiró e Artur Anselmo de Castro. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*, 6ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FACCHIN, Roberto. *L'interpretazione giudiziaria della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*. Padova: CEDAM, 1990.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, 4ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GARCIA, Maria. *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana, a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- \_\_\_\_\_. & VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de direito constitucional e transnacional: riscos e precauções (navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do direito e da justiça)*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- GONZÁLEZ PEREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.
- GOY, Raymond. *La Cour Internationale de Justice et les droits de l'homme*. Bruxelles: Bruylant, 2002.



- GROS ESPIELL, Hector. La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative. *Recueil des Cours*, vol. 218 (1989-VI), pp. 167-412.
- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Trad. de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*. *Revista IIDH*, vol. 39, San José, IIDH, 2004, pp. 71-99.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours*, vol. 251 (1995), pp. 9-267.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 7ª ed. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Da efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais. *Direitos humanos: visões contemporâneas*. São Paulo: Associação Juizes para a Democracia, 2001, pp. 91-106.
- MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. *La Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 3º éd. Paris: Dalloz, 2005.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista Forense*, vol. 378, ano 101, Rio de Janeiro, mar./abr./2005, pp. 89-109.
- \_\_\_\_\_. Eficácia e aplicabilidade dos tratados em matéria tributária no direito brasileiro. *Revista Forense*, vol. 390, ano 103, Rio de Janeiro, mar./abr./2007, pp. 583-590.
- \_\_\_\_\_. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica* (com Luiz Flávio Gomes). São Paulo: RT, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. Tese de Doutorado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul/Faculdade de Direito, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito internacional público*, 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

- PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS, Fausto de. *Manual de direito internacional público*, 3ª ed. rev. e aum. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2001.
- RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIDEAU, Joel. Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme. *Recueil des Cours*, vol. 265 (1997), pp. 9-480.
- ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SCHNAID, David. *Filosofia do direito e interpretação*, 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.
- SILVA IRARRAZAVAL, Luis Alejandro. El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. *Ius et Praxis*, vol. 12, nº 2 (2006), pp. 201-219.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 26ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Comentário contextual à Constituição*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TIGROUDJA, Hélène. *La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*. Bruxelles: Bruylant, 2003.
- VIGNALI, Heber Arbué & ARRIGHI, Jean Michel. Os vínculos entre o direito internacional público e os sistemas internos. *Revista de Informação Legislativa*, ano 29, nº 115, Brasília: Senado Federal, jul./set./1992, pp. 413-420.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

## XV

# ¿PRESUPUESTOS PROCESALES? ADMISIBILIDAD Y FUNDABILIDAD EN LA DOGMÁTICA PROCESAL CIVIL ALEMANA: REVISIÓN CONTEMPORÁNEA

*Alvaro Pérez Ragone*

Abogado (UNT/Argentina); LL.M. y Doctor Iur. (Universidad de Colonia/Alemania); profesor adjunto de Derecho Procesal Civil-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Este trabajo forma parte del Proyecto iniciación N°11070054 titulado “Estudio histórico, comparado y dogmático de las conductas no cooperativas de las partes en el proceso civil (rebeldía – contumacia – default) de cara a su reformulación para una nueva y eficiente Justicia civil chilena” (2007-2008). Fue realizado como parte integral del proyecto de Postdoctorado en ejecución como becario Alexander von Humboldt en la Universidad de Freiburg (2008/2009).

**ABSTRACT:** This article would explain the german doctrine foundation of “requirements to suit/claim”. Especially attention will be focused on the reception of the german procedural dogmatic during the nineteenth-century through the Italian civil procedure doctrine. First, a brief historical review looks for explaining some historical main points as assumed questions to arrive just to a notion (it does not aspire to propose a definition) about the “general requirements to start and continue with a valid legal judicial procedure” “*Prozessvoraussetzungen*”. Second, with regards to these requirements the author arrives to

a classification proposal. Third it is presented a contemporary review on current German civil procedure topics that treats both the examination of admissibility or preliminary judgment such as a jurisdictional issue, and the merits judgments in connection with the “requirements to suit”. Finally the author explains the main general points of view and application of “requirements to suit” theory.

**KEYWORDS:** “requirements to suit/Claim”/german procedural dogmatic/ admissibility or preliminary judgment.

**SUMARIO:** 1. Introducción – 2. Antecedentes de la discusión en la dogmática procesal alemana del siglo XIX – 3. Nociones, términos y clasificaciones: lo difuso de la claridad en torno a los “presupuestos procesales” – 4. El proceso civil y las bases constitucionales de la relación demandante-demandado-tribunal – 5. Rol e importancia de los requisitos procesales en una visión contemporánea desde el proceso civil alemán – 6. Las características del juicio de admisibilidad – 7. Crítica contemporánea a la teoría de los presupuestos procesales: a) la crisis de la preeminencia de los presupuestos procesales para la decisión del caso; b) examen y relevancia de los hechos y el derecho; c) admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales – 8. Conclusiones.

## 1. INTRODUCCIÓN

El trabajo con casos para identificar problemas, trabajar con hipótesis y proponer soluciones es el núcleo metodológico de aprendizaje-enseñanza del derecho en las facultades alemanas. Pero lo más importante en la resolución de un caso no es el resultado (su solución) mismo sino el “cómo”. Se parten evaluando hipótesis para subsumirlas en las disposiciones jurídicas y verificar si son o no aceptables y así proponer una respuesta fundada: el denominado “*Gutachtenstil*” (o estilo de informe o parecer). Este difiere del estilo o iter metodológico para la redacción de una sentencia donde se parte de la solución para ir construyendo la fundamentación el “*Urteilstil*”<sup>1</sup>. En los casos juega un rol esencial la evaluación de los “*Voraussetzungen*” o “presupuestos”. Estos están en abstracto enunciados (en las disposiciones normativas, doctrina y jurisprudencia) y los hechos descritos en cualquier caso deben someterse al análisis para verificar si se satisfacen esos presupuestos o requisitos y permitir la aplicación de una u otra disposición. Pues lo mismo se verifica en un caso procesal donde existirán también “requisitos” o “presupuestos” que se someterán a examen en su aplicabilidad para un caso con una demanda, un proceso, una sentencia.

Si bien el método de trabajo central y absoluto con casos tiene en el “*Gutachtenstil*” principios y nociones comunes a todas las áreas del derecho, en materia procesal civil corresponde analizar lo procesal y la solución material. Estos dos planos imponen el examen de admisibilidad y el de fundabilidad (procedencia, acogimiento) de una determinada pretensión. Lo que se examina en la admisibilidad son, como se describió en el párrafo anterior, requisitos o presupuestos. Sobre estos es que se arriba a un resultado negativo o positivo. Estos requisitos o presupuestos vinculados con la admisibilidad, en principio, son los presupuestos o requisitos procesales<sup>2</sup>.

Esta introducción es necesaria ya que el rol de los presupuestos (procesales) fuera del cause metodológico de comprensión resulta pura dogmática y en muchos textos en las lenguas latinas de Iberoamérica parece haber quedado solo reducido a ello. Especialmente en la recepción de la dogmática procesal alemana decimonónica a través de la doctrina italiana de principios del Siglo XX. Esta exposición parte con un breve reseña histórica (II), se continúa con una sección (III) donde apenas se persigue dar una noción (no aspira a proponer una definición) de lo que se menta o habla cuando se refiere a “*Prozessvoraussetzungen*” (Requisitos o presupuestos procesales) y una propuesta de clasificación.

1. Al respecto ver Braun, *Der Zivilrechtsfall*, 2008, § 5 II. 2.; Schumann, *Die ZPO-Klausur*, 2006, n. 21 y ss., 28. Igualmente Braun, op. Cit., § 5 II. 3. op. cit. n. n.
2. Baumgärtel-Prütting, *Der Zivilprozessrechtfall*, Colonia, 1986, pp. 3-25.

En el punto IV se fija la atención en los sujetos procesales y ciertos aspectos relacionados con los presupuestos. Sobre las corrientes contemporáneas en el proceso civil alemán contemporáneo se hacen algunas apreciaciones de carácter descriptivo en la sección V. El juicio o examen de admisibilidad se examina en la sección VI, para seguir continuar y finalizar con una sección VII donde se examina críticamente el rol y utilidad de los presupuestos procesales. Finalmente se presentan las principales conclusiones.

## 2. ANTECEDENTES DE LA DISCUSIÓN EN LA DOGMÁTICA PROCESAL ALEMANA DEL SIGLO XIX

1. La discusión en torno a los presupuestos procesales, tiene su inicio sistematizado, dentro del marco decimonónico alemán (Escuela histórica del Derecho y la Pandectística) iniciado por Büllow<sup>3</sup>. Este último, desarrolla la institución para poder aclarar tres interrogantes: primero, cómo se conforma la relación procesal y poder comprobar si se constituye un tipo de relación diferente a la del derecho material; en segundo lugar, analiza la acción a partir del derecho romano, sobre base de la *actio*, tratando de verificar su aplicabilidad al derecho común germano del siglo XIX; finalmente, intenta establecer los parámetros básicos para que pueda hablarse de existencia de una relación procesal (proceso propiamente dicho), explicando los mecanismos con los que contaban las partes y el tribunal, para poder advertir la inexistencia y/o deficiencias de alguno de los requisitos (ello se corresponde con la *exceptio* en el Derecho Romano)<sup>4</sup>.

La doctrina posterior se circunscribiría a la crítica, ya de alguno, o de los tres tópicos mencionados, sin ignorar el rol protagónico de Büllow. En la elaboración más contemporánea y completa sobre el tema pertenece la tesis doctoral de Bruno Rimmelpacher, publicada en el año 1966. Dicho autor, logra con creces sistematizar la doctrina existente hasta ese tiempo, introduciendo al tema una innovadora propedéutica: en primer lugar, reflexiones constitucionales sobre la importancia de los requisitos procesales; en segundo lugar, inquiriendo sobre la finalidad del proceso civil. Como puede verse, si el inicio histórico en la dogmática procesal alemana, se centró en la relación procesal, el desarrollo sistemático más cercano

3. Büllow, Oskar Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, 1868. Con un análisis contemporáneo de la obra de Büllow, ver Braun, in: Büllow, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, nach einer Vorlesungsmitschrift von 1868/ , 2003, introd. p. 3. y ss.
4. Büllow, Oskar Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879), I; Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 1928, § 3 I.: „In Rom kam nur der zu einer Verhandlung vor dem iudex, dessen Anspruch vom Prätor als gericht- und verhandlungsfähig anerkannt wurde. Heute aber gleicht das Klagen insofern dem Abschließen von Verträgen oder dem Maikäferfangen (anders z.B. das Jagdrecht). Jede Klage löst die Entscheidungspflicht aus, keine darf in den Papierkorb wandern.“

parte desde la importancia constitucional del instituto y la teleología del proceso civil. Menciono las obras de estos dos autores, ya que bien pueden indicarse en el tiempo, como puntos en el tiempo de partida y conclusión, sistematización y perfeccionamiento del tema<sup>5</sup>.

2. La teoría desarrollada por Bülow en 1868 (*“Die Lehre von den Proceßbeinreden und die Proceßvoraussetzungen”*/ Introducción del texto de las defensas y procesales presupuestos)<sup>6</sup>, consigue delinear dogmáticamente al proceso en dos etapas (no solo dividiendo, sino además distinguiendo): una relacionada con aquellos requisitos que deben ser considerados como presupuestos para poder hablar de una “relación procesal”; otra, sucesiva, que presupone la respuesta afirmativa a la primera, y que se vincula con el surgimiento de dicha relación (proceso), y su desenvolvimiento para arribar a una sentencia de mérito. Esta distinción es tomada por el mencionado autor a partir de derecho romano, para trabajar con la hipótesis de su aplicación al derecho común alemán<sup>7</sup>.

Las consecuencias frente a la deficiencia de estos requisitos, se vinculaban, primero, con las elaboraciones del derecho romano tardío y el proceso romano-canónico, para poder justificar el examen de oficio por parte del tribunal de alguno de estos presupuestos. En segundo lugar, con la fundamentación de la teoría de la nulidad o de la inexistencia, para poder así invalidar justificadamente de oficio un proceso. Sucede que a partir de 1879, con la entrada en vigencia del sistema de Justicia Civil Alemán, y la teoría de la impugnación de las resoluciones procesales, con un enfoque y regulación específica en materia procesal, en especial la segunda consecuencia quedará eliminada. Ya no es la nulidad, por sí misma, el mecanismo idóneo para objetar la inexistencia o deficiencia de un presupuesto procesal, ya que cuando se contaba con una sentencia, el legislador establecía diferentes medios de impugnación (por ejemplo un sistema recursivo).<sup>8</sup>

3. Las teorías posteriores intentaron desarrollar el tema, no sólo enunciando cuáles serían aquellos presupuestos, sino también objetando la pretendida distinción y división entre una etapa preprocesal, y otra en la que realmente surgiría la relación y se estaría frente a un “proceso”<sup>9</sup>.

5. Comp. con la crítica de Wurzer, Gustav, *Die Proceßvoraussetzungen*, GruchBeitr. 64 (1920), p. 41.

6. Rimmelpacher, Bruno, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, 1966, passim esp. como introducción histórica al tema pp. 20-38.

7. Niese, Werner: *Doppelfunktionelle Proceßhandlungen*. Ein Beitrag zur allgemeinen Proceßrechtslehre, 1950, pp. 30-35; Wach, Adolf, *Handbuch des deutschen Civilprozessrecht*, V. I, 1885, § 9 II, pp. 115-120.

8. Wurzer, Gustav, *Nichturteil und nichtiges Urteil*, 1927, passim.

9. Rimmelpacher, idem, pp. 39-42;

En las discusiones en torno a la naturaleza de la acción, la relación jurídica existente entre el tribunal y las partes, como de estas últimas entre sí, - lo que en mayor o menor medida había sido objeto de estudio en el planteo y desarrollo de la teoría de presupuesto procesales -, va a toparse a partir de Wach con la incorporación, del “interés relevante para ser tutelado”<sup>10</sup> (*Rechtsschutzbedürfnis*). Seguir este “interés procesal jurídicamente protegido”, va a implicar introducir - ya incluso en la doctrina separatista inicial - un nuevo concepto, que va a vincularse íntimamente con la noción de pretensión y la eventual decisión de mérito. Ello se expresó como el derecho de demanda (*Klagerecht*), identificable con el derecho a una sentencia favorable, lo que en definitiva conducirá a centrar la atención en aquella acción que hace valer el actor a través de un escrito, y que se vincula necesariamente con una sentencia de mérito o de fondo que la acogerá o rechazará. Así, es que se concluye finalmente en la distinción entre juicio o examen de admisibilidad (vinculado con los requisitos procesales), y de fundabilidad (vinculado con aquellos requisitos principalmente materiales y probatorios, que sustentan la posición de quien ejerce la acción)<sup>11</sup>.

4. Desde la visión de un clásico alemán de comienzos del siglo XX, Hellwig (uno entre tantos autores tomado como ejemplo para ver el desarrollo del tema), la noción de presupuestos procesales, ocupa un rol fundamental dentro del proceso civil, aún cuando según su opinión, no se encontrarían legislativamente establecidos<sup>12</sup>.

Su estudio comienza con la crítica a Büllow, en especial con la visión de que los presupuestos serían los requisitos básicos de admisibilidad, preparación, y posibilidad del surgimiento pleno de la relación procesal, o incluso condiciones de existencia de un proceso<sup>13</sup>. Hellwig no acepta la aplicación de los parámetros del derecho romano, y propone más bien hablar, no de requisitos vinculados con una posibilidad material para conocer por parte del tribunal, sino de más bien de

10. Wach, Adolf, Der Feststellungsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtschutzanspruch, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888, passim. Ver así un desarrollo posterior Brehm op. Cit., intro. n. 273 ss.; Musielak ZPO-Kommentar, 2008, § 300 n. 6. § 93 n. 48; Schilken op. cit., n. 335. Más restringido Greger, in: Zöller, ZPO-Kommentar, op. cit., intro. § 253 n. 10 desarrollando el autor los conceptos de, Derecho necesitado de tutela “Rechtsschutzbedürfnis) y de, interés en la declaración ” ( Feststellungsinteresse), se entiende la pronunciada en la sentencia. En otro sentido Becker -Eberhard en la introd. op. cit. §§ 253 y ss. n. 19 Jurisprudencia contemporánea sobre los términos y su rol BGH NJW 2006, 1124, fallo en el que se entiende inexistente el derecho sobre el que se requiere la tutela jurídica.
11. Así de acuerdo a lo expresado por Rosenberg/Schwab/Gottwald, op. Cit., § 89 n. 39, en relación siempre al “Rechtsschutzbedürfnis“
12. Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, 1900, passim ; ver especialmente del autor la obra Klagerecht und Klagemöglichkeit, Leipzig, 1905, esp. pp. 53-76.
13. Hellwig, Klagerecht und Klagemöglichkeit, Leipzig, 1905, esp. p. 53 libro de Elvis

una posibilidad jurídica. En esta visión, aún cuando uno o más presupuestos estén viciados, existiría igualmente un proceso, es decir, una relación que permitirá al tribunal arribar al pronunciamiento de una sentencia, que de no ser impugnada, no sólo será válida, sino que además hará cosa juzgada.

El defecto en un presupuesto, se transforma en agravio, que permite sustentar la impugnación de la resolución que se pronuncie habiéndolo ignorado<sup>14</sup>. Igualmente, ya no podría negarse la existencia de una relación procesal, entre el tribunal y una o ambas partes, cuando la demanda, aun sin conocimiento del demandado, sea rechazada por inadmisibile<sup>15</sup>. El mismo autor, recomienda no usar la terminología de “presupuestos procesales” en sentido amplio. Más bien propone la distinción entre presupuesto procesales y presupuestos de la demanda<sup>16</sup>. Ambos tienen en común, que de estar viciados, no podría arribarse a una sentencia de mérito válida. El proceso debiera concluir con una sentencia neutra de inadmisibilidad. Por lo mismo, propone no emplear el término “demanda inadmisibile”, ya que la resolución que no se pronunció sobre lo peticionado por el demandante, en definitiva no perjudica ni beneficia a ninguna de las partes. Así presupuestos procesales, serían, por ejemplo, la capacidad del demandante y su adecuada representación. Presupuestos de la demanda serían su redacción de acuerdo al contenido y solemnidades preestablecidas, interposición ante un tribunal competente, y finalmente que la notificación del escrito de demanda se lleve a cabo según las formas prescritas.

En todos los casos mencionados, el demandante puede rectificar los defectos que sean observados. Estos presupuestos se diferencian de aquellos necesarios para el éxito de una demanda, ya que se relacionan con requisitos objetivos, subjetivos y causales de la pretensión, en particular los hechos valer por el demandante<sup>17</sup>.

Hellwig concluye - cuestionando las dudas que planteara Büllow sobre si existe, y cuál sería el contenido de esa relación jurídica que nace entre las partes y el tribunal -, que sería mucho más práctico, determinar cómo podría hacerse valer una demanda, para que el derecho en ella invocado sea reconocido por el juez. El demandante necesita un pronunciamiento favorable y ello se relaciona no con los presupuestos procesales, sino con los presupuestos de la demanda o requisitos para que ella sea exitosa<sup>18</sup>.

14. Hellwig, *idem*, p. 54.

15. *Ibidem*, pp. 55-60.

16. *Ibidem*, pp. 60 y ss.

17. *Ibidem*, pp. 70 y ss.

18. Sobre el estado actual de la discusión partiendo de las observaciones efectuadas por y a los clásicos ver A. Blomeyer, *op. Cit.*, *op. cit.* § 39 III; Brehm, *op. Cit.*, *op. cit.* n. 262 ss.; Grunsky, *op. Cit.*, *op. cit.*



### 3. NOCIONES, TÉRMINOS Y CLASIFICACIONES: LO DIFUSO DE LA CLARIDAD EN TORNO A LOS “PRESUPUESTOS PROCESALES”

1. La inquietud en torno a los requisitos procesales, como aquellos que incluyen una serie de requerimientos preestablecidos por el legislador. Estos pueden ser de consideración (a) en abstracto y aplicables a cualquier proceso (de naturaleza extrínseca a una causa en especial y concreta, designables como “presupuestos procesales”), ya (b) como requerimientos en concreto, teniendo en cuenta la variedad de procesos y las eventualidades de los diferentes casos (de naturaleza intrínseca a un proceso concreto y especial, los que se designarán como “elementos procesales”)<sup>19</sup>. Si bien esta clasificación, no es idéntica –aunque similar en sus consecuencias- a las desarrolladas por la dogmática procesal alemana, es más bien una propuesta aplicable al proceso y tomada de instituciones semejantes desarrolladas por la dogmática civilista y administrativa, en torno al acto y/o negocio jurídico privado, como al acto administrativo. Lo común que tienen con el desarrollo de la dogmática procesal civil, es tratar de describir cuáles son las condiciones mínimas e indispensables para poder decir que nos encontramos frente a un proceso (acto procesal) mutatis mutando frente a un acto jurídico, negocio jurídico o acto administrativo; si el lector desea agregar los adjetivos de “existente”, “válido” o “eficaz”, puede hacerlo para aplicar el paralelo con el acto jurídico en general.

2. Como se puede ver, la variedad de términos empleados, para designar una serie de condiciones que deben verificarse para lograr el pronunciamiento sobre una acción, son tan variados, e incluso en algunos casos conceptualmente insuficientes, que conducen a una dificultosa aplicación práctica. Por cierto, no deja de ser relevante la pregunta, desde el punto de vista, si se quiere “terminológico-estético-semántico”, sobre cuál de todos estos términos se han de emplear para referir a “los presupuestos” como concepto y si su utilización ha de ser en un sentido amplio, o estricto<sup>20</sup>.

En otras palabras: ¿hay diversos tipos de requisitos procesales, y de ser así ameritarían una aplicación solo al acto procesal de interposición de la demanda, o se extiende a los actos sucesivos, excluyendo o no la decisión (sentencia)?<sup>21</sup> En el

cit. § 34 II. 3. y § 34 III. 3., que expresan como conclusión que finalmente todos los presupuestos terminan presentándose como prevalentes y teniendo casi prioridad absoluta.

19. Sobre la diferencia entre “proceso” y “procedimiento” ver en detalle Brehm, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 2003, introd. n. 1, 205 y 243; Rosenberg/Schwab/ Gottwald, Zivilprozessrecht, 2004, § 1 n. 3.

20. Así Grunsky, NJW 1975, 1402 (1403).

21. Contra los términos, pero justificando su uso por costumbre y finalidad práctica.: Brehm op. cit. 5), Introd. n. 243, con otra visión; Foerste, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 2007, parte previa al § 253 n. 1; W.

último caso, dando una respuesta afirmativa, también habría que ampliar la discusión a la eventual serie sucesiva de actos procesales, como por ejemplo, la vinculada a la interposición y decisión de un recurso. Debe dejarse claro entonces, que se refiere a tópicos vinculados con los requisitos denominados de “admisibilidad”. Sobre éstos cabe el interrogante si serían aplicable sólo al acto de interposición de la demanda o si también se expanden al conocimiento y decisión de la acción ejercida. Lo cierto es que estos dos puntos están dentro de la “admisibilidad” que difiere del examen llamado de fundabilidad, mérito o de fondo<sup>22</sup>.

#### **4. EL PROCESO CIVIL Y LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA RELACIÓN DEMANDANTE-DEMANDO-TRIBUNAL**

1. La doctrina de los requisitos procesales, dentro del proceso civil, no ignora la predominancia del principio dispositivo, como del aporte hechos y prueba por las partes interesadas, que no hace sino reflejar la autonomía de la voluntad del derecho privado, en sus márgenes de ejercicio, dentro de un proceso civil, regulado por el derecho público. Los intereses y las situaciones contrapuestas de los justiciables, necesitan de mínimos de igualdad, para su examen y decisión por un tercero independiente e imparcial, que titulariza y ejerce la función jurisdiccional dentro del Estado de Derecho. En esta perspectiva, los mencionados requisitos, asumen una jerarquía político-constitucional relevante al momento de su regulación por parte del legislador, en las disposiciones infraconstitucionales.

Como puede verse, no solamente es de esperarse una adecuada regulación procesal, que viabilice el ejercicio de la jurisdicción, para poder conocer y pronunciarse sobre el mérito y el fondo material de una causa. También se requiere que, para poder arribar a este resultado final, deban observarse normas básicas relacionadas con la institucionalidad (por parte del tribunal), y los derechos fundamentales de las partes, relacionados con el debido y el justo proceso.

2. Admisibilidad y fundabilidad, son conceptos básicos, tanto dentro del derecho privado que es discutido en un proceso como potencialmente aplicable (derecho material), como para el Derecho Procesal (derecho formal). Si bien suelen usarse otros términos para referirse al doble examen, al cual se sujeta una petición concreta a la jurisdicción (acción o pretensión), en general con ellos, se quiere a un

---

Lüke, *Zivilprozessrecht*, 2006, n. 149; Musielak, *Grundkurs ZPO*, 2007, n. 112 con posición contraria. Sin objetar el empleo de los términos Reichold, in: Thomas/Putzo, *ZPO, Kommentar*, 2007, parte previa al § 253 n. 8 ss.; Saenger, in: *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 2007, parte previa al §§ 253-494a n. 9; Zimmermann, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 2008, parte previa a §§ 253 y ss. n. 5.

22. Baumgärtel-Prütting, op. Cit., pp. 5-15

doble examen dentro de un proceso. Uno referido a un examen inicial, consistente en evaluar el cumplimiento de requisitos (designados normalmente como formales). Requisitos que conforman las condiciones mínimas e indispensables (apodícticas), vinculadas con las partes, el objeto de la controversia, y el tribunal, sin lo cual resultaría imposible el desenvolvimiento del proceso y la posibilidad de arribar a un examen de mérito legítimo, justo y válido. En otros términos, y de acuerdo a la visión mayoritaria, el tribunal debe ante una demanda, en primer lugar evaluar si la misma es admisible, para poder así entonces, pasar a una segunda etapa de evaluación, donde se pronunciará sobre lo peticionado en ella, que al considerarla fundada, importará conceder la tutela de ese derecho (o interés).

Por cierto este desglose no es extraño, por ejemplo, en la práctica y dogmática recursiva, donde el recurso es sometido a estos dos análisis sucesivos, dependientes uno de otro. No podría decirse que el tribunal *a quo o ad quem* (dependiendo de los distintos sistemas y políticas recursivas), al “admitir” un recurso en tanto interpuesto en tiempo y forma adecuada tiene el mismo significado que la sentencia del tribunal que conoce de la petición recursiva (“admitido” el recurso) y decide “acogerlo” por ser “fundado”, debiendo en consecuencia revocar la resolución impugnada.

Es claro entonces que la relevancia de los requisitos procesales tiene una consecuencia en la distinción entre control de admisibilidad y fundabilidad o mérito.

## **5. ROLE IMPORTANCIA DE LOS REQUISITOS PROCESALES EN UNA VISIÓN CONTEMPORANEA DESDE EL PROCESO CIVIL ALEMÁN**

1. No debe olvidarse que el significado histórico inicial de los llamados presupuestos procesales, en la dogmática alemana el siglo XIX, se refiere a aquellos requisitos que son examinados, para poder recién entonces comenzar a hablar de una verdadera relación procesal. De esta forma estarían separados y divorciados del proceso mismo, claro está que la justificación de la separación y “divorcio” entre derecho sustantivo y procesal necesitaba plasmarse en consecuencias procesales perceptibles. Ahora, en su tratamiento procesal, el trasfondo histórico, ayuda a entender el desarrollo a partir de una idea inicial de separación, entre estadio preprocesal y proceso, para poder explicar la superación de esa visión y la revalorización desde la óptica constitucional y funcional del proceso. Esto se hace para distinguir los requisitos mínimos, que van a posibilitar que el tribunal con la cooperación y participación de las partes y terceros, pueda adecuadamente examinar el fondo, mérito y regulación material o sustantiva de la acción que se hizo valer.

Dentro de la dogmática procesal alemana contemporánea, la admisibilidad de la demanda, implica como consecuencia práctica, por ejemplo, la posibilidad de ejercicio del deber de aviso o de información, por parte del juez, consagrada en el § 139 inciso III ZPO<sup>23</sup>. De esta forma es el magistrado quien advierte al demandante sobre determinados defectos que contiene su demanda, y que podrían afectar la admisibilidad de ella, para que se proceda a sanearlos. Acá es evidente que no hay interés en rechazar una demanda simplemente por un defecto que es advertido por el tribunal y sobre el cual se informa e instruye a las partes para que sea saneado y lograr así un adecuado “fair play”. Es que no solo el actor, sino también su contraparte y el tribunal están interesados en alguna medida. Interés que por cierto no cabe calificarlo de un antejuicio que denota inclinación o preferencia por alguno de los litigantes y que pudiera afectar la imparcialidad del tribunal<sup>24</sup>.

3. Hasta ahora se hizo uso indistinto de la terminología, “presupuestos” y “requisitos” con las aclaraciones del caso. Sin embargo lo afirmado, implica al menos dos nuevos problemas: en primer lugar, una serie de requisitos que deben ser enunciados, es decir un número “X” a ser considerados como presupuestos; en segundo lugar, corresponde determinar si todos ellos tienen la misma importancia, o si bien unos son más relevantes que el otros<sup>25</sup>. De responderse afirmativamente el segundo interrogante y existir una jerarquía que imponga comenzar a evaluar un requisito con preferencia a otro, el examen de admisibilidad debiera ser escalonado y sucesivo<sup>26</sup>.

La procesalística alemana, reconoce como requisitos (presupuestos) procesales: la jurisdicción alemana, la competencia funcional del tribunal, el escrito de demanda interpuesto con las formalidades exigidas por la ley (§§253, inciso II ZPO)<sup>27</sup>, la postulación procesal del demandante (eso es que comparezca con abogado en los casos que la ley lo exige) tal cual lo establece el § 78, inciso 1 del ZPO, a lo que se debe sumar el pago de un porcentaje, según la cuantía, como adelanto de los gastos que implicará el proceso. Luego de las reformas al inicio del siglo XXI se sumó un nuevo requisito: la complementación de la etapa de acuerdo, con solución amigable, obligatoria y previa, según el §15a de la EGZPO,

23. En detalle ver el estudio de Rensen, H., *Die richterliche Hinweispflicht*, 2002, Bielefeld, pp. 217-232.

24. Así Brehm op. cit., Introd. n. 264; del mismo Braun, op. cit., § 5 II. 2; Schumann, op. cit., n. 28, 148.

25. Así en la metodología de los estudios de pregrado, para resolver casos donde se enfatiza la distinción que debe hacerse. Lesenswert Schumann op. cit., n. 225 ss., Musielak op. cit., n. 135 s.

26. Ver en detalle Jauernig, in: *Festschrift für Gerhard Schiedermaier zum siebzigsten Geburtstag*, 1976, p. 289 (292 s.).

27. Así la admisibilidad, sigue siendo empleada en su significado, aun en casos donde no debieran aplicarse los términos “admisibilidad-fundabilidad”; así en contra del empleo de la terminología admisibilidad de los presupuestos Becker-Eberhard, op. cit., parte previa a los §§ 253 ss. n. 2 sosteniendo otra posición.

que se refiere a la exigencia previa, de que las partes hayan tenido la oportunidad y posibilidad de llegar a un acuerdo que y solución amistosa.<sup>28</sup>

Debe entonces distinguirse entre: presupuestos de admisibilidad y aquellos necesarios para conocimiento y decisión de la causa<sup>29</sup>. Justamente, ya que “presupuesto procesal” es muy genérico, y carecería de un significado relevante, por ejemplo, en relación a una demanda, que implica el inicio del proceso, parte de la doctrina contemporánea prefiere el empleo de la terminología “presupuestos para la decisión de la causa”<sup>30</sup>. Ningún sentido tendría hablar en abstracto de presupuestos, sino para vincularlos con la viabilidad de poder resolverse una petición o causa concreta. Esta doctrina superadora, propone diferenciar aquellos requisitos que son necesarios para comenzar un proceso y conocer sobre una acción, de aquéllos necesarios para decidir sobre la misma, pero con una visión instrumental y concreta. El problema, es que en muchos casos, esta posición resulta limitada en su aplicación.<sup>31</sup>

4. El proceso civil permite la realización del derecho material, lo que significa en otros términos, que el actor, al menos desde una óptica ideal, podría recibir una respuesta favorable de la jurisdicción, contra el demandado, cuando lo peticionado se reconoce como fundado<sup>32</sup>. Con este punto de partida, puede surgir la pregunta sobre si no sería suficiente la justificación material, es decir, aquella fundada en el derecho que invoca el demandante en su escrito, sin formas o contenido mínimo exigible (demanda), y sobre ello poner en movimiento la jurisdicción, acudiendo a cualquier tribunal, inferior o superior, de haberlos, en este o en aquel Estado, en un territorio o en otro.

Si en esta hipótesis se da una respuesta afirmativa, es altamente probable que la probabilidad del conocimiento y decisión sobre la demanda, lo que luego se reflejará en la sentencia, se reduce casi a un soliloquio de un tribunal cualquiera

28. En este sentido BGHZ 161, 145; negando posible tacha de inconstitucionalidad BVerfG NJW-RR 2007, 1073; en detalle ver Gruber, Münch-Kommen ZPO, III, 2008, § 15a EGZPO, nr. 4-9. .

29. Contra el empleo de los términos presupuestos de admisibilidad, Becker-Eberhard, op. cit., parte previa a los §§ 253 ss. n. 2

30. Así en ese sentido Jauernig, Zivilprozessrecht, 2007, § 33 III; Schilken, Zivilprozessrecht, 2006, n. 254; Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht, 2003, n. 253; Schellhammer, Zivilprozess, 2007, n. 350, contra el uso de “moda” de los términos presupuestos para la decisión de la causa “modische(n) Begriff der Sachurteilsvoraussetzung”

31. En este sentido Grunsky op. cit., § 34 III.; Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, p. 227 ss.; Lindacher, ZZP 90 (1977), 131; Olroth, Jura 1970, 708; Grundmann, ZZP 100 (1987), 33 (35 ss.). Braun, op. cit., p. 5 ss. . Así el uso en relación a un decisión (comp. § 160 inc. 3 n. 6 ZPO) se refiere a peticiones de mérito que son decididas mediante resoluciones diferentes a una sentencia definitiva, así § 522 inc. 1 y 2 (Apelación), §§ 922 inc. 1, 936 ZPO [Medidas provisionarias (cautelares)].

32.. Grunsky op. cit., § 34 I.; así Brehm, Introd. n. 242.

y una parte actora. Quizás hasta incluso el demandante en realidad tenía razón y el derecho que se le reconoció en la sentencia era digno de tutela. Igualmente se debiera afirmar, que en este mismo escenario hipotético, el demandante podría incluso obtener una sentencia favorable (vencer al demandado), aún cuando materialmente, el derecho que dice titularizar, no sea en realidad fundado, o ni siquiera exista.

Ahora, estas posibilidades no resultan inimaginables, es más, fueron previstas por el legislador, cuando el demandado simplemente se allana o reconoce y no controvierte lo afirmado por el demandante, o directamente no ha ejercido en totalidad su derecho de defensa, como es el caso de la rebeldía, o simplemente cuando se carece de la prueba o contraprueba necesarias. Todas estas modalidades que en mayor o menor facilidad aumentan el grado de probabilidad de una sentencia favorable, trabajan sobre el mérito (desmérito), (falta de) fundamento o acogimiento (rechazo de fondo), de la demanda<sup>33</sup>.

En dicho supuesto, la sentencia, aún cuando pueda ser correcta o incorrecta, procesalmente no adolecería de defectos o vicios, en tanto el tribunal pudo conocer sobre la acción que se hizo valer, y con claridad identificar las partes y sus intereses. Si es incorrecta (ello es contraria a los intereses de las partes causando un agravio), podrá eventualmente discutirse con el medio de impugnación adecuado. Pero incluso con una hipótesis positivamente regulada, la fundabilidad y justificación podría ser irrelevante y hasta innecesaria, como es el caso del allanamiento del demandado, cuando reconoce como válida la pretensión hecha valer por la parte actora, en términos del § 307 ZPO<sup>34</sup>. El interés o posición jurídica favorable al demandante, se declara cuando la demanda arriba a una sentencia exitosa (fundada) según sus intereses.

Como puede verse, la multiplicidad de casos (desde lo absurdo hasta lo regulado y reconocido por el legislador), en los cuales es posible pasar del examen y conocimiento de la demanda, a una sentencia de mérito. Así en el supuesto de la rebeldía, como en el caso insuficiencia probatoria para enervar la acción del demandante, o también en el caso de allanamiento, lo importante no será la admisibilidad de la demanda (examen de determinados requisitos previos al examen de mérito), sino solamente la fundabilidad de la misma.<sup>35</sup>

33. En detalle ver Gottwald, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2008, § 322 n. 27, 172; Musielak, in: ZPO-Komm., op. cit., § 322 n. 44; Vollkommer, in: Zöller, op. cit., § 322 n. 2.

34. Sobre los requisitos que son renunciables por las partes Musielak, in: Münchener Kommentar zur ZPO op. cit., § 307 n. 22, y Rensen, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Großkommentar, 2007, § 307 n. 19.

35. Brehm op. cit. 5), n. 261; BGHZ 161, 145 (150): " Aus dem allgemeinen Zivilprozeßrecht läßt sich kein Grundsatz herleiten, der den Gesetzgeber hindern könnte, aus wohlerwogenen Gründen bereits die Zuläs-

## 6. LAS CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO DE ADMISIBILIDAD

1. En lo que refiere a cada uno de los requisitos - de los cuales depende la admisibilidad de la demanda-, en tanto no se haga referencia a la interposición, conforme a las disposiciones de forma, tiempo y lugar de ella, se puede referir (en general) a aquellos requisitos relacionados con el tribunal (jurisdicción, competencia), con las partes (capacidad procesal para ser parte, postulación procesal o *ius postulandi* e interés procesal), o con el objeto de la litis del proceso (especialmente la inexistencia de cosa juzgada y litis pendencia). No se han de enunciar ni desarrollar, aquellos requisitos cuya categorización ya relacionado con la admisibilidad, ya con la fundabilidad de la demanda, permanecen discutidos hasta hoy.<sup>36</sup>

Así se distingue entre requisitos de admisibilidad y fundabilidad. Los primeros, a su vez se subdividen en presupuestos, que están directamente vinculados con la institucionalidad y las bases mínimas para el funcionamiento de la jurisdicción, a través de un proceso, al ejercitarse una acción. Los presupuestos tienen directa vinculación al principio del juez natural y preexistencia de un proceso racional y adecuado a criterios mínimos de justicia y debido proceso. Los otros requisitos de admisibilidad son los elementos procesales de carácter intrínsecos y dependientes de un proceso en particular. Entre ellos, las normas o solemnidades relativas a la actividad procesal, como también la posibilidad del contenido y factibilidad de aquello requerido por el actor.<sup>37</sup> La admisibilidad de la demanda, se debe examinar de oficio. La posibilidad, e imperativo para el tribunal, de evaluar lo anterior, no implica que pueda actuar introduciendo nuevos hechos, o haciendo uso de la potestad probatoria oficiosa (lo que sería ejercer potestades derivadas del principio investigativo o inquisitivo)<sup>38</sup>.

De acuerdo a la doctrina mayoritaria, en el examen o juicio de admisibilidad el tribunal - fuera de los casos en los cuales existen disposiciones probatorias específicas- podría acudir a otros medios de prueba diferentes de los enunciados por el código. Sin embargo, esta posición ha recibido críticas contemporáneas, por resultar poco clara en sus alcances. Para una parte minoritaria de la doctrina,

---

sigkeit der Klageerhebung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen" ("no es posible inferir del derecho procesal civil en general ningún principio que obste la imposición de requisitos previos para la interposición de la demanda" así en relación al § 15a EGZPO).

36. Musielak op. cit., n. 123; en especial el caso de las tercerías en la ejecución G. Lüke/Hau, Zwangsvollstreckungsrecht, 2008, n. 232.

37. Impugnaciones que objetan la admisibilidad de la demanda, "Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen"; Jauernig, op. cit., § 33 VII

38. Schellhammer op. cit., n. 351.

en tanto no pueda esclarecerse la existencia de un presupuesto de admisibilidad, el riesgo o carga debiera corresponder al demandante<sup>39</sup>.

2. Sí, se debe precisar en relación con las dos posiciones descriptas lo siguiente: que la carga corresponda al demandante, no debe confundirse con aquellos requisitos procesales que están establecidos en interés e invocabilidad exclusivamente - y por tanto renunciables - respecto del demandado. Es decir en primer lugar no debieran ser examinables de oficio, y en segundo lugar, solamente pueden ser hechos valer por este último, dentro de determinado período y con sujeción a las reglas de preclusión. Téngase presente que dichos supuestos, en definitiva, procuran tutelar el solo interés de la parte demandada.

Así, si el demandado invocara la existencia de una cláusula arbitral, reconocida expresamente en el § 1032, inciso I, sería una posibilidad de la que podría – no debe - hacer uso. Otros ejemplos son los de los §§ 110 y 269 inciso VI ZPO. El primero regula el derecho a exigir una caución al actor extranjero; el segundo, en cambio, se vincula con el incumplimiento del pago de las costas procesales por parte del demandante.

En el caso de los dos ejemplos anteriores, no pueden ser considerados como requisitos siendo su entidad e importancia menor y establecidos en el interés de una parte (requisitos que no son presupuestos sino elementos). Sin embargo, de hacérselos vale y ser considerados procedentes por el tribunal, no conducirían al rechazo de la demanda, sino a que se ordene al demandante que sanee el vicio (otorgue caución o pague las costas). En caso que el intimado no cumpla, se aplicará la figura del retiro ficto de la demanda y no su rechazo por inadmisibile (ello consecuente con el artículo, § 113, numeral dos del ZPO).

Cómo pueden verse estas consecuencias no se vinculan con la admisibilidad de la demanda, sino más bien con consecuencias jurídicas procesales de otro tipo y que dependen de su oportuna invocación por la parte interesada. Es decir tenemos aquí un nuevo supuesto, en el cual no obstante no hacerse referencia a un “requisito-presupuesto de admisibilidad procesal”, la doctrina alemana distingue entre aquellos requisitos que están vinculados - por su importancia - con la posibilidad del control o examen de oficio por parte del tribunal, y aquellos que dependen exclusivamente de su invocación por la parte interesada (demandado). Las consecuencias procesales difieren, aunque en la práctica, tanto en uno (rechazo

39. Musielak, in: Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, 2006, p. 237 ss. (247 s.), en referencia al nuevo § 284 parte 2 ZPO, con detalle de las distintas posiciones al respecto. En tanto pregunta vinculada a la carga objetiva y no subjetiva de la prueba W. Lüke op. cit., n. 151.



por inadmisibles) como en el otro caso (ficción del retiro de la demanda), el efecto será tener ese proceso por no iniciado y sin duda podrá la parte beneficiada invocar esos efectos como impedimentos que obstan la prosecución del proceso<sup>40</sup>. A los términos “requisitos”, “presupuestos procesales”, “admisibilidad” y “fundabilidad”, la doctrina alemana suma el de “impedimentos o impidientes procesales”. Un conjunto indeterminado que no lograron ser convincentemente calificables como requisitos vinculados a la admisibilidad ni a la fundabilidad. Es que aun cuando en los efectos prácticos, una parte puede invocar el impedimento similar de “inadmisibilidad”, ni el supuesto, menos la consecuencia procesal son identificables técnica y teóricamente.

En las alternativas que el demandado tiene para enfrentar lo requerido por su contraparte, existe la posibilidad que esta se oponga haciendo valer preceptos que corresponden sean observados como carga por el actor vinculados con la admisibilidad, algún impedimento o imposición que se debió cumplir. Para este caso, un reflejo de la acción o pretensión ejercida por el actor, se manifiesta a través de las excepciones y defensas que pueda ejercer el demandado abarcando todo el espectro antes descrito y/o sumándole deficiencias relacionadas con el mérito o fundabilidad. No se tratará otro tema que fue objeto de estudio por la dogmática decimonónica, directamente receptada del proceso romano-canónico: me refiero a la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias. No se lo hará por dos motivos. Primero la distinción no logró recepción legislativa en el ZPO y menos tuvo o tiene utilidad práctica. Segundo, por que predicar que una excepción produce la extinción, mientras que otra, el diferimiento del proceso, para que un defecto sea saneado, nada dicen en relación a la admisibilidad o fundabilidad<sup>41</sup>. Es precisamente por lo anterior, que el rol del juez, en su función-deber esclarecedora, es de advertencia o información para poder subsanarse un defecto (sea vinculado con un requisito-presupuesto, con un requisito-elemento, o con los que se denominan impedimentos) que tenga la demanda según los §§195 y 139 del ZPO. Si el defecto no fuera oportunamente saneado por el demandante, la contraparte puede solicitar de acuerdo al § 251 ZPO, la suspensión provisoria del proceso y, de acuerdo a la gravedad del defecto, el proceso estaría en condiciones de arribar al pronunciamiento de una sentencia, que eventualmente incluso podría ser de mérito.

40. Ya en Wer sich für die dogmengeschichtlichen Hintergründe interessiert, stößt auch in diesem Zusammenhang auf Oskar Bülow, que pretendió superar las teorías de las excepciones, ver la edición con la introducción Braun, op. cit.4), p. 3 y s.

41. Becker-Eberhard op. cit. op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 3.

Así por ejemplo, la demanda interpuesta ante el BGH (Tribunal Superior Federal para causas civiles), cuando hubiera correspondido ante uno de primera instancia, puede justificar el rechazo de oficio de aquella (§§ 17, inciso II de la Ley Orgánica). Otro ejemplo, vinculado con un requisito no examinable de oficio, sería la interposición de una demanda ante un tribunal incompetente en razón del territorio, de acuerdo al § 281 ZPO, siendo que el demandado invoca la falta de competencia, no produciéndose entonces su prórroga (continuará conociendo incluso si se pretende intempestivamente se declare incompetente verificándose la *perpetuatio fori*).<sup>42</sup>

3. Es conveniente con lo desarrollado efectuar otra pregunta: ¿cuándo una demanda debe considerarse que adquiere la calidad admisible? Puede entonces darse esta respuesta. Siendo que no adolece de deficiencias (es decir, aunque tautológico, que satisfacen todos los presupuestos para que no sea declarada inadmisibile), y no se verifica ningún impedimento (examinable solo a petición de parte), que pueda obstaculizar la prosecución del proceso, el tribunal está en condiciones de comenzar a conocer sobre el mérito o fundabilidad.

Debe acá mencionarse parte de la doctrina, que al respecto elaboró una terminología paralela a la de requisitos-presupuestos procesales, así surge el término “presupuestos para la decisión del mérito de la causa” (*Sachurteilvoraussetzungen*). Si por el contrario, por ejemplo el demandado observa una deficiencia que afecta su interés, debe entonces decidir el tribunal a través de una sentencia interlocutoria, la que no se pronuncia sobre el mérito, sino sólo sobre lo requerido por la parte impugnante y la continuidad del proceso (lo que la doctrina llama sentencia procesal), de acuerdo al § 280 inciso II, ZPO.<sup>43</sup>

## 7. CRÍTICA CONTEMPORANEA A LA TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

### a) La crisis de la preeminencia de los presupuestos procesales para la decisión del caso

1. La doctrina mayoritaria alemana, sostiene la preeminencia de los requisitos de admisibilidad en el examen judicial que debe efectuarse al iniciarse un proceso, debiendo decidirse ello mediante una sentencia interlocutoria de carácter meramente procesal, con la cual se rechaza o se admite la demanda. De acuerdo a

42. Rosenberg/Schwab/Gottwald op. cit., § 93 n. 37 ss.; Schilken op. cit. op. cit. 12), n. 333; Becker-Eberhard op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 16.

43. Con claridad y contundente Lindacher, ZZP 90 (1977), 131.

esta doctrina, es posible que el pronunciamiento de una sentencia de mérito que rechace la demanda por infundada (denominada absolutoria *absolutio ad causam*), sólo sería pensable, cuando el tribunal luego de convencerse sobre su admisibilidad, tenga la posibilidad de acceder a la totalidad de los fundamentos necesarios de hecho y/o de derecho para pronunciarse sobre el mérito. Coherente con estos postulados, no podría por ejemplo, rechazarse de plano o *in limine* una demanda por infundada, pero tampoco sería aceptable se rechace simultáneamente por inadmisibile e infundada. Ambas posibilidades contradicen el examen en prelación y las etapas de análisis a las que debe sujetarse el tribunal.<sup>44</sup>

Para mantener la coherencia de esta tesis mayoritaria es que, verificándose algún defecto, ya de los requisitos presupuestos o elementos (admisibilidad) , ya de un impedimento, la demanda debe finalmente ser rechazada mediante una sentencia interlocutoria cuyo fundamento es meramente procesal sin referencia al fondo (la denominada *absolutio ad instanciam*).

2. Una posición más contemporánea y crítica de la tesis anterior, sostiene que el tribunal no tiene un rango preestablecido, es decir, ningún orden para examinar los requisitos procesales de admisibilidad y fundabilidad “por la sola naturaleza de los casos y/o por la calidad de determinados requisitos”<sup>45</sup>. Si resultara que en varios aspectos hay dudas sobre la admisibilidad de la demanda, puede conocer y pronunciarse sobre aquellos puntos en relación a los cuales se entiende podría verificarse un supuesto de inadmisibilidad. Ahora, curiosamente para ello, el tribunal se orienta en su conocimiento y decisión con ciertos datos directamente relacionados con la fundabilidad de la demanda (por ejemplo cierta información probatoria). Pues bien, en este caso más que frecuente, debiera pronunciarse con una sentencia de mérito, es decir manifestarse sobre la “admisibilidad” pero justificando esa sentencia interlocutoria que rechaza o admite una demanda acudiendo a información relacionada con la “fundabilidad”. Esto implica una ruptura del examen sucesivo y secuencial, junto con una *contradictio in adjectio* de la tesis mayoritaria, ya que estaríamos frente a una decisión, que debiera estar contenida en realidad en una sentencia de mérito definitiva<sup>46</sup>.

44. Ver Becker-Eberhard, op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 3 en otro sentido.

45. Contrario a la posición de que una demandada rechazada por inadmisibile puede igualmente serlo por infundada Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts – Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, 1974, § 34 I.

46. Becker-Eberhard op. cit. 6), vor §§ 253 ss. n. 3, 19; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren, 1985, § 39 II. 4.; Brehm. op. cit. , introd. n. 265 ss.; Greger, in: Zöller, ZPO, Kommentar, 2007, parte previa § 253 n. 10; Jauernig op. cit., § 33 V. 4.; Musielakop. cit., n. 137 s.; ders. op. cit. op. cit., § 300 n. 6; Reichold , op. cit., vor § 253 n. 8; Rosenberg/Schwab/Gottwald, op. cit., § 93 n. 45 ss.; Saenger op. cit., parte previa, §§ 253-494a n. 9; Schellhammer op. cit. , n. 353; Schilken, op. cit., n. 335; Schumann, op.

Entonces, ¿cómo logra explicar la tesis mayoritaria esta otra hipótesis? En caso que el demandante no impugne la sentencia que declara su demanda como inadmisibile, esa resolución adquirirá la calidad de cosa juzgada (formal y material). Ahora, siendo que los efectos de esta resolución firme, son objetiva, causal y subjetivamente tales, entonces se tornaría innecesaria e inútil la distinción entre sentencia procesal y de mérito, ya que cada una abarcaría los tres ámbitos mencionados, de forma totalmente diferente, y sería errado decir que ambas, al menos con los mismos alcances, pueden adquirir el carácter de cosa juzgada.<sup>47</sup>

Pero es claro que frente a una resolución, que rechaza una demanda por inadmisibile, nada obsta a que el demandante pueda volver a interponer la misma con identidad de partes, objeto y causa, pero saneando el defecto por el cual la primera demanda fue rechazada. Es que la cosa juzgada material de la sentencia procesal negativa o de rechazo, se circunscribe al ámbito objetivo, subjetivo y causal del requisito deficiente que justificó el rechazo<sup>48</sup>. Siendo consecuente el tribunal no podría entonces rechazar esta nueva demanda por haber cosa juzgada material (triple identidad). En realidad desde el mérito y la forma hay identidad casi completa si esta nueva demanda tiene saneado el vicio que afectaba a la anterior. Es decir, para que el tribunal pueda rechazar esta segunda demanda es necesario que se verifiquen otras deficiencias de los requisitos de admisibilidad, para poder entonces, y sobre estos, contar una (nueva) sentencia procesal de rechazo (por inadmisibilidad).<sup>49</sup>

Ahora en caso que el tribunal rechace la demanda a través de una sentencia, en la cual se manifiesta, no sólo negativamente sobre la admisibilidad, sino también sobre su fundabilidad (en forma expresa o por *obiter dictum*) debe entenderse que dicha resolución produce efectos de cosa juzgada (formal y material). Pero sólo relacionados con la “admisibilidad” y de ninguna manera con la “fundabilidad”<sup>50</sup>. De modo que si esta última, es evaluada directa o indirectamente, la sentencia interlocutoria de rechazo, debe leerse como revestida de cosa juzgada, pero no

cit., n. 228 s.; Zeiss/ Schreiber op. cit., n. 264 ss. De mencionar la jurisprudencia BGH NJW 2000, 738; en la bibliografía es de mencionar como doctrina mayoritaria Sauer, Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozeß, 1974, en la antigua bibliografía J. Blomeyer, ZZP 81 (1968), 20 (31, 36 s.).

47. Así Zeiss/Schreiber op. cit., n. 266, ; Schellhammer op. cit. , n. 353.

48. Büscher , op. Cit., § 322 n. 156; Gottwald, op. cit. , § 322 n. 175; Musielak , op. cit. § 322 n. 46. No aceptando la cosa juzgada Brehm, op. cit. , introd. n. 271; Vollkommer , op. Cit., introd. § 322 n. 43.

49. Así en los casos donde los Estados Federales hayan preestablecido un sistema obligatorio y previo de solución de controversias antes de la interposición de la demanda según el § 15a EGZPO.

50. Comp. BGHZ 161, 145.

en relación al mérito.<sup>51</sup> Se entiende que hubo pronunciamiento (negativo), pero sólo sobre la admisibilidad<sup>52</sup>.

3. De acuerdo a los ejemplos antes mencionados, y a la posibilidad de arribar a conclusiones, que en algunos casos rondan el absurdo. O siendo que se persigue elaborar una serie de argumentos de diferenciación, para crear tantas categorías y sub categorías de requisitos vinculados a la admisibilidad, es plausible entonces muchos replanteos. Si la prelación de la admisibilidad impide el ingreso en la fundabilidad, antes de un examen con resultado afirmativo, entonces se abren una serie de interrogantes dentro del propio sistema del ZPO.

Primero, no resulta claro si el examen de admisibilidad y fundabilidad se reduce a una sentencia, o podría hacerse en varios momentos procesales con una pluralidad de resoluciones. Así por ejemplo, en la demanda escalonada, que precisa de una sentencia parcial o en la acumulación de acciones condicional, como subsidiaria, conjuntiva o alternativa. En estos casos no podría reducirse a un solo momento para pronunciarse sobre todas las peticiones contenidas, rompiéndose entonces el principio de prelación que indica un momento para cada examen (primero de admisibilidad contemplando jerarquías entre los requisitos y luego de fundabilidad) y su carácter sucesivo. Qué decir del caso del desistimiento del derecho, donde finalmente la admisibilidad del pedido se une a la fundabilidad y al consentimiento de la contraparte.

Segundo, no se logra aclarar acabadamente porqué un demandante debiera tener obstáculos para interponer una demanda, cuando la misma ya fue acogida (obvia y previamente admitida). Simplemente se termina rompiendo la lógica y funcionamiento de la cosa juzgada y la litispendencia<sup>53</sup>. Como ya se trató, pretender diferenciar la admisibilidad de la fundabilidad, respecto a que en un caso se podría arribar a la cosa juzgada y en otro no, resulta también errado ya que en ambos casos habría cosa juzgada formal y material.

4. Otro supuesto, donde la doctrina mayoritaria no da una respuesta satisfactoria, es en los casos donde el examen de admisibilidad recae sobre requisitos de la demanda, que tienen inmediata y directa vinculación con la tutela de bases constitucionales de la jurisdicción, tales como el derecho al juez natural (artículo

51. Así vinculado con la imposición de costas, § 12 Abs. 1 GKG no cumplimentándose con el adelanto de los gastos procesales se justifica el rechazo por inadmisibile sin incursionar en la fundabilidad, así ver Schilken, op. cit. n. 256.

52. Büscher., op. cit. § 322 n. 156; Brehm, op. Cit., , introd. n. 271.

53. Comp. BGH ZIP 2007, 1717, en relación a la sentencia parcial en el caso de compensación parcial y reconvencción, ejemplo que es similar al de Goldschmidt op. cit. , p. 370.

101 inciso I, Ley Fundamental Alemana) o el derecho de audiencia (artículo 103 inciso I Ley Fundamental Alemana). Esto a su vez en la regulación procesal de los grados, instancias jurisdiccionales, como las reglas de la competencia no disponibles por las partes.<sup>54</sup>

Por ejemplo, en el caso del artículo 103 inciso I de la Ley Fundamental, vinculado con los requisitos-presupuestos procesales de la capacidad procesal y la necesidad del patrocinio letrado por un abogado. Son sí requisitos-presupuestos a ser evaluados como un *prius* en la admisibilidad (jerarquía interna de los requisitos de admisibilidad). Ahora, ello no porque sean presupuestos procesales ni porque el examen de la admisibilidad siempre precede al de fundabilidad. La justificación es de otra naturaleza: de prelación constitucional, no meramente procesal. Por ello no sólo puede, sino que debe efectuarse antes que el examen de fundabilidad, pensar lo contrario, no sería vulnerar parágrafos del ZPO, sino que imposiciones de la Carta Fundamental, relativas al debido y justo proceso.

Podría entonces decirse, que la prelación constitucional impone la prelación procesal, ello como examen previo de determinados requisitos que por su importancia son base necesaria para un proceso, desde la óptica, no ya del legislador, sino del constituyente. En otras palabras no habría posibilidad para poder dar inicio, conocer y decidirse una acción, sin la preexistencia de esas bases. Incluso, de arribarse a una sentencia de mérito ignorando estos imperativos, aun cuando esta revistiera la calidad de cosa juzgada, existirá siempre la posibilidad de rescindir o dejar sin efecto el proceso y su decisión (comparar así los §§ 579 inciso I numeral cuatro y 580, número siete).<sup>55</sup>

Puede entonces decirse, que los requisitos de éxito de una demanda, sean de naturaleza procesal o material, no gozan de la misma jerarquía temporal ni de importancia para su examen. Más bien se podría establecer cierto orden que permita determinar cuáles necesitan de un examen satisfactorio para tener las bases mínimas e indispensables, y así iniciarse, desenvolverse y poder accederse

54. Expresamente Musielak, op. cit. § 300 n. 6; comp. Zeiss/Schreiber op. cit. n. 266; Becker-Eberhard, op. Cit., introd. §§ 253 y ss. n. 3. En detalle crítico de esta posición ver Lindacher, ZZP 90 (1977), 131 (135 ss.).

55. Una excepción es la sostenida por Grunsky, op. Cit., § 39 I. 2., por cierto poco aceptable en el ejemplo hipotético del acogimiento de la demanda dejando abierta la posibilidad de que no exista un derecho necesitado de tutela judicial; crítico de esta posición Brehm n. 5, intro. n. 273 nota al pie 507; otro ejemplo en el caso del acogimiento de la demanda, cuando recién con posterioridad se constata la falta de un presupuesto procesal, ej. de Braun, op. Cit., s. 7 s.: en el caso de conocimiento tardío por parte del tribunal de la incapacidad de la parte, acogéndose la demanda no sería un ejemplo aceptable para este autor, ya que el tribunal bien toma conocimiento de ese defecto, debe rechazar una demanda que consideró admisible con costas, así § 579 inc. 1 n. 4 ZPO sería cuestionable aceptar el ejemplo.

al juicio de mérito<sup>56</sup>. Desde una visión contemporánea, algunos argumentos de la tesis de la prelación, o de la jerarquía de determinados requisitos procesales, se pueden justificar de otra forma, o si se desea, se parte del porqué constitucional de la prelación y siempre que redunde en una evaluación de admisibilidad más pragmática<sup>57</sup>.

5. Como puede verse, en la evaluación de algunos casos particulares, tanto la tesis mayoritaria como la minoritaria encuentran fortalezas y debilidades. La propia visión contemporánea, aun cuando parta de un fundamento constitucional, acude a la prelación, igualmente necesitando de rangos que coayuden al respeto del debido y justo proceso, no desatendiendo la celeridad y economía procesal.<sup>58</sup>

Al principio de prelación, o examen sucesivo de los requisitos de admisibilidad, pueden sumarse una serie casos en los cuales se justifica salirse del esquema, constituyéndose casos de excepción: como la demanda con un objeto, jurídica y/o materialmente imposible, o bien cuando la tutela de un derecho, en casos y en base a procedimientos especiales, supone también el examen de presupuestos especiales. En estos casos, no es de extrañar que el examen de admisibilidad se combine con uno de fundabilidad y en definitiva se pronuncie una sentencia que podría ser negativa en lo segundo, y afirmativa (*unu actus*) en lo primero.

## b) Examen y relevancia de los hechos y el derecho

En la admisibilidad, prima por regla, el examen del derecho, y sólo en forma reducida, de los hechos. Sin embargo, hay casos donde estos últimos, asumen una gran importancia, ello normalmente vinculado con la jurisdicción y competencia territorial nacional e internacional<sup>59</sup>. Así por ejemplo el § 32 del ZPO, en el caso de responsabilidad extracontractual delictual<sup>60</sup>, si se requiriera más información para poder conocer si la conducta antijurídica del demandado, ha tenido lugar dentro del ámbito de competencia, territorial, nacional o internacional del tribunal. Ahora suponiendo que el tribunal carece de competencia territorial o mucho más aún de jurisdicción, y que corresponde que la demanda sea conocida por otro tribunal extranjero sería un caso especial. Si no hay suficiente evidencia (relación con el elemento causal fáctico de la acción), la demanda debiera rechazarse por infun-

56. Rimmelpacher, Bruno, op. Cit., 1966, p. 101 ss.

57. Comp. Brehm, op. Cit., introd. n. 273 y s.; Musielak, op. Cit., § 300 n. 6 poniendo en duda la terminología.

58. Con claridad al respecto BGH NJW 2000, 738 (739).

59. Por cierto similar problemática puede verificarse en el proceso laboral en relación a la calidad del trabajador como requisito, así Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 2007, n. 853 ss.

60. Ver al respecto Roth, in: Stein/Jonas op. Cit., § 1 n. 24 ss.; Schumann, op. Cit., n. 211; Vollkommer, op. Cit., § 12 n. 14; con detalle rechazando la competencia internacional Mankowski, IPRax 2006, 454.

dada para permitir que sea invocable por el demandado dentro de la jurisdicción y competencia del juez nacional para todo efecto<sup>61</sup>.

Ahora, justamente, lo anterior es el inconveniente. Nótese que en este caso de responsabilidad extracontractual, la conducta del demandado descrita por la parte actora, es suficiente para poder pronunciarse sobre la competencia del tribunal que conoce. Ahora, solamente podría ser cabalmente conocida, respecto de su veracidad, recién cuando se efectúe el examen de mérito. Dentro de la teoría mayoritaria de la prelación, habría reparo contra dicha resolución, ya que un tribunal que no logra aun determinar negativa o positivamente su propia competencia y jurisdicción, no podría pronunciarse de ninguna manera sobre el mérito, por existir vulneración del principio del juez natural del artículo 101 inciso primero de la Ley Fundamental<sup>62</sup>.

Ahora, esta posición mayoritaria, podría refutarse diciendo que, precisamente para el resguardo de un principio constitucional, es que el tribunal puede pronunciarse sobre el mérito, rechazando la demanda por no darse las condiciones para el examen de admisibilidad y menos de fundabilidad. Pero en ese caso, si bien esta respuesta puede satisfacer la crítica efectuada por la doctrina mayoritaria, resulta claro que otra sería la solución si nos encontramos frente a un demandado, que en caso de la sola incompetencia territorial del tribunal, permanece inactivo y asiente tácitamente la prórroga.

### **c) Admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales**

1. En relación con la admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales, cabe interrogarse sobre cuán amplia o restringida resulta la aplicación de estos conceptos a los diferentes actos concatenados que se dan en el proceso. Se distinguen entonces (a) aquellos actos que contienen una petición unilateral al tribunal, sobre la cual debe éste decidir con o sin audiencia de la contraparte; (b) aquellos actos que surten efecto sin necesidad de resolución del tribunal, entre los que se incluyen muchos actos bilaterales de las partes. Como se ha podido ver en los puntos anteriores los ejemplos están relacionados sólo con determinados actos dentro del proceso. Sin duda que el primero de estos es la demanda (acto de petición por excelencia), que se evaluará en los momentos procesales que correspondan, perteneciendo a la clase de actos calificados en (a), ejemplo al que ya se ha referido frecuentemente.

61. Ver al respecto Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 2006, n. 160.

62. Con esta fundamentación ver H. Roth op. cit., § 1 n. 30 s., visión contrapuesta es sostenida por Mankowski, *IPRax* 2006, 454 (456 ss).



En el caso de los actos (a), deben pues explorarse otros supuestos. Así se considerará aquellos que implican peticiones procesales únicamente, ya que la demanda como se vio, tiene un momento de examen sobre la admisibilidad, y otro sobre la fundabilidad claramente marcado, al menos teóricamente<sup>63</sup>.

El derecho de demanda se concentra en solicitar al tribunal el pronunciamiento de una resolución favorable a lo requerido, peticionado y necesitado por el demandante (comparar §§ 253, 308 ZPO)<sup>64</sup>. Ahora, en el mismo nivel de éste, pueden agruparse la reconvención o contrademanda, como así también la demanda monitoria (§§688, 690, 699 ZPO) y el requerimiento de una medida provisoria cautelar, reglamentaria o satisfactiva (§§ 920, 936 ZPO). Igualmente se incluyen como peticiones materiales aquellos recursos contra una resolución pronunciada por un tribunal inferior que persiguen la revocación total o parcial de aquella en el mérito.

2. Es enormemente útil, al momento de aclarar la terminología de “admisibilidad-fundabilidad” acudir al esquema y voces aplicables en el examen de un recurso. Así este último, al ser interpuesto, requiere la satisfacción, en primer lugar de requisitos que no tienen vinculación alguna con el agravio, o el contenido material de la resolución que se impugna. Un recurso es entonces admisible, cuando reúne las condiciones (o requisitos) de (i) procedencia, ello es la resolución que se pretende impugnar debe ser susceptible de atacarse a través de ese recurso (comparar por ejemplo para la apelación en el § 511 ZPO). (ii) Su interposición debe reunir exigencias de forma (§§ 519 y siguientes del ZPO), tiempo-oportunidad (§§ 500 y siguientes ZPO) e interpuesto ante el tribunal que corresponda, y finalmente (iii) el recurrente debe haber sufrido un agravio que lo legitime a recurrir.

En general de acuerdo al recurso (§ 520 ZPO)<sup>65</sup>, aún cuando en los §§ 522, 552 ZPO, no se mencione en forma explícita que el recurrente debe ser capaz y tener patrocinio de un abogado (como resulta explícito en relación al escrito de demanda), no cabe duda de que puede ser rechazado por inadmisibile, cuando falte alguna de las exigencias mencionadas explícitamente por el legislador (i, ii, iii) o aquellas (como la mencionada), que si bien en la técnica legislativa no son requeridos en los párrafos relativos a los recursos, tienen aplicación general.<sup>66</sup>

63. Comp. Esta clasificación con lo desarrollado en el fallo BGH NJW- RR 2006, 1346 (1347 s.).

64. Ver en detalle el § 253 ZPO y lo relacionado con los requisitos de la demanda Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2008, introd. §§ 253 y ss. n. 2.

65. Introductorio Schreiber, Jura 2007, 750 ; Schilken., op. cit., n. 873 ss.

66. Con claros planteos Ball, in: Musielak op. cit., § 522 n. 3.

Toda vez que sus requisitos de admisibilidad, se consideran satisfechos, puede el mismo u otro tribunal superior (según exista o no efecto devolutivo) evaluar su fundabilidad y decidir, confirmando o revocando la resolución impugnada

Interesa esta referencia, ya que en los recursos es donde la separación entre el juicio de admisibilidad y fundabilidad, no sólo se demarca con claridad, sino también por las consecuencias descritas en forma explícita por el legislador y de fácil o poco controvertida aplicación práctica.

Ahora, el tribunal que conoce del recurso contra una sentencia definitiva, implica que la demanda que dio inicio a ese proceso fue admisible y – suponiendo que el demandado haya perdido el proceso - también fundada. Correlativamente, al ser interpuesto por el demandado un recurso contra dicha sentencia, siendo admisible se quiere solo decir que se abre la posibilidad para que el tribunal se pronuncie sobre su fundabilidad. Ello es dejando sin efecto la sentencia dictada por aquel inferior (revocando su examen de fundabilidad de la demanda) o confirmando lo decidido (ello es la demanda en base a la cual se arribó a esa sentencia ahora impugnada, es no solo admisible sino también fundada).

Incluso en la terminología recursiva sobre la resolución que examina la admisibilidad del mismo, y la que luego de conocido lo decide, es suficientemente demostrativa. Si no es admisible, simplemente es “rechazado” (comparar los §§ 522 inciso I y 552 mismo inciso, ZPO). Ahora si siendo admisible, no obstante es conocido y no fundado, se entiende como por “no acogido”(Comparar §§ 522 inciso 2 y 552 a ZPO)<sup>67</sup>.

3. Para las peticiones arriba descritas, como impulsivos, o que requieren un pronunciamiento por parte del tribunal<sup>68</sup>, no hay obstáculo en incluir todos los casos mencionados y sumar algunos actos de la actividad probatoria (comparar por ejemplo §§ 371, 373 y 403 ZPO).

Sí, en materia probatoria, no siempre es correcto el empleo de estos términos. Así cuando se examina si puede o no verificarse el supuesto del inciso 4 del § 138 del ZPO, es decir, en el caso de declaración de parte, si consistan en manifestar desconocimiento sobre un hecho, puede interpretarse, ya como contradictorio, ya como reconocimiento ficto de lo alegado y sostenido por la contraparte<sup>69</sup>. Ahora

67. Sobre la discusión al respecto ver Rimmelpacher, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2007, introd. §§ 511 ss. n. 10.

68. Para un tratamiento sobre las bases de estos tópicos, ver Goldschmidt, Der Prozeß als Rechtslage – Eine Kritik des prozessualen Denkens, 1925, p. 364 y ss.

69. Comp. Rosenberg/Schwab/Gottwald op. cit. , § 64n. 12 y § 109 n. 31, sobre la inadmisibilidad por aporte intempestivo, cuando un derecho ya precluyó según §§ 296, 296a ZPO.

bien, si se analiza con mayor detenimiento este caso, en realidad no cabría hablar de admisibilidad o fundabilidad, sino más bien de una resolución que simplemente ordenará la prosecución del proceso. La decisión sobre ese punto particular se hará dentro del margen de convencimiento probatorio al que pueda arribar el tribunal al respecto y que servirá como un dato más para que pueda fundar el mérito de su decisión de pronunciamiento posterior.

4. Corresponde ahora examinar los actos procesales de las partes, que tienen conformación y validez procesal, sin necesidad de resolución judicial (descritos al inicio de este subtítulo como (b)). Precisamente no tienen por objeto requerir una decisión al tribunal, siendo autosuficientes para generar efectos procesales y/o materiales. Algunos ejemplos son: el retiro de la demanda, o la oposición contra la primera sentencia en rebeldía.

En el primer supuesto, queda sin efecto la litis pendencia de la demanda interpuesta y retirada (§ 269 ZPO). En el segundo, se impide que el proceso pueda arribar a una sentencia, debiéndose retrotraer al estado anterior al que se verificó la rebeldía. En estos casos el empleo del término “admisible”, es técnicamente impropio (comparar §§ 842 ZPO y 138 inciso cuarto del ZPO). Estos actos procesales deben reunir requisitos, pero no vinculados con la admisibilidad-fundabilidad, sino con su validez y eficacia, produciendo o no los efectos que persiguen<sup>70</sup>.

Siendo que el ZPO, como obra legislativa no debiera ocuparse del tratamiento terminológico, no se contrapone a lo antes planteado, que por ejemplo, para el supuesto del retiro de la demanda, el tribunal se pronuncie mediante una resolución meramente declarativa, y se diga “admitir” el acto. Otro ejemplo para ilustrar, es el caso de los contratos procesales, como la prórroga de la competencia (comparar §§ 38 y 40 ZPO). Allí se emplea en forma impropia la “prórroga admisible”, ya que en realidad es “válida” o “inválida”. Recuérdese que justamente este caso, como depende y está predispuesto en pos del interesado, no es siquiera calificable como presupuesto procesal.

## 8. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto es posible plantear dos conclusiones básicas y, a partir de ellas algunos comentarios secundarios.

En primer lugar puede vislumbrarse que detrás de las controvertidas clasificaciones, terminología y categorías se esconden no solo visiones sobre el pro-

70. Ver Schumann, op. Cit., n. 234.

ceso , sino y principalmente sobre las bases constitucionales básicas a observar dentro de un sistema procesal que se propone ser el medio de tutela del derecho privado. En segundo lugar es posible -con una mayor o menor extensión de los términos – hablar de cuando estamos frente a una demanda u otro acto admisible no confundiendo ese juicio con el de fundabilidad.

Sobre estas bases puede concluirse lo siguiente:

- a. A partir de estas premisas es posible construir categorías con la voz “requisitos” y clasificarlos según su importancia, control de oficio y efectos.
- b. También puede distinguirse una especie que no entra técnicamente en la admisibilidad ni en la fundabilidad, que depende de la invocación oportuna por una de las partes y que tiene solo un rol de obstáculo o impedimento para la normal prosecución del proceso.
- c. Las categorías de “validez”, “existencia”, “eficacia” no se asimilan en sus consecuencias ni en sus supuestos a la “admisibilidad-inadmisibilidad” aun cuando puedan tener en común ciertos puntos de pivot objetivos, causales o subjetivos.
- d. La sentencia procesal de “inadmisibilidad” tiene efectos vinculantes y la parte no puede volver a interponer por ejemplo la misma demanda sin haber saneado los defectos que fundaron su rechazo.

# XVI

## A CONSTITUIÇÃO E AS SUAS NORMAS PROGRAMÁTICAS<sup>1</sup>

*Antonio D'Atena*

Catedrático de direito constitucional na Universidade de Roma, “Tor Vergata”.

**RESUMO:** O texto aborda o importante tema da eficácia e da plena aplicabilidade das normas constitucionais. Examina as características de uma Constituição como Lei de organização fundamental de um Estado que deve ser concretizada na realidade social. Investiga também como a Carta Constitucional pode expressar o sistema de princípios e valores de uma sociedade civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição – Lei – Aplicabilidade – Valores.

**SUMMARY:** The text approaches the important subject of the effectiveness and the full applicability of the constitutional rules. It examines the characteristics of a Constitution as Law of basic organization of a State that must be materialized in the social reality. It also investigates as the Constitution can express the system of principles and values of a civil society.

**KEY-WORDS:** Constitution – Law – Applicability – Values.

**SUMÁRIO:** 1. Premissas – 2. Marca ideológica (axiológica) dos textos constitucionais contemporâneos e a específica qualidade da legalidade constitucional – 3. A questão da prescrição das disposições programáticas da Constituição – 4. A Constituição como sistema de princípios e valores em conflitos recíprocos. O problema das prioridades – 5. Segue: a alternativa entre legislação e jurisdição – 6. As exigências de desenvolvimento da disciplina constitucional e a introdução de procedimentos «ad hoc».

### 1. PREMISSAS

O “gênero literário” Constituição apresenta uma peculiar característica de estilo. Refere-se ao fato que, nos documentos constitucionais, ao lado das disposições “completas” (ou *self-executing*) – ou seja, das disposições imediatamente capazes de produzir todos os efeitos em vista dos quais foram adotadas – figuram com notável frequência disposições não auto-suficientes. Essas últimas, para desdobrar todas as suas potencialidades, necessitam da intermediação do legislador. As normas executivas adotadas pelo legislador possuem, com efeito, a função de completar o conteúdo, face o alcance dos escopos por elas indicados.

1. Traduzido por Ana Carolina Marinho Marques

Trata-se de uma característica que o constitucionalismo moderno apresenta desde a sua origem. Isto é confirmado através das primeiras constituições históricas: as constituições referentes às colônias norte-americanas anteriores à formação dos Estados Unidos. Aqui os exemplos desta técnica normativa são numerosos. Pode-se citar a recorrente enunciação do princípio da separação dos poderes,<sup>2</sup> ou aquela do princípio da frequência das eleições<sup>3</sup>. Considera-se, ainda, as normas que obrigavam o Estado a construir escolas, a regular as sucessões de modo tal a evitar a “perpetuidade”<sup>4</sup>, a modificar a própria legislação penal para limitar a pena cruenta<sup>5</sup>, a prever cauções e multas de importo não excessivo<sup>6</sup>, ou a adotar uma legislação destinada a promover a virtude e impedir o vício e a imoralidade<sup>7</sup>.

O significado histórico-político de semelhantes enunciações não foge à regra.

Essas pressupõem o modelo de sociedade que os pais da Constituição pretendem realizar, indicando os objetivos a serem alcançados pelo legislador. Nas palavras de um grandíssimo jurista italiano, membro da assembléia constituinte (1946-1947) – Piero Calamandrei – poderia-se dizer que tais enunciações constituem um tipo de “revolução prometida”<sup>8</sup>.

Trata-se, ademais, de disposições, as quais se fundam, normalmente, em escolhas de valores dotadas de uma forte carga ideológica (ou axiológica).

## **2. A MARCA IDEOLÓGICA (AXIOLÓGICA) DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS E A ESPECÍFICA QUALIDADE DA LEGALIDADE CONSTITUCIONAL**

Tal marca ideológica (ou axiológica) é particularmente pronunciada nos textos constitucionais do século XX, os quais acolhem no seu corpo, numerosos enunciados deste tipo.

2. Maryland, VI, North Carolina, IV

3. North Carolina, XX.

4. North Carolina, XLIII: “That the future Legislature of this State shall regulate entails, in such a manner as to prevent perpetuities”; Vermont, Section XXXIV: “The future legislature of this State, shall regulate entails, in such manner as to prevent perpetuities”; Pensilvania: Sect. 37: “The future legislature of this state, shall regulate intails in such a manner as to prevent perpetuities”.

5. South Carolina, XL: “That the penal laws, as heretofore used, shall be reformed, and punishments made in some cases less sanguinary, and in general more proportionate to the crime”.

6. Vermont, Section XXVI: « Excessive bail shall not be exacted forailable offences: and all fines shall be moderate”.

7. Vermont, Section XLI : « Laws for the encouragement of virtue and prevention of vice and immorality, shall be made and constantly kept in force”.

8. Calamandrei, Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori, em Commentario sistematico alla Costituzione italiana, dirigido por P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, vol. I, p. XXXV, Idem, La Costituzione e le leggi per attuarla, em Aa.Vv., Dieci anni dopo, Bari, 1955, 215.

Trata-se, inicialmente, das disposições programáticas em sentido estrito, mediante as quais pressupõem as linhas de desenvolvimento do ordenamento, através da fixação dos objetivos que o legislador é chamado a alcançar.

À categoria pertencem – por exemplo – com relação à Constituição italiana, as disposições que impõem ao Estado a promoção das autonomias locais (art. 5 Const.), a proteção da juventude, da maternidade e da infância (art. 31, inciso 2, Const.), a tutela do sistema de poupança popular (art. 47 Const.), o desenvolvimento do artesanato (art. 45, inciso 2), a tutela da paisagem e do patrimônio histórico e artístico da Nação (art. 9, inciso 2), o direito de defesa da classe desfavorecida (art. 24, inciso 3). E poderia-se continuar ...<sup>9</sup>

Na mesma categoria podem ser, ainda, reconduzidas as disposições mediante as quais o constitucionalismo liberal respondeu à crítica das chamadas liberdades “burguesas”, exercida pelo pensamento de inspiração marxista<sup>10</sup>. Refere-se às cláusulas de direitos sociais<sup>11</sup>, as quais aparecem, pela primeira vez, na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Através dessas, se reconhecem direitos – como o direito à saúde (art. 32 Const. it.), à retribuição «suficiente» (art. 36 Const. it.), o direito à paridade no tratamento das mulheres trabalhadoras e dos menores (art. 37 Const. it.), à assistência social, na pluralidade de suas manifestações (art. 38 Const. it.), o direito ao trabalho (art. 4 Const. it.) – aos quais não se adapta a configuração eminentemente negativa das clássicas liberdades do século XIX, que integram o catálogo. Com efeito, tais direitos se apresentam como *direitos à prestação*, cujo proveito é subordinado a interventos positivos, na maioria confiados aos poderes públicos.<sup>12</sup>

9. Na constituição italiana existem cerca de vinte disposições programáticas. Além daquelas citadas no texto, podem ser lembradas as disposições que, respectivamente, promovem: a igualdade substancial (art. 3, inciso 2), as condições que tornam efetivo o direito ao trabalho (art. 4, inciso 1), a cultura e a pesquisa (art. 9, inciso 1), a tutela das minorias linguísticas (art. 6), a instrução dos alunos capazes e aplicados (art. 34, incisos 2, 3), a elevação profissional dos trabalhadores (art. 35, inciso 2), o incremento da cooperação em regime de reciprocidade (art. 45, inciso 1), o acesso à poupança popular para aquisição da casa própria (art. 47, inciso 2), a democracia do ordenamento das forças armadas (art. 52, inciso 3), a independência dos componentes do Conselho de Estado, do Tribunal de Contas (Corte dei Conti) (art. 100) e da Corte Constitucional (art. 137, inciso 1), como também dos juízes das jurisdições especiais, do ministério público junto às mesmas, e dos estranhos que participam da administração da justiça (art. 108, inciso 2).
10. Sobre o ponto: Battaglia, Dichiarazioni dei diritti, em Encicl. dir., XII, Milano 1964, 417 ss.
11. Sobre os problemas que o reconhecimento dos direitos sociais colocam, v., na literatura italiana: Mazziotti Di Celso, Diritti sociali, em Encicl. dir., XII, Milano 1964, 802 ss.; Baldassarre, Diritti sociali, em Encicl. giur. Treccani, XI, Roma 1988 (agora em Diritti della persona e valori costituzionali, Torino 1997, 123 ss.); Pace, Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale, II ed., Padova 1990, 59 ss.; Luciani, Sui diritti sociali, em Studi in onore di M. Mazziotti di Celso, Padova 1995, 97 ss.
12. A respeito, verificar, especialmente, Grossi, I diritti di libertà ad uso di lezioni, II. 1, seconda ediz., Torino 1991, 274 ss., como também, Mazziotti Di Celso, Diritti sociali, cit., 804. V., ademais, sobre os interventos positivos dirigidos a assegurar o pleno exercício dos mesmos direitos de liberdade: Pace, Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale, cit., 28, nt 1.

### 3. A QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO DAS DISPOSIÇÕES PROGRAMÁTICAS DA CONSTITUIÇÃO

O problema preliminar colocado pelas técnicas constitucionais examinado atentamente no parágrafo precedente é um problema de eficácia<sup>13</sup>. De fato, questiona-se se as enunciações que utilizam referidas técnicas sejam exclusivamente dirigidas ao legislador, ou se seriam dotadas de uma imediata característica prescritiva.

Em certos casos, o direito positivo se encarrega do problema. Analisemos – por exemplo – o art. 53, inciso 3, da Constituição espanhola vigente, o qual expressamente subordina a aplicação jurisdicional das disposições contidas no capítulo terceiro do título segundo da Constituição (referidos «principios rectores de la política social y economica») ao “*desarrollo*”, por parte do legislador, das disposições nela contidas<sup>14</sup>. Levando-se em consideração, ainda, o art. 1, inciso 3, da Lei Fundamental Alemã, o qual – adotando a solução oposta – estabelece que os direitos fundamentais contemplados na Constituição (alguns dos quais apresentam natureza de direitos sociais<sup>15</sup>) vinculem, «como direito imediatamente eficaz», os três poderes do Estado<sup>16</sup>.

Contudo, em geral, os textos constitucionais não oferecem indicações muito claras. Em tais casos, a alternativa enunciada no início do parágrafo apresenta uma enorme relevância.

Se se adota a primeira corrente, às disposições programáticas se reconhece a natureza de prescrições com eficácia diferida, as quais, inicialmente podem produzir efeitos juridicamente apreciáveis, no momento de sua aplicação pelo legislador, adotando as necessárias normas de atuação<sup>17</sup>. Sob esse aspecto, elas

13. Para uma síntese do debate sobre o assunto, verificar: Nania, *Il valore della Costituzione*, Milano 1986, 69 ss.; adde: Dogliani, *Interpretazioni della Costituzione*, Torino 1982, 27 ss.

14. Sobre o assunto, v. Rodriguez-Zapata, *Teoria y practica del derecho constitucional*, Madrid 1996, 129 (o qual dá notícia do endereço jurisprudencial segundo o qual tais princípios explicariam – mesmo independentemente da sua atuação legislativa – efeitos para fins de interpretação sistemática da Constituição e da interpretação conforme a Constituição das leis ordinárias).

15. ... como o direito à tutela da maternidade (art. 6, inciso 4) e a tutela assegurada aos filhos nascidos fora do casamento (art. 6, inciso 5).

16. “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”. Em geral, sobre a previsão: Starck, em Mangoldt, Klein, Starck (a cargo de), *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, IV ed, Muenchen 1999, vol. 1, sub Art.1, 123 ss.; com referência, respectivamente, à tutela da maternidade e dos filhos nascidos fora do casamento: Robbers, *ibidem*, sub Art. 6, 835, 841.

17. Posteriormente à entrada em vigor da Constituição italiana de 1947, esta corrente foi aceita pela jurisprudência prevalente, a qual, partindo do pressuposto de que as disposições programáticas fossem dirigidas exclusivamente ao legislador, negava que pudessem explicar uma imediata incidência sobre a legislação anterior. Assim, dentre outras: Cass. Pen., 7.2.1948, em Foro it., 1948, II, 57; Cons St., V, 26.5.1948, em Giur.it., 1948, III, 81; App. Brescia, 16.7.1948, em Corte Bresc., 1948, II, 72. Um quadro exaustivo das



seriam, pois, em última análise, entendidas como meras recomendações dirigidas ao Parlamento, como ambiciosas declarações de boas intenções. Se, por outro lado, se adere à segunda corrente, podem surgir três consequências.

Considera-se, particularmente:

- a) que elas estabeleçam um vínculo jurídico (e não meramente político) a cargo do legislador;
- b) que provoquem a ilegitimidade constitucional das normas hierarquicamente subordinadas com as mesmas incompatíveis;
- c) que concorram com as determinações dos princípios gerais do ordenamento, utilizáveis tanto para o suprimento das lacunas quanto em sede de interpretação sistemática.

Esta última representa a leitura afirmada na Itália para as disposições programáticas da Constituição, depois de um vigoroso debate, que viu o seu maior protagonista em um dos mais significativos constitucionalistas italianos do século XX: Vezio Crisafulli<sup>18</sup>. A Corte constitucional, com efeito, desde a sua primeira decisão, (sent. n. 1/1956), considerou a possibilidade de anular leis contrastantes com normas programáticas da Constituição.

Para avaliar o real alcance de tais soluções pode ser útil um exemplo contido no art.37 da Const. italiana. Referida disposição prevê que as condições de trabalho da mulher trabalhadora devem “consentir o cumprimento da sua essencial função familiar e assegurar à mãe e à criança uma especial e adequada proteção”.

Portanto, é evidente que, para realizar por inteiro o escopo indicado pela norma, a intervenção do legislador seja indispensável. Com efeito, somente o legislador, pode prever a licença remunerada para a maternidade<sup>19</sup>, benefícios previdenciais para as mães trabalhadoras<sup>20</sup> ou a obrigatória criação dos berçários nos lugares de trabalho. Isto não significa, entretanto, que, na espera de leis atuantes, a norma constitucional seja condenada à uma total ineficácia. Ela, na verdade, é idônea a tornar constitucionalmente ilegítimas eventuais normas legislativas que tivessem

---

diversas orientações expressas pela jurisprudência comum relacionadas às singulares disposições da nova Constituição pode-se extrair da *Rassegna di giurisprudenza sulla Costituzione e sugli Statuti regionali* (dal 1948 al 1955), em *Giur.cost.*, 1956, 272 ss.

18. Verificar, especialmente, os escritos contidos em Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, passim, cui adde Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze 1951, especialmente, 55 ss.

19. Sobre o nexo entre indenização diária para a maternidade, prevista pela lei italiana e a proteção constitucional da mãe trabalhadora, v., por exemplo, na jurisprudência constitucional, a sent. n. 132/1991, em *Giur.cost.*, 1991, 1265.

20. Sobre a necessidade de tais benefícios se aplicarem tanto às mães casadas quanto às não casadas: v.: Corte cost., sent. n. 281/2005, em *Giur. cost.*, 2005, 2734.

previsto a rescisão do contrato de trabalho por motivo de maternidade. E justifica, então, o anulamento de tais normas por parte da Corte constitucional<sup>21</sup>.

Mas, não é suficiente.

Pela presença na Constituição de normas programáticas de eficácia diferida, a jurisprudência pode até deduzir consequências mais intensas.

Um exemplo particularmente significativo a respeito na Itália, encontra-se no art. 36 inciso 1, o qual dispõe que aos trabalhadores seja determinada uma retribuição «suficiente» e proporcional à qualidade e quantidade do trabalho prestado.

Que se trata de uma disposição programática, é de plena evidência.

Essa, realmente, indica o caráter geral que a retribuição deve apresentar, mas não quantifica a própria retribuição. Não menciona – por exemplo – qual retribuição seja proporcional à qualidade do trabalho de um tipógrafo e qual à qualidade do trabalho de um enfermeiro ou de um anestesista...

Para que esta norma se torne operante, o art. 39 da Constituição prevê uma especial fonte do direito: o contrato coletivo de direito público, o qual deve ser estipulado pelas delegações compostas por *todos* os sindicatos “registrados” da categoria a qual o contrato se refere (trata-se dos chamados contratos coletivos *erga omnes*). A tal fonte de direito foi confiado, categoria por categoria, a fixação da relação entre qualidade do trabalho e medida da retribuição.

Mas, devido à oposição de muitos sindicatos, o art. 39, sessenta anos após a entrada em vigor da Constituição, não recebeu atuação. O legislador, na verdade, nunca disciplinou o procedimento para o registro dos sindicatos.

Surgem, então, duas consequências:

- que os contratos coletivos de trabalho existentes são de direito privado: assinados por cada um dos sindicatos (não registrados) e com eficácia limitada aos trabalhadores neles inscritos;
- que os trabalhadores não inscritos em nenhum dos sindicatos (ou, mais exatamente, não inscritos em sindicatos que tenham assinado o contrato coletivo) são privados de toda e qualquer tutela.

21. A questão não foi colocada nestes termos à Corte constitucional italiana, mas em termos parcialmente diversos. Tratava-se, na realidade, de uma norma que previa a ineficácia da rescisão do contrato de trabalho durante o período da gestação e de puerpério, até que a criança cumprisse um ano de idade. A Corte declarou a ilegitimidade constitucional da norma, a qual, por ser conforme ao art.37 Const., deveria ter previsto a nulidade, mas não a mera ineficácia da rescisão ocorrida em tal período. (sent. n. 61/1991, em Giur.cost., 1991, 222, com nota de Scaglione, *È nullo il licenziamento della lavoratrice madre*, *ibidem*, 2405 ss.).

Portanto, é evidente que, se os juízes italianos tivessem acolhido a primeira das duas teses indicadas no início do parágrafo, o art. 36 Const. teria se tornado letra morta.

Não foi, todavia, esta a estrada concretamente seguida pela jurisprudência. Esta, com efeito, para tutelar até mesmo os trabalhadores não inscritos em sindicatos, decidiu fazer uma direta aplicação do art. 36 Const. A partir desta norma, a jurisprudência deduziu o próprio poder de individuar o real valor da retribuição. Todavia, para evitar estimativas arbitrárias, decidiu reproduzir a citada medida dos contratos coletivos de trabalho do direito privado.

Sob este ponto de vista, de fato, os contratos coletivos de direito privado, embora não sendo juridicamente eficazes com relação aos trabalhadores não inscritos em sindicatos, forneceriam avaliações particularmente compatíveis com a correspondência entre qualidade do trabalho e a medida da retribuição. Desta forma, consentiria aos juízes o poder de “preencher” o art. 36 Const., completando a disciplina colocada pela norma e, conferindo, assim, um concreto conteúdo ao princípio da proporcionalidade da retribuição à “qualidade” do trabalho prestado.

#### **4. A CONSTITUIÇÃO COMO SISTEMA DE PRINCÍPIOS E VALORES EM CONFLITOS RECÍPROCOS. O PROBLEMA DAS PRIORIDADES**

O reconhecimento de que as disposições programáticas podem produzir efeitos anteriores à adoção de normas de atuação não resolve todos os problemas. Os valores que através tais disposições se tornam constitucionalizados, são, geralmente, heterogêneos. Às vezes, são valores em conflitos recíprocos.

A exatidão de tais observações é confirmada pela vigente constituição italiana, a qual – se lida atentamente – deixa transparecer uma estrutura axiológica particularmente articulada e complexa, incluindo valores como: a igualdade (entendida também em sentido substancial)<sup>22</sup>, a dignidade do homem<sup>23</sup>, a democracia<sup>24</sup>, o

22. Art. 3, incisos 1 e 2. Sobre igualdade substancial, verificar: Romagnoli, Il principio di eguaglianza sostanziale, em Comm. cost. Branca, I, Principi fondamentali, Roma-Bologna 1975, 162 ss.; Caravita, Oltre l'eguaglianza formale, Padova 1984.

23. Tais valores encontram direta enunciação nos arts. 41, inciso 2, art. 33 último inciso, e art. 36, inciso 1, os quais, respectivamente, prescrevem: a) que a iniciativa econômica privada não pode se desenvolver de forma que possa trazer dano à «dignidade humana»; b) que os tratamentos sanitários devem ser praticados com o devido «respeito à pessoa humana»; c) que a retribuição deve assegurar ao trabalhador e à sua família, uma existência «livre e digna». Isto é, ainda, subordinado a todas as normas sobre liberdade (a começar das normas sobre liberdade «pessoal») e a diversas disposições (como aquela que, proibidos os tratamentos «contrários ao senso de humanidade», enuncia o princípio do caráter reeducativo da pena: art. 27, inciso 2). O complexo de tais disposições deixa transparecer uma concepção do homem (Menschenbild) fundada, exatamente, na dignidade da pessoa.

24. Como exemplos, citamos o art. 1, inciso 1 (o qual qualifica como «democrática» a República), as normas sobre o direito de voto e sobre o referendun (arts. 48, 75, 123, inciso 1, 138), as disposições sobre assem-

pluralismo<sup>25</sup>, a liberdade<sup>26</sup>, a paz<sup>27</sup>, a unidade nacional<sup>28</sup>, a família<sup>29</sup>, a maternidade<sup>30</sup>, o trabalho<sup>31</sup>, a salubridade do ambiente<sup>32</sup>, a defesa nacional<sup>33</sup>.

Não é o caso de aprofundar o assunto. A intenção é destacar que a mais significativa característica estrutural dos documentos constitucionais contemporâneos é constituída exatamente pela presença simultânea de princípios e valores heterogêneos, em conflitos recíprocos<sup>34</sup> (Max Weber falava, a respeito, de politeísmo de valores<sup>35</sup>). Tal fato é consequência direta do caráter compromissório de grande parte das constituições do século XX (a partir da constituição de Weimar). Essas, frequentemente, são frutos do encontro, nas Assembléias constituintes, entre forças políticas portadoras de diversas visões do mundo (e, então: de diversos valores, ou, pelo menos de diversas prioridades entre os valores)<sup>36</sup>. Em consequência disto, a

---

bléias representativas (dos diversos níveis territoriais de governo), a previsão que subordina o registro dos sindicatos à subsistência de um ordenamento interno com base democrática (art. 39, inciso 3), a norma que impõe aos partidos o emprego do «método democrático» (art. 49), à disposição em virtude da qual o ordenamento das forças armadas deve ser marcado pelo «espírito democrático» da República (art. 52, último inciso, sobre o qual, neste aspecto: Balduzzi, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle forze armate*, Milano 1988, spec. 156 ss.).

25. Tal valor é derivado do inciso que reconhece essencial função das formações sociais as quais se desenvolve a personalidade do homem (art. 2, inciso 1), do princípio da promoção das autonomias locais (art. 5), das disposições sobre pluralismo religioso, sindical e livre associação em partidos (arts. 8, 39 e 49), do amplo reconhecimento da liberdade de associação, (art. 18), da norma que prevê a tutela das minorias linguísticas (art. 6).
26. Verificar, especialmente, os arts. 2, 13 ss.
27. Art. 11, o qual consente «limitações de soberania» dirigidas à criação de um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações. Sobre o assunto: Chieffi, *Il valore costituzionale della pace*, Napoli 1990.
28. ... derivado do princípio de «unidade» e «indivisibilidade» da República, nos termos do art.5, inciso 1, Const.
29. Verificar, além das disposições especificamente dedicadas ao fenômeno (arts. 29-32), existem aquelas que fazem referência indireta, como o art. 36 (que, conforme visto – objetiva, com a retribuição, assegurar uma existência livre e digna ao trabalhador e à sua família), ou o art. 37 (com referência à função familiar da mulher trabalhadora). Sobre o coordenamento sistemático de tais disposições, verificar Esposito, *Famiglia e figli nella Costituzione italiana*, em *La Costituzione italiana*. Saggi, Padova 1954, 144 ss.
30. Verificar art. 31, último inciso e art. 37, cit.
31. Art. 1, inciso 1 («A Itália é uma República Democrática, baseada no trabalho»), 4 (direito ao trabalho), 35 ss.
32. Verificar, sobretudo, os arts. 9 e 32. Sobre o assunto: Simoncini, *Ambiente e protezione della natura*, Padova 1996, 109 ss.
33. ... que o art. 52, inciso 1, qualifica como «sagrado» dever do cidadão.
34. Sobre tal complexidade axiológica, verificar: Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Königstein/Ts. 1980; Id., *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Freiburg-München 1981.
35. Verificar, por exemplo: Weber, *La scienza come professione*, em *Il lavoro intellettuale come professione: due saggi* (Nota introdutiva de D. Cantimori, trad. de A. Giolitti), Torino 1985, 31.
36. Fundamentais, sobre tal aspecto, com relação à Constituição de Weimar, mas em termos suscetíveis de extensão, as considerações de Schmitt, *Dottrina della Costituzione* (1928), trad. it. a cargo de A. Caracciolo, Milano 1984, 48 ss. Com específico respeito ao pacto que originou a Constituição italiana de 1947, v. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 30 ss. V., finalmente, em termos genéricos: Mortati, *Costituzione (dottrine generali)*, em *Encicl. dir.*, XI, Milano, 1962, 184 ss.

legalidade constitucional não é organizada em princípios informadores unitários nem homogêneos, ao contrário, apresenta conflitos axiológicos.

O fenômeno pode ser justificado em termos de particular evidência, mesmo com relação às disposições programáticas. Tais disposições, de fato, são suscetíveis de entrar em rotas de colisões recíprocas, todas as vezes que a plena realização do objetivo em que cada uma delas é predestinada, seja incompatível com os objetivos aos quais são dirigidos normas programáticas diversas.

Levando-se em consideração – por exemplo – os possíveis conflitos entre dois objetivos frequentemente contemplados pelas Constituições: a tutela ambiental e o desenvolvimento econômico. É, de fato, evidente que uma tutela ambiental *absoluta* não consentiria a criação de qualquer estrutura produtiva suscetível de explicar alguma incidência sobre o ambiente natural. Não permitiria, então, a criação de fábricas ou de centrais para a produção de energia elétrica, colocando, conseqüentemente, um conflito com o objetivo do desenvolvimento econômico. Por outro lado, é igualmente evidente que um desenvolvimento econômico também *absoluto* não respeitaria o ambiente, que seria sacrificado pelos objetivos da produção.

Contudo, – na realidade – o discurso pode ser feito em termos mais genéricos. O conflito axiológico pode, de fato, revelar-se também entre disposições ou disciplinas diversamente estruturadas. Levando-se em consideração, por exemplo, os conflitos entre a igualdade e a liberdade, sobre a qual se aventura uma inteira dinâmica das democracias liberais contemporâneas: a igualdade – como salientou com exemplar clareza Thomas Mann em um discurso feito na Universidade de Chicago em 1950 – contendo os germes da tirania, e a liberdade das dissoluções anárquicas<sup>37</sup>. Ainda – para dar um outro exemplo – o conflito entre a unidade e a autonomia (a dialética que marca os ordenamentos federais e regionais)<sup>38</sup>.

O maior problema que tal complexidade axiológica coloca é o da prioridade, para resolver os conflitos potenciais ou atuais entre valores.

37. Mann, *Meine Zeit*, agora em *Über mich selbst. Autobiographische Schriften*, Frankfurt am Main 1994, 25: “Sie widersprechen einander und können nie zu idealer Vereinigung gelangen, denn Gleichheit trägt in sich die Tyrannei und Freiheit die anarchistischen Auflösung”.

38. Relativamente, em atenção ao segundo conflito, verificar as clássicas elaborações de Triepel, *Unitarismus und Föderalismus im Deutschen Reiche. Eine staatsrechtliche und politische Studie*, Tübingen 1907, e de Fleiner, *Unitarismus und Föderalismus in der Schweiz und in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Jena 1931. Quanto ao primeiro conflito, entre os escritos mais recentes: D’Atena, *Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali*, em *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, organização de Jorge Miranda, Coimbra, 1996, v. 1, 437 ss.; Id, *La liberal-democrazia em Lezioni di diritto costituzionale*, II edição, Torino 2006, 41 ss. ao qual se remete para ulteriores considerações.

Em muitos casos, o problema é solucionado pela Constituição, a qual procede diretamente ao balanceamento entre valores por ela reconhecidos.

Na Itália, isso acontece – por exemplo – através do conflito entre duas polaridades da democracia liberal ou entre unidade e autonomia, que acabamos de mencionar e as quais encontram a própria composição na específica dosagem entre elementos antagônicos concretamente realizados pela disciplina constitucional.

Não faltam, ainda, outros casos em que o texto constitucional explicita claramente as prioridades sobre a qual a base constrói as próprias prescrições<sup>39</sup>.

A Constituição italiana, por exemplo, subordina expressamente a liberdade de manifestação do pensamento ao bom costume, vetando “as publicações impressas, os espetáculos e todas as formas de manifestação contrárias ao bom costume”, entendido segundo a interpretação corrente, como moral sexual (art. 21, inciso 6). Uma solução análoga é adotada com relação a um outro direito fundamental também garantido pela Constituição: a liberdade religiosa. O artigo 19 exclui, de fato, das garantias constitucionais os “ritos contrários ao bom costume”.

Prosseguindo com as exemplificações, é importante recordar que a Constituição italiana sempre subordina à sanidade a inviolabilidade do domicílio, prevendo expressamente inspeções domiciliares por motivo de saúde (art. 14, inciso 3), e subordina à incolumidade e à segurança pública a liberdade de reunião, estabelecendo que as reuniões em lugares públicos podem ser vetadas “somente por comprovados motivos de segurança ou de incolumidade pública” (art. 17, inciso 3).

Existem, todavia, casos em que as Constituições não estabelecem claras prioridades; não prevêm uma ordem hierárquica dos valores. Nestas hipóteses, o politeísmo dos valores mencionado por Max Weber caracteriza um Olimpo sem hierarquias.

Constituem conflitos privados de claros critérios de composições: aqueles entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental<sup>40</sup>, conforme anteriormente

39. Sobre este ponto: Baldassarre, Libertà, cit., 304, 306; Chieffi, Il valore costituzionale della pace, cit., 96 s.

40. Tal conflito é frequentemente ressaltado quando se trata das disciplinas colocadas pelos tratados comunitários. Verificar, por exemplo.: Bleckmann, Teleologie und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, em *Europarecht*, 1979, 243 ss.; Gerard, Intervento, em *AA.VV., L'Europe et ses Régions, Liège-La Haye 1975*, 144.

mencionado, ou aqueles entre a tutela da paisagem (art. 9 Const.) e a defesa nacional<sup>41</sup>, entre o direito de greve e os direitos da pessoa, suscetíveis de entrar em colisão com o primeiro<sup>42</sup>, entre a *privacy* (nos limites em que é constitucionalmente tutelada<sup>43</sup>) e o direito de crônica.

## 5. SEGUE: A ALTERNATIVA ENTRE LEGISLAÇÃO E JURISDIÇÃO

Para enfrentar os problemas dos conflitos não solucionados (ou não claramente solucionados), a doutrina indica duas soluções, as quais são, geralmente, apresentadas como alternativas.

A primeira – muito seguida na Alemanha – é aquela da necessária mediação legislativa. Sob esse aspecto, as prioridades deveriam ser estabelecidas pelo legislador, com autônoma decisão política<sup>44</sup>: uma decisão subtraída do sindicato da jurisdição constitucional.

A segunda corrente é aquela mais seguida na Itália. Com base nessa, a estrutura pluralística dos valores acolhidos pela Constituição demandaria um meta-valor: o da manutenção do equilíbrio entre os próprios valores. Em virtude de tal meta-valor, nenhum valor justificaria o pleno sacrifício dos valores concorrentes. Sob este aspecto, a técnica privilegiada é individuada no balanceamento (ou na harmonização) entre os valores, efetuados pelo juiz, com base em critérios de razoabilidade<sup>45</sup>.

Cada uma das duas teses contém um fundo de verdade.

41. Sobre jurisprudência constitucional a respeito, v. Chieffi, *Il valore costituzionale della pace*, cit., 95.

42. Sobre o tema, remete-se a D'Atena, *La legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali: profili sistematici*, em *Giust. civ.*, 1994 (e em *Studi Galeotti*, I, Milano 1998); Idem, *Lo sciopero nei servizi pubblici in Italia*, em *Il diritto del lavoro*, 1995; Idem, *Costituzione e autorità indipendenti. Il caso della Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi essenziali*, em *Lav. e dir.*, 1996 (publicado também em *Predieri (a cargo de)*, *Le autorità indipendenti nei sistemi costituzionali ed economici*, Firenze 1997); Idem, *Sciopero nei servizi pubblici essenziali*, em *Encicl.dir.*, III aggiornamento, Milano 1999.

43. Sobre os fundamentos e os limites de tal tutela, v. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, II ed., Padova 1992, 213 s.; Grossi, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, cit., 259 s. Adde, com específica atenção à experiência norte-americana: Baldassarre, *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*, Roma 1974, 361 ss;

44. Assim, por exemplo: Starck, *La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, em *AA.VV.*, *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra 1995, 70 (e referências ali contidas).

45. Verificar, sobretudo Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti giustizia*, Torino 1992, 11 s. Adde: Modugno, I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale, Torino 1995, 101: «No balanceamento (o direito singular entendido como valor de referência) poderá ser limitado, em razão da proteção dos valores com ele conflitantes (...) até o ponto de extremo conflito que não produza o seu total sacrifício, que não prejudique a sua não eliminável razão de ser».

Em certos casos, a não substituição da intervenção do legislador não pode ser colocada em discussão. A hipótese se refere – por exemplo – aos chamados *direitos de prestação*, os quais, embora podendo produzir efeitos mesmo antes da adoção de normas atuantes, podem se tornar *plenamente* operantes somente graças à tais normas<sup>46</sup>. É, de fato, evidente que somente o legislador pode oferecer à mãe trabalhadora a garantia da licença-maternidade. E é sempre, somente o legislador que, financiando a construção de hospitais públicos, pode dotar o direito à saúde contido no art. 32 da Const. italiana de efetividade que, caso contrário causaria problemas.

O que não se pode admitir é que ao órgão legislativo venha reconhecido um papel privilegiado, objetivando a solução da *totalidade* dos conflitos axiológicos presentes na Constituição. Isso, de fato, é fatalmente levado a resolver os conflitos presentes no texto constitucional, privilegiando um ou outro dos termos em conflito. E, desta forma, alterando, ou mesmo derrubando o equilíbrio contido na Constituição<sup>47</sup>.

É, por exemplo, razoável supor que, devendo fixar os limites ao exercício do direito de greve, uma maioria parlamentar de direita privilegiaria a exigência de produção (comprimindo fortemente o direito de greve), enquanto uma maioria de esquerda reconheceria uma maior amplitude à greve, sacrificando as exigências da produção.

Pode ser, ainda, o caso de acrescentar que, se se admite esta tese, seria reasumida a velha configuração das disposições programáticas como recomendações dirigidas ao legislador, chamado a dar às mesmas continuidade nos modos e nos tempos que considere mais oportunos (e, analisando em termos fundamentalmente indiscutíveis, do ponto de vista da legitimidade constitucional)<sup>48</sup>.

Por tais razões, nesta matéria, são abertos espaços não subestimáveis à jurisdição (e, sobretudo, à jurisdição constitucional). Não é – por outro lado – o

46. Sobre a questão, verificar, p. ex.: Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 59 ss.; Starck, *Über Auslegung und Wirkungen der Grundrechte*, em *Praxis der Verfassungsauslegung*, Baden-Baden 1994, 32 ss.; Denninger, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, em *Isensee/Kirchhof (a cargo de), Handbuch des Staatsrechts, V. Allgemeine Grundrechtslehren*, 1992, 315 ss. Sobre a eficácia, embora limitada, que as normas através das quais são reconhecidos tais «direitos» podem explicar anteriormente à adoção das normas de atuação, v. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 36 ss., 75 ss. Sobre as orientações da Corte Constitucional a respeito, verificar: Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova 1996, 370 ss.

47. Seguindo esta linha: Cerri, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»: spunti ed ipotesi per una distinzione*, em *Giur. cost.*, 1987, 1827; D'Atena, *Autorità di garanzia e qualità della legalità costituzionale*, em *AA.VV., Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti (Quaderni della Riv.trim.di dir. e proc.civ., n. 2)*, Milano 1997, 120 s.

48. Consideráveis observações a respeito em: Baldassarre, *Diritti sociali*, cit., 136 ss.



caso de que uma das técnicas as quais os órgãos de justiça constitucional fazem enorme uso seja constituída pelo *balancing test* entre os direitos, princípios ou bem protegidos, suscetíveis de serem colocados em conflitos recíprocos<sup>49</sup>.

No que tange à Itália, um exemplo particularmente significativo a respeito, se encontra na sent. n. 171 de 1996 da Corte constitucional, tendo por objeto a chamada greve dos advogados (ou seja, as abstenções coletivas dos advogados nas audiências, visando tutelar interesses da categoria)<sup>50</sup>.

O problema surgiu pelo fato de que a lei sobre a greve nos serviços públicos<sup>51</sup> não se ocupava do fenómeno. Em consequência disto, surgem duas interpretações opostas:

- poderia-se considerar que tal forma de abstenção coletiva, não configurando greve no senso técnico, fosse vetada;
- por outro lado, poderia-se considerar que a greve, não apenas era admitida, mas poderia ser exercida sem qualquer limite;

Para resolver a questão, a Corte efetuou o *balancing test* entre os dois valores constitucionais em conflito: o direito de defesa dos cidadãos e o direito dos advogados de tutelar de forma coletiva os próprios interesses (um direito, segundo a Corte, compreendido na liberdade de associação).

Acolhida a perspectiva do balanceamento, a Corte chegou à seguinte conclusão:

- de um lado, reconheceu aos advogados o direito de se abster de forma coletiva das audiências, para tutelar os interesses da categoria;
- de outro, determinou que tal direito deveria ser exercido dentro dos limites previstos pelo legislador referente à greve nos serviços públicos.

49. Com relação à experiência da Corte constitucional italiana, v., Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, em A.AVV., *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano 1993, 70 ss.; como também, para um exame analítico, Bin, R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 9 ss.; adde, como instrumento de comparação: Cerri, *Il «principio» come fattore di orientamento interpretativo e come valore «privilegiato»*, cit., 1806 ss.; Cervati, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e «bilanciamento» fra valori costituzionali* (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca), em *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (Atti del Seminario organizzato dalla Corte costituzionale nei giorni 13-14.10.1992), Milano 1994, 60 ss.; Regasto, *L'interpretazione costituzionale. Il confronto tra «valori» e «principi» in alcuni ordinamenti costituzionali*, Rimini 1997.

50. Sobre o assunto, o estudo mais aprofundado é o de Gianfrancesco, *“Sciopero” degli avvocati e Costituzione*, Milano 2002.

51. L. n. 146/1990.

Dentro deste contexto, a Corte declarou inconstitucional a omissão do legislador (que não havia estendido às abstenções coletivas dos advogados à disciplina prevista para o direito de greve).

Pelo exposto, deve-se, de qualquer forma, acrescentar que os recursos da jurisdição sobre a matéria não são ilimitados. Não pode, de fato, esconder que a intervenção do juiz (até mesmo do juiz constitucional) é colocado em perigo e apresenta limites.

O primeiro perigo é representado pela atribuição de um valor prescritivo às enunciações constitucionais que sejam privas de prescrição. A relevância vale – por exemplo – para compromissos «dilatatórios» (ou «impróprios»), os quais – para reproduzir as palavras de Carl Schmitt – encontram expressão em fórmulas constitucionais que, satisfazendo pretensões contraditórias, deixam «indecisos ... os verdadeiros pontos da disputa»<sup>52</sup>. Segundo Schmitt, um dos exemplos de compromissos dilatatórios oferecidos pela Constituição de Weimar era representado pela disciplina ditada em matéria de escola. Ao seu juízo, coexistiam três inspirações divergentes entre si: o princípio da escola de Estado, o da escola confessional e o da escola livre.

Em casos como este, é duvidoso que da Constituição possa ser deduzido consequências dotadas de um apreciável alcance diretivo, tal a endereçar os desenvolvimentos da legislação e a orientar a atividade do intérprete<sup>53</sup>.

O segundo perigo é representado pela possibilidade que a jurisdição constitucional substitua os cânones comuns interpretativos pela lógica dos valores, acreditando ser sempre chamada a realizar operações de balanceamento entre valores constitucionais.

Os riscos desta tese são, em geral, sublinhados com relação às disposições sobre os direitos fundamentais. Coloca-se em evidência, por exemplo, que, se os direitos de liberdade são resolvidos sem resíduos de valores, é atenuada de forma ampla a garantia das normas que os regula e acaba por confiar a tutela dos valores a operações de balanceamento inevitavelmente opináveis. A evidenciação

52. Schmitt, *La dottrina della costituzione*, cit., 48 ss., 52 ss. Sobre o assunto, v. também Barile, *La Costituzione come norma giuridica*, cit., 58 ss.

53. Na doutrina mais recente, o perigo que a jurisdição constitucional, reconhecendo valor diretivo a «vagas proclamações» constitucionais, ligue a ele os desenvolvimentos da normatização subordinada, expropriando o legislador ordinário das decisões políticas que lhe competem, é evidenciado, com particular energia, por Starck, *La légitimité, de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité*, cit., 67 ss. (v. também: *Die Verfassungsauslegung*, em Isensee/Kirchhof (a cargo de), *Handbuch des Staatsrechts*, VII *Normativität und Schutz der Verfassung - Internationale Beziehungen*, 1992, 197).

deste aspecto é mérito de Carl Schmitt<sup>54</sup>. A ele se deve a demonstração de que a transformação dos direitos em valores seja resolvida na transferência dos próprios direitos em uma escala hierárquica sujeita a contínuas transformações.<sup>55</sup> Então, para uma paradoxal heterogênesse dos fins, teorias que pretendem valorizar ao máximo a prescrição da Constituição, correm o risco de esvaziá-la.

Contudo, o discurso pode ser mais genérico. É sempre perigoso pretender solucionar cada problema de aplicação da Constituição com a questão do balanceamento entre valores.<sup>56</sup>

Este modo de proceder, de fato, expõe o órgão de justiça constitucional ao risco de se transformar, passando de juiz a árbitro da constitucionalidade<sup>57</sup>, com a consequente superação dos confins por ele marcados<sup>58</sup>.

## 6. AS EXIGÊNCIAS DE DESENVOLVIMENTO DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL E A INTRODUÇÃO DE PROCEDIMENTOS «AD HOC»

Existe, finalmente, um último ponto que se deve considerar. Em alguns casos, a harmonização entre os valores constitucionais em conflito recíproco – embora pedido pela Constituição – necessita de procedimentos de desenvolvimento da disciplina posta por ela, os quais consentem às exigências antagônicas de sair ao

54. Schmitt, *La tirannia dei valori*, em *Rass. dir. pubbl.*, 1970, 6.

55. Sobre tal aproximação, na jurisprudência constitucional italiana, e sobre a consequente desvalorização do significado das disposições constitucionais sobre direitos, v.: Bin, R., *Diritti e argomenti*, cit., 4 ss.; sobre a cedência que, sob esta perspectiva, acaba por caracterizar os direitos constitucionais: Mangiameli, *La «laicità» dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e «pluralismo confessionale e culturale»*. (A propósito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile), em *Dir. e soc.*, 1997, 46; Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, em *Quad. cost.*, 2001, 39 ss.

56. Sobre o assunto, v. Fois, *Principi e regole normative nell'opera di Vezio Crisafulli*, em *AA.VV.*, *Il contributo di Vezio Crisafulli alla scienza del diritto costituzionale*, Padova 1994, 249 ss.; Id., «Ragionevolezza» e «valori». *Interrogazioni progressive verso le concezioni sulla forma di Stato e sul diritto*, em *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., 103 ss., o qual evidencia o caráter fundamentalmente não liberal de tal modo a proceder; Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 116, que coloca em proteção contra o perigo «que a Constituição e as leis se reduzem... a um dado ignorável ou manipulável ao arbítrio»; adde: Mangiameli, *La «laicità» dello Stato*, cit., 42 s., 54, nt. 103; Poggi, *Il sistema giurisdizionale tra «attuazione» e «adeguamento» della Costituzione*, Torino 1995, 296 ss., especialmente 300 ss. Em sentido contrário, todavia: Mezzanotte, *Le fonti tra legittimazione e legalità*, em *Queste istituzioni* 1991, 50 ss., criticado, com argumentações compartilhadas, por Pace, *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello Statuto albertino e di qualche altra costituzione, agora em Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, 94 ss., nt. 193.

57. Rimoli, *Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori*, em *Giur.cost.*, 1992, 3776 s.

58. Sob esta linha, verificar Baldassarre, *Intervento*, em *Occhiocupo (a cargo de)*, *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Bologna 1978, 121 ss., que denuncia o uso difundido do critério da razoabilidade por parte da Corte constitucional.

descoberto, e – se é permitido dizer assim – de se confrontar<sup>59</sup>, subtraindo, desta forma, a solução dos conflitos a impalpáveis intuições do intérprete<sup>60</sup>.

Esta estrada encontra alguns exemplos, na Itália, na experiência madura em tema de Autoridades administrativas independentes.

Algumas de tais Autoridades, de fato, são chamadas a participar de procedimentos pelos quais os sujeitos levados às instâncias em conflito estejam em condições de dar lugar às exigências das quais se tornam intérpretes, contribuindo, assim, para fundar o *balancing test* sobre os elementos, apreciáveis e avaliáveis ao máximo possível.

O exemplo mais significativo a respeito é constituído pela Autoridade de garantia prevista pela lei da greve nos serviços públicos essenciais (lei a qual já nos referimos oportunamente a propósito da chamada greve dos advogados).

Referida lei move entre os pressupostos:

- primeiro: que o direito de greve, garantido pelo art. 40 da Const., possa entrar em rota de colisão com outros direitos constitucionais (como o direito à saúde ou à liberdade de circulação);
- segundo: que a total garantia do primeiro comportaria o total sacrifício do segundo;
- terceiro: que a total garantia destes últimos comportaria a supressão do direito de greve nos setores correspondentes.

Para consentir a coexistência dos direitos em conflito, a lei acolheu o princípio da harmonização: dispondo que entre tais direitos deve-se conquistar um aceitável equilíbrio. Esta, em particular, estabeleceu que, durante a greve o serviço não pode ser suspenso por inteiro, devendo ser fornecidas algumas prestações, dirigidas a garantir o conteúdo essencial dos direitos dos usuários dos serviços públicos.

Cumprе ressaltar que a lei não pretendeu individuar diretamente o ponto de equilíbrio entre direitos em potenciais conflitos, mas, para atingir tal objetivo, previu um procedimento que envolve todos os atores interessados: as empresas

59. A exigência de soluções procedimentais que promovem o «leal» confronto entre valores é evidenciada por Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 11 s., 168 s. Sobre a concretização procedimental dos princípios: Bartole, *Principi del diritto (diritto costituzionale)*, em *Encicl.dir.*, XXXV, Milano 1986, 532.

60. A expressão é de M. Mazziotti Di Celso, *Principi supremi dell'ordinamento costituzionali e forma di Stato*, em *Dir. e soc.*, 1996, 321.

prestadoras de serviços públicos, os sindicatos dos trabalhadores e as associações dos usuários dos serviços. Deste modo, criou condições para um tipo de confronto sincero, no curso do qual os diversos interessados envolvidos podem se manifestar. Desta forma, ofereceu à Autoridade de garantia, a quem compete a última palavra, todos os elementos necessários à sua avaliação.

O desfecho é de notável interesse. Esta, de fato, demonstra que a solução dos conflitos entre valores constitucionais não pode ser sempre e exclusivamente confiada ao legislador ou à jurisdição. Com efeito, existem casos em que acontece de providenciar mecanismos diversos, os quais colocam os mesmos valores em condições de se manifestarem e se confrontarem, subtraíndo, assim, o *balancing test* do risco de arbitrariedade.

Desta exigência, deveriam se encarregar os legisladores constitucionais, prevendo tais mecanismos na Constituição, o que, geralmente, não acontece

Esta linha foi seguida – por exemplo – pelo legislador constitucional italiano, na XIV legislatura, em uma lei de reforma da Constituição, que não entrou em vigor, tendo em vista que não foi aprovada pelo corpo eleitoral em sede de *referendum*. Referida reforma era, em muitos aspectos, posta em discussão. A disciplina sobre as Autoridades independentes contidas nesta lei era, ao contrário, uma disciplina apreciável. Este o teor da disposição correspondente<sup>61</sup>: “[1] Para o desenvolvimento de atividade de garantia ou vigilância em matéria de direitos de liberdade garantidos pela Constituição... a lei pode instituir oportunamente Autoridades independentes, estabelecendo a duração do mandato, os requisitos de elegibilidade e as condições de independência. [2] As Autoridades comunicam às Camaras os resultados das atividades desenvolvidas”.

Almeja-se, então, que em uma futura revisão constitucional, um conteúdo correspondente venha “recuperado” e que, em tal modo, venha adequada a parte organizativa com a parte substancial da Constituição, para dar à complexidade axiológica da segunda, as possibilidades de saída que os três clássicos poderes do Estado não são sempre capazes de assegurar. Deste modo, ainda, se dotaria de base constitucional o fenômeno das Autoridades independentes, que pelas suas características substanciais, deveriam encontrar na Constituição, a própria disciplina.

61. Art. 35, que previa a introdução, na Constituição, do art. 98 bis, cujo teor é mencionado no texto.



## XVII

# DA ESTRUTURA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PROTEÇÃO\*-1

Robert Alexy

Catedrático de Direito Público e Filosofia de Direito da  
Universidade Christians-Albrechts, Kiel.

**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 a proteção, concluindo que a positividade destes não acarreta uma ultradeterminação da atividade legislativa, sendo, ao invés, conciliável com a idéia 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 a 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.

\*. Texto republicado na íntegra, em razão de erro de impressão no número anterior desta Revista.

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. Traduzido por Artur Ferrari. O tradutor agradece a José Carlos Porciúncula Neto, Rose Solly, Manuela Ghissoni de Carvalho (*in memoriam*), Mirella Brito, Eduardo Jordão, Gustavo

**SUMÁRIO:** I. A expansão dos direitos fundamentais – II. O conceito de direitos a ações positivas do Estado – Iii. Direitos a 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 a proteção – VII. Espaços de ação: 1. O espaço de ação na escolha de meios; 2. O espaço de ação no estabelecimento de metas – Referências.

## I. A EXPANSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na Alemanha, a história dos direitos fundamentais na segunda metade do século XX 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”<sup>2</sup> por todo o sistema jurídico, tornando-se ubíquos. O segundo aspecto consiste no vínculo interno entre direitos fundamentais e máxima da proporcionalidade. Se esta máxima é aplicável aos direitos fundamentais, estes possuem, então, necessariamente, a estrutura de princípios ou mandamentos de otimização.<sup>3</sup> 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 a prestação. Essa tríade caracteriza o que são hoje, os direitos fundamentais na Alemanha. Naturalmente, tal desenvolvimento não se limita ao âmbito germânico. 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 positivas<sup>4</sup>, 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

---

Prazeres, Renata Ferrari, Carlos Martel Guanaes e Clara Mota, pelos valiosos comentários, sugestões e correções de versões preliminares da tradução, isentando-os de qualquer responsabilidade por eventuais equívocos e/ou imprecisões.

2. BVerfGE 7, 198 (207).

3. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 100-104.

4. Comparar, por exemplo, Corte Européia de Direitos Humanos, julgamento de 23.7.1968, Caso das línguas belgas, Série A, 6, p. 31; julgamento de 13.6.1979, Caso Marckx, Série A, 31, n.º. 31; julgamento de 26.5.1994, Keegan v. Irlanda, Série A, 290, n.º. 48 ss.



transformação fundamental e dramática do caráter da Constituição, que passaria de uma *ordem base* do processo democrático de formação de vontade para uma *ordem fundamental* da coletividade.<sup>5</sup> Porém, uma Constituição como ordem fundamental já conteria, ao menos “in nuce”,<sup>6</sup> todo o ordenamento jurídico.<sup>7</sup> 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”<sup>8</sup> 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”.<sup>9</sup>

Está correta essa crítica? Estaria, se a definida expansão através da ubiqüidade, otimização e atividade dos direitos fundamentais, de fato, implicasse que toda norma jurídica e toda decisão judicial já estivessem contidas 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 tipos completamente diferentes, que se deixam classificar juridicamente de modos diferenciados. Um deles é a classificação em (1) direitos a proteção, (2) direitos a organização e a procedimento e (3) direitos sociais.<sup>10</sup> Apesar de consideráveis distinções com relação à estrutura e ao conteúdo desses direitos, há uma caracte-

5. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, p. 197 ss.

6. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, p. 198.

7. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, p. 189.

8. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, p. 190.

9. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, p. 198; cf. também p. 194.

10. Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 296, 300-348.

rística 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.

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 consequências 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 a proteção.

Os problemas dos direitos a proteção, a seu 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 a 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 a 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 a proteção. Aqui, o problema da estrutura continuará sendo central.

### **III. DIREITOS A PROTEÇÃO E O PROBLEMA DA ULTRACONSTITUCIONALIZAÇÃO**

Direitos fundamentais a 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 a 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.<sup>11</sup> Esta crítica do ponto mais elevado deságua no mesmo 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 a proteção. O apelo de Böckenförde para o retorno aos direitos de defesa caminha nessa direção. Porém, há fortes razões a favor dos direitos a 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 a proteção. Os defensores dessa solução tendem a substituir a proporcionalidade pela idéia de uma medida mínima ou *standard* de proteção.<sup>12</sup> 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 a 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 a proteção; na segunda, da estrutura da proporcionalidade, e, na terceira, de alguns elementos dos espaços de ação.

#### IV. ALTERNATIVIDADE

A estrutura dos direitos a 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 a 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

11. Cf. LERCHE, Peter. "Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?", p. 205; LERCHE, Peter. "Facetten der „Konkretisierung“ von Verfassungsrecht", p. 21; WAHL, Rainer. "Der Vorrang der Verfassung", p. 504; SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*, p. 174.

12. Cf., por exemplo, ISENSEE, Josef. "Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht", p. 232.

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 a proteção possuem uma estrutura *alternativa* ou disjuntiva, ao passo que os direitos de defesa apresentam uma estrutura *conjuntiva*. 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 definitivo<sup>13</sup>, mas sim tantos contrários quantas alternativas houver. Todas as diferenças estruturais entre direitos de defesa e direitos a proteção se fundam nessa diferença. Isso se evidencia se associarmos a estrutura alternativa dos direitos a 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 a 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 a 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 a proteção e a verificação de uma intervenção, para a qual um bem coletivo é citado como justificação.

A máxima da proporcionalidade compreende três máximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, sendo, todas elas, a expressão da idéia de otimização.<sup>14</sup> Aplicar a máxima da proporcionalidade a direitos fundamentais significa tratá-los como mandamentos de otimização, é dizer, como princípios.<sup>15</sup> Por essa razão, será freqüentemente utilizada, a seguir, a expressão “princípio”, em vez de “direito”.

13. Cf. LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, p. 40.

14. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 100-104.

15. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 75 ss.

## 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 realizar um direito a 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 a 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 a proteção foi violado. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito é idêntica a uma regra que se pode chamar “lei da ponderação”<sup>16</sup>, 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 fator<sup>17</sup>, e apresenta o seguinte teor:

$$WP_{i,j}C = \frac{IPC \cdot WP_iA \cdot RPC}{SP_jC \cdot WP_jA \cdot RP_jC}$$

Depois, simplifiquei-a como segue:<sup>18</sup>

16. ALEXI, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 146.

17. ALEXI, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*, p. 406-408, 419.

18. ALEXI, Robert. “Die Gewichtsformel”, 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. ALEXI, Robert. “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, p. 446.

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

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 a 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  $P_j$ , em outros termos, 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.<sup>19</sup> 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. O Tribunal Constitucional Federal, em sua decisão

19. BverfGE 86, 1.

de 1992, procedeu a uma “ponderação relacionada ao caso”<sup>20</sup>, 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 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, que, no entanto, não poderia ser empregada na ponderação. 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 o seu emprego, 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 se a transformamos 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.<sup>21</sup> 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 “ $sss$ ”.

20. BVerfGE 86, 1.

21. Cf. ALEXY, Robert. “Die Gewichtsformel”, p. 786 ss.

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 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 a proteção. O Tribunal Constitucional Federal classificou de modo diferente a intensidade da intervenção no direito a 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 a 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 a proteção ( $I_j$ ), caso  $M$  não seja empregado, isto é,  $-M$ .

## VI. A QUESTÃO MAIS DIFÍCIL: VIOLAÇÃO AO DIREITO A PROTEÇÃO

As coisas se tornam bem mais difíceis ao se mirar na direção oposta e perguntar se o direito a proteção foi violado, por se ter negado ou concedido proteção em



medida demasiadamente escassa. Um exemplo clássico é o do aborto. Aqui se trata apenas da estrutura da relação entre direito a 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 dentro do referido período. 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 a 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 ( $U_i$ ) <sup>22</sup>		Intensidade de intervenção ( $I_j$ )
<i>s</i>	$M_1$	<i>s</i>
<i>m</i>	$M_2$	<i>m</i>
<i>m</i>	$M_3$	<i>m</i> ( $P_k$ )
<i>l</i>	$M_4$	<i>l</i>

Isso parece ser uma consequência 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

22. 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

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 a proteção. Esse elemento foi descrito como intervenção no direito a proteção através de  $\neg M$ ; a sua intensidade, representada através de  $I_i$ .  $I_i$  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 a 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 a proteção como a intensidade de não-proteção, que é gerada por meio da substituição de  $M_n$  pela medida de proteção inferior 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.<sup>23</sup>

23. 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

$M_3$  alcança a medida de proteção ( $U$ )  $m$  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 substancial<sup>24</sup>, poderia porventura justificar não escolhê-lo como meio interveniente igualmente adequado menos intenso, caso provocasse custos consideravelmente altos.<sup>25</sup> 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  $m$ .<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Porém, a estrutura dos problemas

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 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,  $M_1$  (cf. HAIN, Karl-Eberhard. "Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?", p. 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 conseqüência que a identidade da estrutura não implica a identidade do resultado.

24. CREMER, Wolfram. *Freiheitsgrundrechte*, p. 323.

25. BverfGE 77, 84 (110).

26. A respeito, cf. ALEXY, Robert. "Die Gewichtsformel", p. 791.

27. Em casos de três meios,  $M_1$ ,  $M_2$  e  $M_3$ , podem ser respectivamente atribuídas a  $I_1$  e  $I_1$  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 possibilidades aumenta exponencialmente. Não deve causar espanto se resultasse que um considerável número de problemas desconhecidos nos espantasse nessa selva de possibilidades. Afortunadamente, muitas combinações lógicas têm uma reduzida probabilidade

que surge da combinação de proporcionalidade e alternatividade permanece a mesma.

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 a 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  $M_p$ , 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 ( $l$ ) medida 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

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 a proteção ( $P_i$ ), ao passo que uma intervenção menos intensa em  $P_j(m, l)$  atenderia a uma não-proteção menos intensa ( $l, m$ ), é dizer, a uma maior proteção a  $P_i$ ? Em casos que tais, a vida vem em auxílio à lógica. De todo 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”. 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 a 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”. 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  $I_j(m, m)$ .

medida de realização ( $U_j$ ), diferentemente do que se passa nos casos de direitos a proteção.

A distinção entre  $I_i$  e  $U_i$  é de grande significado prático para a verificação da violação de um direito a proteção. Tratando-se da violação de um direito de defesa, ela não exerce, por sua vez, praticamente nenhum papel. A razão para tanto se torna clara ao se adicionar uma consequência 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 consequências:

$P_i$			$P_j$	
$I_i$	$U_i$		$I_j$	$U_j$
$\neg M_1: l$	$s$	$M_1$	$s$	$l$
$\neg M_2: m$	$m$	$M_2$	$m$	$m$
$\neg M_3: m$	$m$	$M_3$	$l$	$s$
$\neg M_4: s$	$l$	$M_4$	$l$	$s$

A redução do valor da intervenção de  $M_3$ , do lado do direito de defesa, de  $m$  para  $l$  tem como consequência 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 em  $P_j$ , 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 a 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 a proteção.<sup>28</sup>

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, de um lado,  $I_j$  e, de outro,  $U_i$  ou  $I_i$ , o que significa poder-se abdicar completamente de  $U_j$ . Este é um outro sinal da assimetria fundamental entre direitos a 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, 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 a proteção de modo algum exclui todo espaço de ação do legislador, como reinvidica 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 estrutural<sup>29</sup>, 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

28. Cf. BOROWSKI, Martin. “Grundrechtliche Leistungsrechte”, p. 319-320.

29. In ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 423, é utilizada apenas a expressão “estrutural”.

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, 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, frequentemente 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 a 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 a proteção. No que se refere à restrição 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-lhe a competência jurídico-constitucional para 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 a proteção, que proíbem definitivamente ao legislador empregar

um meio abaixo do qual a desproporcionalidade começa. 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 a proteção é, pois, relevante, mas não determinante.<sup>30</sup> 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 a 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 a proteção.

O legislador pode decidir por uma política de proteção que favoreça os direitos a proteção; pode, também, decidir 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, § 1º, da Lei Fundamental, na condição de direito de defesa, colide com o dever de proteção do Estado em face dos empregados, igualmente resultante do mencionado dispositivo 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”.<sup>31</sup> 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”.<sup>32</sup> Neste ponto 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

30. ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, p. 26.

31. BverfGE 97, 169 (176).

32. Ibidem.



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 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*”<sup>33</sup>. 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 a 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.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. ed., Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1996.
- ALEXY, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- ALEXY, Robert. “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61 (2002), p. 7-30.
- ALEXY, Robert. “Die Gewichtsformel”. In JICKELI, Joachim; KREUTZ, Peter; REUTER, Sieter (Org.). *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin: Walter de Gruyter, 2003, p. 771-792.
- ALEXY, Robert. “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison”, *Ratio Juris* 16 (2003), p. 433-449.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”. In \_\_\_\_\_. *Staat, Verfassung, Demokratie*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, p. 159-199.
- BOROWSKI, Martin. “Grundrechtliche Leistungsrechte”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 50 (2002), p. 301-329.
- CREMER, Wolfram. *Freiheitsgrundrechte*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

33. BverfGE 97, 169 (180) – destaque de R. A.

- HAIN, Karl-Eberhard. “Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?”, *DVBl* 1993, p. 982-984.
- 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: C. F. Müller, 1992, p. 143-241.
- LERCHE, Peter. “Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?”. In BURMEISTER, Joachim (Org.). *Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern*. München: C. H. Beck, 1997, p. 197-209.
- 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: Symposion zu Ehren von Claus-Wilhelm Canaris*. München: C. H. Beck, 1998, p. 7-26.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- SCHERZBERG, Arno. *Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität*. Berlin: Duncker & Humblot, 1989.
- WAHL, Rainer. “Der Vorrang der Verfassung”, *Der Staat* 20 (1981), p. 485-516.

## DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS (1980-2009.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	<b>Antônio Carlos Araújo de Oliveira</b>	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22/08/1980
02	<b>Antônio Ezequiel da Silva</b>	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22/08/1980
03	<b>Edvaldo Pereira de Brito</b>	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22/08/1980
04	<b>Elsior Moreira Alves</b>	O Direito Econômico no Estado Novo – 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22/08/1980
05	<b>Geraldo Sobral Ferreira</b>	Diretor, Sociedade Anônima – Relação Jurídica	Orlando Gomes	22/08/1980
06	<b>Hermano Augusto Palmeira Machado</b>	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22/08/1980
07	<b>João Oliveira Maia</b>	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
08	<b>Jonhson Barbosa Nogueira</b>	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22/08/1980
09	<b>José Castro Meira</b>	Consequências Cíveis do Ilícito Penal	Adhemar Raymundo da Silva	22/08/1980
10	<b>Paulo Roberto Bastos Furtado</b>	Juízo Arbitral	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
11	<b>Pedro Manso Cabral</b>	A Lei do Divórcio e o Novo Regime Legal de Bens no Brasil	Orlando Gomes	22/08/1980
12	<b>Rogério Ataíde Caldas Pinto</b>	Empresa – Aspectos Econômicos e Jurídicos	José Martins Catharino	22/08/1980
13	<b>Ruy Santos Tourinho</b>	Natureza Jurídica do Protesto Cambial	João de Mattos Antunes Varela	22/08/1980
14	<b>Arx da Costa Tourinho</b>	As Normas Constitucionais da Ordem Econômica e Seus Efeitos Jurídicos	Nelson de Souza Sampaio	22/10/1980
15	<b>Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres</b>	Jurisdição Trabalhista	José Joaquim Calmon de Passos	28/08/1981
16	<b>Francisco Wildo Lacerda Dantas</b>	Usufruto da Empresa	Hermano Machado	30/11/1984
17	<b>José Carlos Murтинho Nobre Gomes</b>	O Contrato de Know-how e a Transferência de Tecnologia.	Pedro Manso Cabral	30/11/1984
18	<b>Silvia Campos França Conhin</b>	Aspectos Jurídicos dos Grupos de Sociedade	Orlando Gomes	30/11/1984
19	<b>Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro</b>	O Direito Tributário, o Estado de Direito e o Desenvolvimento Nacional	Sylvio Santos Faria	29/03/1985
20	<b>Sérgio Sanches Ferreira</b>	O Contrato Factoring – uma Solução para as Pequenas e Médias Empresas do Brasil	Geraldo Sobral Ferreira	20/12/1985
21	<b>Rita de Cássia Simões Moreira Santos</b>	O Bem Jurídico Imagem e sua Utilização	Washington Luiz da Trindade	28/05/1988
22	<b>Marcus Vinícius Americano da Costa</b>	Grupo Empresário no Direito do Trabalho	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	05/08/1988
23	<b>Ninaldo Aleluia Costa</b>	Justiça Agrária para o Brasil	Orlando Gomes	05/08/1988
24	<b>Olindo Herculano de Menezes</b>	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 (1980-2009.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
44	<b>Deraldo Dias de Moraes Neto</b>	Contrato de Franchising	Hermano Machado, Geraldo Sobral, Pedro Manso Cabral	01/09/1995
45	<b>Jussara Maria Salgado Lobo</b>	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Sylvio Farias, Jose Abreu, Hermano Machado	09/10/1995
46	<b>Heron José de Santana</b>	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Washington Trindade, Antonio Herman V. Benjamim Pedro Manso Cabral	01/07/1996
47	<b>João Augusto de O. Pinto</b>	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	<b>Nilza Maria Costa dos Reis</b>	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, José Abreu, Hermano Machado	05/09/1996
49	<b>João Vargas Leal Júnior</b>	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	<b>Nágila Maria Sales Brito</b>	O Concubinato e Seus Efeitos Econômicos	Pedro Sampaio, Washington Trindade, Pedro Manso Cabral	03/06/1997
51	<b>Adão de Assunção Duarte</b>	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrópicos	Washington Trindade, George Modesto, Edvaldo Pereira de Brito	16/06/1997
52	<b>Paulo Roberto Lyrio Pimenta</b>	A Norma Constitucional Programática	Washington Trindade, Edvaldo Brito, Antonio Carlos A. de Oliveira	07/07/1997
53	<b>José Diniz de Moraes</b>	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Luiz de P. Pedreira, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	17/07/1997
54	<b>Pedro Braga Filho</b>	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Nilza Reis, Pedro R. Bastos Furtado, Hermano Machado	26/03/1998
55	<b>Carlos Alberto Araponga Dória</b>	Items – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo Casali Bahia, Sylvio Santos Farias	07/04/1998
56	<b>Andremara dos Santos</b>	Juiz: Senhor da Constituição? ( o Retorno do Direito Pretoriano)	George Modesto, Odete Medauar, Edvaldo Pereira de Brito	12/06/1998
57	<b>Durval Araújo Portela Filho</b>	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	<b>Kadja Maria Ribeiro Parente</b>	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	<b>Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé</b>	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar,	27/07/1998
60	<b>Sérgio Novais Dias</b>	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	<b>Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes</b>	Concessão de Serviço Público: a Revivência de Um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	23/11/1998
62	<b>Roberto Cavalcanti Sampaio</b>	Franchising: Reflexos Jurídicos Nas Relações das Partes	Nilza Reis, Washington Luiz da Trindade, Maria Magnolia L. Guerra	26/04/1999
63	<b>Adhemar Bento Gomes Filho</b>	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	<b>Dirley da Cunha Júnior</b>	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo Bessa Antunes, Wilson Alves de Souza	24/09/1999
65	<b>Vera Maria Veigand</b>	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado, Johnson B. Nogueira, Nelson S. Junior	06/10/1999
66	<b>Ricardo Cesar Mandarino Barreto</b>	Idéias Sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado, Denise Lucena Cavalcanti, Carlos Ayres Brito	23/11/1999
67	<b>Antonio Augusto Brandão de Aras</b>	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, Roberto Rosas	12/05/2000
68	<b>Angélica de Mello Ferreira</b>	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	<b>José Gomes Brito</b>	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	<b>Mario Jorge Philocreon de Castro Lima</b>	Investigação Sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria, Willis Santiago, Carlos Alberto Araponga Dória	13/06/2000
71	<b>Celso Luiz Braga de Castro</b>	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado, Germana de Oliveira Moraes, Menelick de Carvalho Netto	17/08/2000
72	<b>Cláudio Alberto Gusmão Cunha</b>	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral, Saulo Casali Bahia	19/12/2000
73	<b>Sebastião Borges de Albuquerque Mello</b>	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas – Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim, Dirceu de Mello, Willis Santiago Guerra Filho	20/12/2000
74	<b>Monica Neves Aguiar da Silva Castro</b>	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	<b>Yuri Carneiro Coelho</b>	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	<b>Robério Nunes dos Anjos Filho</b>	A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim, Saulo Casali Bahia, Menelick de Carvalho Neto	30/11/2001
77	<b>Bruno Espiñeira Lemos</b>	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 (1980-2009.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
78	<b>Marco Aurélio de Castro Júnior</b>	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	06/12/2001
79	<b>Claudio Cairo Gonçalves</b>	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	<b>Francisco Bertino Bezerra de Carvalho</b>	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	<b>Cleonice de Souza Lima Santos</b>	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	<b>Fredie Souza Didier Júnior</b>	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	<b>Milton Moreira de Oliveira</b>	Medidas Coercitivas Patrimoniais, Efetividade e Celeridade da Tutela Trabalhista	Johnson Meira Santos, Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Mário Pamplona Filho	08/04/2002
84	<b>Selma Reiche Bacelar</b>	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade, Maria Auxiliadora Minahim, Juliette Robichez	22/04/2002
85	<b>Cinzia Barreto de Carvalho</b>	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	<b>Daniela Ferreira Marques</b>	Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Luiz da Trindade, Juliette Robichez	08/08/2002
87	<b>Jayme Baleeiro Neto</b>	As Organizações Sociais e o Controle dos Tribunais de Contas	Edivaldo Boaventura	23/08/2002
88	<b>José Barroso Filho</b>	Dano Ambiental: Sanção	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo R. L. Pimenta, Júlio César de S. Rocha	03/10/2002
89	<b>Arthur de Oliveira Maia da Silva</b>	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	<b>Luiz Cláudio Magalhães Madeira</b>	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade, Cicero Virgulino da S. Filho, Johnson Meira	25/10/2002
91	<b>Luciano Dorea Martinez Carreiro</b>	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho	22/11/2002
92	<b>Ronald Olivar Amorim e Souza</b>	Grêve & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira, Johnson Meira, Rodolfo Pamplona Filho	12/12/2002
93	<b>Maria Paula Nogueira D'Ávila</b>	Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização: uma Proposta de Atuação Sindical Global	Washington Trindade, Juliette M. M. Robiche, Johnson Meira	13/12/2002
94	<b>César Faria Júnior</b>	O Término do Processo Administrativo Fiscal como Condição da Ação Penal Nos Crimes Contra a Ordem Tributária.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo Brito, Dirceu de Mello	16/12/2002
95	<b>João Carlos Macêdo Monteiro</b>	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	<b>Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé</b>	A Imunidade Tributária do Livro Eletrônico	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto	31/01/2003
97	<b>Denise L. Fontes Alberto Leopoldo</b>	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	<b>Cecília Teixeira de Souza Oliveira</b>	A Expressão da Extrafiscalização na Cofins	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto L. Pimenta, Ubirajara Coelho Neto	12/05/2003
99	<b>Auristela Oliveira Reis</b>	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, André de Carvalho Ramos	16/05/2003
100	<b>Ana Paula de Almeida Lima Leal</b>	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	<b>Pompeu de Sousa Brasil</b>	Blocos Econômicos: Aparelhamento Jurídico e Perspectiva no Âmbito do Mercosul	Saulo Casali Bahia, Edvaldo Pereira Brito, Ubirajara Coelho Neto	26/05/2003
102	<b>Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa</b>	A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos	Saulo Casali Bahia, Washington Trindade, Rodolfo M. Pamplona Filho	28/05/2003
103	<b>Itamar Jezler Campello</b>	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	<b>Pedro Lino de Carvalho Júnior</b>	A Lesão Consumerista no Direito Brasileiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Monica Aguiar Silva, Roxana Borges	16/12/2003
105	<b>Ricardo Maurício Freire Soares</b>	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	<b>Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda</b>	A Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Consumo	Saulo Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Rodolfo Pamplona Filho	18/12/2003
107	<b>Reinaldo de Souza Couto Filho</b>	A Impenhorabilidade do Bem de Família em Relação Às Dívidas Condominiais	George Fragoso Modesto, Washington Luiz da Trindade, Mario Rodrigues Barbosa	18/12/2003
108	<b>Maria Elisa da Silva Villas-Bôas</b>	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	<b>Antonio Lima Farias</b>	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	<b>Rafael Carrera Freitas</b>	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	<b>Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann</b>	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao Nome: Identidade e Tecnologia	Monica Aguiar Neves, Edvaldo Brito, Camilo Coloni	24/05/2004
112	<b>Eduardo Sodré</b>	O Processo Cognitivo Nos Juizados Especiais Cíveis	Jonhson Meira, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	11/06/2004



Dissertações defendidas (1980-2009.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
113	<b>João Marinho da Costa</b>	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	<b>Sidney Pessoa Madruga</b>	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.	Edivaldo Boaventura, Manoel Jorge e Silva Neto, Kebengele Munanga	09/12/2004
115	<b>Camila Lemos Azi</b>	O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil	Mario Rodrigues Barbosa, Roxana Cardoso Borges, Rodolfo Pamplona Filho	16/12/2004
116	<b>Antonio Oswaldo Scarpa</b>	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Pelo Poder Judiciário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto, Marco Aurélio Greco	06/05/2005
117	<b>Gamil Foppel El Hireche</b>	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	<b>Cláudio Mascarenhas Brandão</b>	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	<b>Pedro Alexandre de Araújo</b>	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-Jurídicos	Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. Mascarenhas	12/05/2005
120	<b>Maria da Graça B. de Athayde de A Varela</b>	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito, Luiz Alberto David Araújo, Dirley Cunha Júnior	31/05/2005
121	<b>Leonardo Vieira Santos</b>	Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Monica Neves Aguiar, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Rodolfo Pamplona	03/06/2005
122	<b>Rosemília Dias da Silveira Tannus</b>	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas.	Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Mônica Aguiar	03/06/2005
123	<b>Alvaro Emanuel de Oliveira Simões</b>	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	<b>Geisy Fiedra Rios P. de Almeida</b>	Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste	Saulo Casali Bahia, Pedro Sampaio, João Grandino Rodas	25/07/2005
125	<b>Leonardo Tochetto Pauperio</b>	A Cidadania Mínima: Relação Jurídico-Constitucional da Extinção da Fome e do Alívio Voluntário da Dor	Maria Auxiliadora Minahim, George Fragozo Modesto, Lenio Luiz Streck	08/09/2005
126	<b>Julio Cezar Lemos Travessa</b>	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia, Alessandra Rapassi, Paulo Queiroz	11/01/2006
127	<b>Lizea Magnavita Maia</b>	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
128	<b>Nilson Roberto da Silva Gimenes</b>	O Direito de Objeção de Consciência Às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia, Monica Aguiar Silva, Camilo Colani	03/02/2006

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
129	<b>Clodoaldo Silva da Anunciação</b>	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Luiz da Trindade, Johnson Meira Santos, Cicero Virgulino da Silva Filho	06/02/2006
130	<b>Jaime Barreiros Neto</b>	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
131	<b>Maurício Souza Sampaio</b>	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Roberto Lyrio Pimenta	17/02/2006
132	<b>Pedro Leonardo Summers Caymmi</b>	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
133	<b>Perpetua Leal Ivo Valadão</b>	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
134	<b>Sara de Almeida Borges</b>	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
135	<b>Pedro Pessoa Lepikson</b>	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier, Roxana Cardoso Borges, Luiz Edson Fachin	17/05/2006
136	<b>Ivana Carla C. de Macedo Senna</b>	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
137	<b>Belmiro Vivaldo Santana Fernandes</b>	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
138	<b>Erica Vericia de Oliveira Canuto</b>	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves, Rodolfo Mario Pamplona Filho, Camilo Coloni	30/05/2006
139	<b>Maurício Dantas Góes e Góes</b>	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e Seu Deficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo Casali Bahia, Jose Joaquim Calmon de Passos	21/06/2006
140	<b>Carlos Martheo C. Guanaes Gomes</b>	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia, Rodolfo Pamplona Filho, Júlio Rocha	30/06/2006
141	<b>Ludmyla Franca</b>	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
142	<b>Rodrigo Moraes</b>	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Pamplona Filho	06/07/2006
143	<b>Antonio Adonias Aguiar Bastos</b>	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
144	<b>Jose Amando Júnior</b>	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
145	<b>Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</b>	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Aldacy Rachid Coutinho	06/10/2006

Dissertações defendidas (1980-2009.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
146	<b>Soraya Santos Lopes</b>	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
147	<b>Lívia Maria e Sant'ana</b>	Ações Afirmativas: Aplicação Às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito, Heron José de Santana, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
148	<b>Joseane Suzart Lopes da Silva</b>	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
149	<b>Antonio Carlos Paula de Oliveira</b>	O Exercício Abusivo do Direito à Intimidade Pelo Empregado no Caso de Revista Pessoal	Jonhson Meira, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	16/11/2006
150	<b>Wagner Mota Alves de Souza</b>	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
151	<b>Rafael Menezes Trindade Barretto</b>	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binenbojm,	26/01/2007
152	<b>Rodrigo Bastos de Freitas</b>	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
153	<b>André Luiz Batista Neves</b>	A Interpretação Conforme à Constituição e Seus Limites	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Daniel Sarmento	09/02/2007
154	<b>Tarsis Barreto Oliveira</b>	O Patenteamento de Seres Vivos e As Repercussões Jurídicas na Biotecnologia	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Trindade, Rosângela Lunardelli	15/03/2007
155	<b>Marialva de Castro Calabrich Schlusing</b>	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
156	<b>Iran Furtado de Souza Filho</b>	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
157	<b>Roberto Levy Bastos Manatta</b>	O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade	Edivaldo Boaventura, Washington Trindade, José Joaquim Calmon de Passos	27/03/2007
158	<b>Renato Amoedo Nadier Rodrigues</b>	Direitos dos Acionistas Minoritários	Alirio Fernando B. de Souza, Washington Trindade, Edivaldo Boaventura	02/04/2007
159	<b>Robson Sant'Ana dos Santos</b>	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
160	<b>Cristiane de Araújo Góes Magalhães</b>	Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Marciano Seabra Godoi, Dirley da Cunha Junior	23/04/2007
161	<b>Laurício Alves Carvalho Pedrosa</b>	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges, Washington Luis da Trindade, José Rubens Morato Leite	04/05/2007
162	<b>Flavia da Fonseca Marimpietri</b>	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo M. Veiga Pamplona, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	18/05/2007

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
163	<b>Ana Beatriz Lisboa Pereira</b>	Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial	Fredie Didier Júnior, Luís Guilherme Marinoni, Rodolfo M. Veiga Pamplona	25/05/2007
164	<b>Kamila Assis de Abreu</b>	Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira	Roxana Cardoso B. Borges, Heron José de Santana, Marcelo Dias Varella	04/06/2007
165	<b>Alessandro Ribeiro Couto</b>	As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, André Ramos Tavares, Dirley Cunha	06/06/2007
166	<b>Fabio Periandro de A. Hirsch</b>	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
167	<b>Michelle Crisitine Assis Couto</b>	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007
168	<b>Alassana Valdez</b>	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
169	<b>Sílvia Lorena Villas Boas Souza</b>	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
170	<b>Deivid Carvalho Lorenzo</b>	Pesquisas Genéticas Comélulas – Tronco Embrionárias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
171	<b>Emmanuela Vilar Lins</b>	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico.	Mônica Neves Aguiar, Leocir Pessini, Maria Auxiliadora Minahim	27/09/2007
172	<b>Patrícia da Costa Santana</b>	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, Andreas Joachim Krell, Heron José de Santana	28/09/2007
173	<b>Renata Figueiredo Brandão</b>	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Saulo José Casali Bahia Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	01/10/2007
174	<b>João Alves de Almeida Neto</b>	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
175	<b>Leandro Lopes Paraense</b>	Redefinição da Propriedade como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Washington Trindde, Nelson Mannrich, Rodolfo M. V. Pamplona Filho	11/10/2007
176	<b>Paula Sarno Braga</b>	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
177	<b>Cristiano Miranda de Santana</b>	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
178	<b>Juvenal José Duarte Neto</b>	Súmula Vinculante como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007

Dissertações defendidas (1980-2009.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
179	<b>César Cintra Fonseca</b>	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
180	<b>Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves</b>	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
181	<b>Kaline Ferreira Davi</b>	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
182	<b>Sérgio Neeser Nogueira Reis</b>	Limitações Jurídicas os Pesquisas em Células-Tronco Embrionárias	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
183	<b>Carlos Frederico Guerra Andrade</b>	Direito à Intimidade Genética na Relação de Emprego	Monica Neves Aguiar da Silva, Edilton Meileres, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
184	<b>Atila Djawara Moreira Ferreira</b>	Normas Constitucionais Programáticas na Ordem Jurídica Guineense	Saulo José Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edivaldo Machado Boaventura	25/03/2008
185	<b>Jailson de Souza Correa</b>	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
186	<b>Ilzver de Matos Oliveira</b>	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
187	<b>Irena Carneiro Martins</b>	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
188	<b>Geder Luiz Rocha Gomes</b>	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
189	<b>Salomão Resedá</b>	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
190	<b>João Glicério de Oliveira Filho</b>	Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
191	<b>Bianca da Silva Alves</b>	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
192	<b>Priscila da Mata Cavalcante</b>	O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, André de Carvalho Ramos	03/04/2008
193	<b>Eugênio de Souza Kruschewsky</b>	Responsabilidade Civil e Células-Tronco	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Eroulths Cortiano Junior	04/04/2008
194	<b>Luciano Lima Figueiredo</b>	A Função Social das Patentes de Medicamentos	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Boaventura	04/04/2008
195	<b>Cláudio dos Passos Souza</b>	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
196	<b>Erica Rusch</b>	Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais	Fredie Didier Junior, Roxana Cardoso B. Borges, Marcelo Abelha Rodrigues	15/04/2008
197	<b>Miguel Calmon Teixeira Branco</b>	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
198	<b>Adrienne Mônica Oliveria Souza</b>	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
199	<b>Valdir Ferreira de Oliveira Júnior</b>	O Estado Constitucional Solidarista	Manoel Jorge e Silva Neto, Heron José de Santana, José C. Monteiro de Brito Filho	24/04/2008
200	<b>Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho</b>	Jurisdição no Estado do Bem Estar e do Desenvolvimento	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
201	<b>Manoel Carlos de Almeida Neto</b>	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
202	<b>Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar</b>	Efeito Vinculante e Concretização do Direito	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	23/08/2008
203	<b>Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz</b>	O Perfil das Ações Filiatórias à Luz da Era Dna	Roxana Cardoso B. Borges, Erouths Cortiano Júnior, Mônica Neves Aguiar	11/10/2008
204	<b>Juliana Pinheiro Damasceno e Santos</b>	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, Washginton Luiz da Trindade, Cláudio Roberto C. Bezerra Brandão	14/11/2008
205	<b>Flora Augusta Varela Aranha</b>	Justiça Consensual e Meio Ambiente: Uma Análise à Luz do Termo de Ajustamento de Conduta	Heron J. de Santana Gordilho, Maria Elisabete P. dos Santos, Manoel Jorge e Silva Neto	27/11/2008
206	<b>Alexandre Gentil Corte-Real de Araújo</b>	O Fortalecimento dos Poderes Locais na República Democrática de Timor Leste (Uma Nova Interpretação da Constituição da Rdtl/2002)	Saulo José Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Maria Auxiliadora Minahim	12/12/2008
207	<b>Laura Vasconcelos Neves da Silva</b>	As relações de trabalho rural nas usinas de cana-de-açúcar	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	09/01/2009
208	<b>Ana Carolina Fernandes Mascarenhas</b>	Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de conflitos	Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Jr, Daniel Francisco Mitidiero	30/01/2009
209	<b>Daniel Nicory do Prado</b>	Autos da Barca do Inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	06/03/2009
210	<b>Roseli Rego Santos</b>	O atual Regime Brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa	Washginton Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Márcia Carla Pereira Ribeiro	16/03/2009
211	<b>Elayne Leal de Oliveira</b>	O direito Penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água	Heron J. de Santana Gordilho, Alessandra Rapassi Prado, Andreas Krell	27/03/2009

Dissertações defendidas (1980-2009.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
212	<b>Nestor Nerton Fernandes Távora</b>	Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal	Freddie Didier Jr., Dirley da Cunha Júnior, Gustavo H. Ivahy Badaró	31/03/2009
213	<b>Roberto Lima Figueiredo</b>	A conformação principiológica do direito convivencial e seus reflexos patrimoniais	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Paulo Luiz Netto Lobo	03/04/2009
215	<b>Urbano Félix Pugliese do Bomfim</b>	Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no Direito Penal	Alessandra Rapassi, Maria Auxiliadora Minahim, Claudio Alberto Guimarães	08/04/2009
216	<b>Thiago Batista Freitas</b>	Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Maria Lígia Coelho Mathias.	13/04/2009
217	<b>Maurício de Melo Teixeira Branco</b>	Acesso ao crédito trabalhista como direito fundamental e a Lei brasileira de Falências e Recuperação de empresas	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Sérgio Torres Teixeira	17/04/2009
218	<b>Gustavo Cunha Prazeres</b>	Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, Francisco de Queiroz B. Cavalcanti	20/04/2009
219	<b>Tangre Paranhos Leite Oliveira</b>	Tensão entre o público e o privado: função social da propriedade na Avenida Paralela	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela L. Cavallazzi	24/04/2009
220	<b>Flávio Faça Daltro</b>	Os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiana Menezes Castro	29/04/2009
221	<b>Vinícius Cardona Franca</b>	Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmiento Lins Júnior	15/05/2009





## TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS

Nº	DOCTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	<b>Flávia Moreira Guimarães Pessoa</b>	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	<b>Ricardo Maurício Freire Soares</b>	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	<b>Johnson Barbosa Nogueira</b>	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	<b>Sebastian Borges de Albuquerque Mello</b>	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
05	<b>Marco Aurélio de Castro Júnior</b>	Cidadania Robótica Personalidade Jurídica do Robô	Rodolfo M.V. Pamplona Filho, Saulo Casali Bahia, Heron José de Santana Gordilho, Aires José Rover, Luiz A. Magalhães Pontes	24/4/2009
06	<b>Deraldo Dias de Moraes Neto</b>	A questão da efetividade das políticas Públicas (extrafiscalidade de tributos e, cobrança da água na preservação dos recursos, hídricos no Estado, Democrático de Direito	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Heron José de Santana Gordilho, Dirley da Cunha Júnior, João B. Leopoldino da Fonseca, Raimundo Juliano Feitosa	30/04/2009



## 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](mailto: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